

Hinweise zur Verteidigung bei Festnahme

Einem namhaften Strafverteidiger wird die Bemerkung zugeschrieben, bei Ermittlungsrichtern handele es sich in Wahrheit um Urkundsbeamten der Staatsanwaltschaft. Mit dieser Formulierung wird deutlich, in welche Richtung die Entscheidung der Ermittlungsrichter in der Regel tendiert: Haftbefehl! Dieser Zustand ist für den Verteidiger unbefriedigend. Selbst wenn ein dringender Tatverdacht im Einzelfall rechtsfehlerfrei bejaht werden könnte und Haftgründe vorliegen, könnte die Freiheitsentziehung (= U-Haft, Abschiebungshaft) u.U. doch rechtswidrig sein, z.B. weil die Festnahme rechtswidrig war. Nachfolgend sind einige Verteidigungsmöglichkeiten aufgezeigt.

1. Das Festnahmerecht

1.1 Das Festnahmerecht als Jedermannsrecht

§127 StPO differenziert zwischen der *jedermann erlaubten Festnahme* (Abs.1) und der Festnahme bei (1.) *Gefahr im Verzug* und (2.) Vorliegen der Voraussetzungen eines *Haftbefehls* durch *Staatsanwaltschaft und Polizeibeamte* (Abs. 2).

StPO § 127 [Vorläufige Festnahme]

(1) Wird jemand auf frischer Tat betroffen oder verfolgt, so ist, wenn er der Flucht verdächtig ist oder seine Identität nicht sofort festgestellt werden kann, jedermann befugt, ihn auch ohne richterliche Anordnung vorläufig festzunehmen. Die Feststellung der Identität einer Person durch die Staatsanwaltschaft oder die Beamten des Polizeidienstes bestimmt sich nach § 163b Abs. 1.

(2) Die Staatsanwaltschaft und die Beamten des Polizeidienstes sind bei Gefahr im Verzug auch dann zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haftbefehls oder eines Unterbringungsbefehls vorliegen.

(3) Ist eine Straftat nur auf Antrag verfolgbar, so ist die vorläufige Festnahme auch dann zulässig, wenn ein Antrag noch nicht gestellt ist. Dies gilt entsprechend, wenn eine Straftat nur mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbar ist.

Das jedermann zustehende Festnahmerecht nach §127 I StPO setzt voraus, dass ein Tatverdächtige auf frischer Tat angetroffen oder verfolgt wird. Fraglich ist, ob die Festnahme nur bei einer wirklich begangenen Tat oder bereits bei dringendem Tatverdacht zulässig ist. Im Hinblick auf den Eingriff in Freiheitsrechte des Betroffenen, den eine Festnahme regelmäßig bedeutet, ist § 127 StPO aber eng auszulegen.

Auf **frischer Tat angetroffen** wird, wer bei Begehung einer rechtswidrigen Tat oder unmittelbar danach am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe gestellt wird.

Verfolgung liegt vor, wenn der Verdächtige nach Antreffen am Tatort geflüchtet ist und sofort verfolgt wird oder wenn die Verfolgung aufgrund vorhandener bestimmter Anhaltspunkte zur Ergreifung des Täters im unmittelbaren Zusammenhang mit der Tat aufgenommen wird.

Festnahmegründe sind (1.) *Fluchtverdacht*^{*}, d.h. die begründete Annahme, der Betroffene könnte sich der strafrechtlichen Verfolgung durch Flucht entziehen, und die (2.) *Unmöglichkeit der sofortigen Identitätsfeststellung*, von der auszugehen ist, wenn der Betroffene Angaben zur Person verweigert oder sich nicht ausweisen kann. Die Festnahme zwecks Feststellung der Identität darf 12 Stunden nicht überdauern (§ 163c III StPO). Dieses Recht steht nur Staatsanwaltschaft und Polizei zu (§ 163c I StPO i.V.m. § 163b I StPO).

StPO § 163c [Freiheitsentziehung zur Feststellung der Identität]

(1) Eine von einer Maßnahme nach § 163b betroffene Person darf in keinem Fall länger als zur Feststellung ihrer Identität unerlässlich festgehalten werden. Die festgehaltene Person ist unverzüglich dem Richter bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk sie ergriffen worden ist, zum Zwecke der Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Freiheitsentziehung vorzuführen, es sei denn, dass die Herbeiführung der richterlichen Entscheidung voraussichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen würde, als zur Feststellung der Identität notwendig wäre.

(2) Die festgehaltene Person hat ein Recht darauf, dass ein Angehöriger oder eine Person ihres Vertrauens unverzüglich benachrichtigt wird. Ihr ist Gelegenheit zu geben, einen Angehörigen oder eine Person ihres Vertrauens zu benachrichtigen, es sei denn, dass sie einer Straftat verdächtig ist und der Zweck der Untersuchung durch die Benachrichtigung gefährdet würde.

(3) Eine Freiheitsentziehung zum Zwecke der Feststellung der Identität darf die Dauer von insgesamt zwölf Stunden nicht überschreiten.

(4) Ist die Identität festgestellt, so sind in den Fällen des § 163b Abs. 2 die im Zusammenhang mit der Feststellung angefallenen Unterlagen zu vernichten.

Das Festnahmerecht wird unabhängig von den sonstigen Verfahrensvoraussetzungen vom Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beherrscht. Anwendung körperlicher Gewalt ist daher nur zulässig, sofern zur sie zur Festnahme erforderlich ist und ein milderes Mittel nicht zur Verfügung steht.

1.2 Das Festnahmerecht der Staatsanwaltschaft und der Polizei

§ 127 II StPO erweitert das Festnahmerecht für die Staatsanwaltschaft und die Polizei. Ihnen ist die vorläufige Festnahme erlaubt, wenn die (1.) Voraussetzungen für den *Erllass eines Haftbefehls* oder aber (2.) die Voraussetzungen der *einstweiligen Unterbringung* (§ 126 a StPO) vorliegen.

Die vorläufige Festnahme und die Anordnung von Hauptverhandlungshaft des auf frischer Tat angetroffenen Tatverdächtigen ist gemäß §127b StPO der Staatsanwaltschaft und der Polizei dann erlaubt, wenn eine unverzügliche Entscheidung im beschleunigten Verfahren

^{*} Fluchtverdacht ist weniger als Fluchtgefahr

wahrscheinlich und zu befürchten ist, dass der Festgenommene der Hauptverhandlung fernbleiben wird.

Hat der Beschuldigte im Inland (1.) *keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt* und liegen die Voraussetzungen für den (2.) *Erlass eines Haftbefehls nur wegen Fluchtgefahr* vor, kann von der Anordnung oder Aufrechterhaltung seiner Festnahme abgesehen werden, wenn nicht mit der Verhängung einer Freiheitsstrafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung zu rechnen ist und der Beschuldigte eine Kaution für die zu erwartende Geldstrafe und die Verfahrenskosten leistet (§127a StPO).

2. Das Verfahren

2.1 Unverzügliche Vorführung vor den Richter

Das Verfahren nach der vorläufigen Festnahme richtet sich grundsätzlich nach Art. 104 GG. § 128 StPO ist im Grunde nur das strafprozessuale Ausführungsgesetz des Art. 104 GG. Danach muss der Festgenommene unverzüglich dem Richter vorgeführt werden. **Unverzüglich** bedeutet im Freiheitsentziehungsrecht ohne jede Verzögerung, die sich nicht mit sachlichen Gründen rechtfertigen lässt; vgl. *BVerfGE* 105, 239. Die Frist des Art. 104 III GG ist eine äußerste Frist, die nicht von der Verpflichtung zur unverzüglichen Vorführung vor den Richter befreit. Das Unverzüglichkeitsgebot gilt für jede Art der vorläufigen Festnahme, auch für außerstrafprozessuale Festnahmen; vgl. *BGHSt* 34, 365, 369.

Art. 104 GG [Freiheitsentziehung]

(1) Die Freiheit der Person kann nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Festgehaltene Personen dürfen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden.

(2) Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung hat nur der Richter zu entscheiden. Bei jeder nicht auf richterliche Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung ist unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Die Polizei darf aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.

(3) Jeder wegen des Verdachtes einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene ist spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorzuführen, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat. Der Richter hat unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen.

(4) Von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung ist unverzüglich ein Angehöriger des Festgehaltenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen.

StPO § 128 [Vorführung vor den Richter bei dem Amtsgericht]

(1) Der Festgenommene ist, sofern er nicht wieder in Freiheit gesetzt wird, *unverzüglich*, spätestens am Tage nach der Festnahme, dem Richter bei dem Amtsgericht, in dessen Bezirk er festgenommen worden ist, vorzuführen. Der Richter vernimmt den Vorgeführten gemäß § 115 Abs. 3.

(2) Hält der Richter die Festnahme nicht für gerechtfertigt oder ihre Gründe für beseitigt, so ordnet er die Freilassung an. Andernfalls erlässt er auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist, von Amts wegen einen Haftbefehl oder einen Unterbringungsbefehl. § 115 Abs. 4 gilt entsprechend.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Senatsbeschluss vom 15.05.2002 (BVerfGE 105, 239) klargestellt, dass jeder vorläufig Festgenommene ohne jede Verzögerung dem Richter vorzuführen ist.

2. Senat des BVerfG, Beschl. v. 15.05.2002 – 2 BvR 2292/00:

„Unverzüglich ist dahin auszulegen, dass die richterliche Entscheidung ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt, nachgeholt werden muss (vgl. BVerwGE 45, 51 [51]; Dürig, in: Mauz/Dürig GG, Art. 104 Rn. 38; Rüping, in: BK Art. 104 Rn. 65; Schulze-Fielitz, in: Dreier GG, Art. 104 Rn. 42; Gusy, in: v.Mangoldt/Klein/Stark, GG, 4.Aufl. Art. 104 Rn. 47; Grabitz, a.a.O.). Nicht vermeidbar sind z.B. die Verzögerungen, die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind (vgl. Dürig, a.a.O.).“

(= BVerfGE 105, 239=NJW 2002, = InfAuslR 20002, 406)

Polizei und Staatsanwaltschaft haben zwar das Recht jemanden vorläufig festzunehmen, wenn die Voraussetzungen zum Erlass eines Haftbefehls vorliegen. Die Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls müssen aber schon zum Zeitpunkt der Festnahme vorliegen. Das bedeutet auch, dass der Beschuldigte nicht zuerst vernommen werden darf, bevor er dem Haftrichter vorgeführt wird (BGH StV 1995, 283), denn Staatsanwaltschaft und Polizei dürfen zwar festnehmen, wenn ein Haftbefehl beantragt werden soll, sie dürfen aber die Festnahme nicht dazu missbrauchen, die Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls erst danach zu schaffen. Es ist mithin nicht zulässig, den Beschuldigten festzunehmen, sodann seine Wohnung zu durchsuchen und erst nach Beendigung dieser Maßnahme darüber zu entscheiden, ob ein Haftbefehl beantragt werden soll. Es ist nicht zulässig, den Beschuldigten festzunehmen, zu hoffen, dass er unter dem Druck der Festnahme ein Geständnis ablegt und dann den dringenden Tatverdacht mit dem Geständnis zu begründen und Haftbefehl zu beantragen. Der dringende Tatverdacht besteht in dem vorgenannten Fall zudem nicht, weil das Geständnis unter Verletzung der schützenden Form des Freiheitsentziehungsverfahrens (Art. 104 I GG) gewonnen worden ist und daher ein aus § 136a

StPO abgeleitetes Beweisverwertungsverbot besteht; vgl. *BGHSt* 34, 369 f.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft 3. Aufl. (2001), Rdn. 274.

4. Strafsenat des BGH, Urt. v. 30.04.1987-4 StR 30/87:

„Nach Art. 104 Abs. 2 GG ist bei jeder nicht auf richterlicher Anordnung beruhenden Freiheitsentziehung unverzüglich eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Diese verfahrensmäßige Seite der grundrechtlichen Freiheitsverbürgung gilt nicht nur für die Strafverfolgung, sondern auch bei Freiheitsentziehungen fürsorgerischer Art (BVerfGE 10, 302, 322; 58, 208, 220 ff.) und bei sonstigen Freiheitsentziehungen wie dem Disziplinararrest (BVerfGE 22, 311, 317). Aus der Sicht der Verfassung löst allein der dem Staat zuzurechnende Eingriff in die Freiheit des Bürgers den Entscheidungsvorbehalt des Richters aus; auf die Rechtsgrundlage im Einzelnen kommt es nicht an. Daher ist auch die Auswechslung der Rechtsgrundlage einer fortdauernden Freiheitsentziehung ohne Bedeutung für die richterliche Prüfungszuständigkeit und den für die Entscheidung vorgegebenen zeitlichen Rahmen. Nur ein solches Verständnis des § 128 Abs. 1 StPO entspricht der Bedeutung, die das Grundgesetz den freiheitssichernden Verfahrensgarantien beimisst.

bb) Eine rechtswidrige Freiheitsentziehung kann zu einem Verwertungsverbot für alle während ihrer Dauer gemachten Äußerungen führen.

Als Grundlage eines solchen Verbots kommt hier nur § 136a StPO in Betracht.

*(= **BGHSt** 34, 365 [369f.]*

Insbesondere ist es nach der Rechtsprechung des *BVerfG* und auch des *BGH* nicht zulässig, mit der Vorführung vor den zuständigen Richter solange zuzuwarten, bis der Beschuldigte vernommen werden konnte. Das gilt nach der Rechtsprechung des *BGH* selbst dann, wenn der Haftbefehl schon erlassen worden ist bevor der Beschuldigte verhaftet worden ist und der Beschuldigte zwecks Eröffnung des Haftbefehls dem Richter unverzüglich vorzuführen ist; vgl. *BGH StV* 1995, 283.

5. Strafsenat des BGH, Beschl. v. 09.02.1995-5 StR 547/94:

Nach Erlass des Haftbefehls richtete sich die Vorführungspflicht nach §§ 115, 115a StPO.

Nach §§ 115, 115a StPO musste K. unverzüglich, spätestens am Tage nach der Festnahme - also spätestens am 18. Oktober 1990 -, dem Richter vorgeführt werden. Eine Ermittlungsmaßnahme wie die hier durchgeführte Beschuldigtenvernehmung, die diese Vorführung verzögerte, durfte nicht vorgenommen werden.

*(= **StV** 1995, 283)*

Da aber die vorläufige Festnahme ohne vorherige richterliche Entscheidung nach Art. 104 II 2 GG gegenüber der Verhaftung die absolute Ausnahme ist, gilt der für die Verhaftung anzuwendende Maßstab bezüglich des Erfordernisses der Unverzüglichkeit erst recht für die vorläufige Festnahme. An die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Festnahme sind aus diesem Grund strengere Anforderungen als an die Verhaftung zu stellen. Allerdings hat auch der

Festgenommene Anspruch auf rechtliches Gehör. Das heißt aber nur, dass er Gelegenheit haben muss, den gegen ihn vorliegenden Verdacht zu entkräften und für ihn sprechende Tatsachen geltend zu machen. Ein *Verhören* des Tatverdächtigen etwa im Interesse der Wahrheitserforschung (z.B.: *Was sagen Sie dazu, dass Sie zum Tatzeitpunkt am Tatort gesehen worden sind? Ein frühes Geständnis kann sich strafmildernd auswirken! Wollen Sie nicht von der Kronzeugenregelung des § 31 BtMG Gebrauch machen?*) ist unzulässig und nicht mit dem klaren Wortlaut der §§ 115 III, 136 II StPO zu vereinbaren; hL vgl. *Degener GA* 1992, 443 [457]; *Wesslau ZStW* 110, 34 f.; *Eisenberg/Pincus JZ* 2003, 397; *Meyer-Mews JR* 2003, 361. In der Regel reicht es daher nicht aus, den Beschuldigten erst am Tag nach der Festnahme einem Richter vorzuführen; vgl. *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft aaO., Rdn. 271 m.w.N.. Eine nicht erklärbare Verzögerung von nur 2 Stunden ist mit dem Gebot der Unverzüglichkeit unvereinbar; vgl. *OLG Schleswig*, Beschl. v. 28.04.2003-2 W 207/02 (unveröffentlicht).

StPO § 115 [Vorführung vor den zuständigen Richter]

(1) *Wird der Beschuldigte auf Grund des Haftbefehls ergriffen, so ist er unverzüglich dem zuständigen Richter vorzuführen.*

(2) *Der Richter hat den Beschuldigten unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächsten Tage, über den Gegenstand der Beschuldigung zu vernehmen.*

(3) *Bei der Vernehmung ist der Beschuldigte auf die ihn belastenden Umstände und sein Recht hinzuweisen, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen. Ihm ist Gelegenheit zu geben, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und die Tatsachen geltend zu machen, die zu seinen Gunsten sprechen.*

(4) *Wird die Haft aufrechterhalten, so ist der Beschuldigte über das Recht der Beschwerde und die anderen Rechtsbehelfe (§ 117 Abs. 1, 2, § 118 Abs. 1, 2) zu belehren.*

StPO § 136 [Erste Vernehmung]

(1) *Bei Beginn der ersten Vernehmung ist dem Beschuldigten zu eröffnen, welche Tat ihm zu Last gelegt wird und welche Strafvorschriften in Betracht kommen. Er ist darauf hinzuweisen, dass es ihm nach dem Gesetz freistehe, sich zu der Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen und jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen. Er ist ferner darüber zu belehren, dass er zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann. In geeigneten Fällen soll der Beschuldigte auch darauf hingewiesen werden, dass er sich schriftlich äußern kann.*

(2) *Die Vernehmung soll dem Beschuldigten Gelegenheit geben, die gegen ihn vorliegenden Verdachtsgründe zu beseitigen und die zu seinen Gunsten sprechenden Tatsachen geltend zu machen.*

(3) *Bei der ersten Vernehmung des Beschuldigten ist zugleich auf die Ermittlung seiner persönlichen Verhältnisse Bedacht zu nehmen.*

Jedenfalls zur **Tageszeit**, das ist vom 1.4. bis zum 30.9. die Zeit von 4:00 Uhr bis 21:00 Uhr und im Übrigen (1.10. bis 31.3.) die Zeit von 6:00 Uhr bis 21:00 Uhr, muss ein Richter erreichbar sein (§ 188 I ZPO; § 104 III StPO); vgl. *OLG Schleswig*, aaO.. Ist das nicht der Fall, dann ist der

Beschuldigte freizulassen, weil die Freiheitsentziehung rechtswidrig ist; vgl. *OLG Schleswig* aaO..

Schleswig-Holsteinisches OLG Schleswig, Beschl.v. 28.04.2003 – 2 W 207/02:

Zum einen ist die richterliche Entscheidung unverzüglich – das heißt ohne jede Verzögerung, die sich nicht aus sachlichen Gründen rechtfertigen lässt (...) – nachzuholen. Solche Gründe sind weder sind weder dem vom Landgericht festgestellten Sachverhalt noch den Akten sonst zu entnehmen. Wie zur Frage der erforderliche Dauer der Identitätsfeststellung (...) fehlen Angaben, wie Verzögerung von 14:00 Uhr bis 16:00 Uhr zu erklären ist und ist die „Einsatzbelastung“ als Rechtfertigungsgrund einer Verzögerung nicht überzeugend erläutert. Die fehlende Möglichkeit, einen Richter zu erreichen, beurteilt sich entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht danach, ob und inwieweit ein Bereitschaftsdienst eingerichtet ist oder nicht, sondern allein nach den Ausführungen des in anderem Zusammenhang von ihm zitierten BVerfG in seinem Beschluss vom 15.05.2002 (...). Danach trifft den Staat die verfassungsrechtliche Verpflichtung, die Erreichbarkeit eines zuständigen Richters jedenfalls zur Tageszeit (§§ 188 Abs. 1 ZPO, 104 Abs. 3 StPO), also in der Zeit vom 1.04. bis zum 30.09. von 4:00 Uhr bis 21:00 Uhr zu gewährleisten. Scheitert die gebotene Vorführung daran, dass in dieser Zeit ein zuständiger Richter nicht erreichbar ist, so wird die Freiheitsentziehung rechtswidrig, und ist der Betroffene zu entlassen.

2.2 Akteneinsicht

Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit eines Haftbefehls ist, dass der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger Akteneinsicht hatte. Der Anspruch auf Akteneinsicht ist Ausdruck der Waffengleichheit im Strafverfahren. Daher hat der Verteidiger grundsätzlich Anspruch auf die vollständigen Ermittlungsakten; vgl. *EGMR Lietzow/BRD StV* 2001, 201, siehe auch *BVerfG StV* 1994, 465. Wird Akteneinsicht nicht gewährt, dann ist der Beschuldigte freizulassen.

EGMR Urt. v. 13. 2. 2001, 24479/94 – Lietzow/Bundesrepublik Deutschland

*Das Gericht muss bei der Überprüfung eines gegen die U-Haft gerichteten Rechtsmittels die Garantien eines justizförmigen Verfahrens gewährleisten. Das Verfahren muss kontradiktorisch geführt und der Grundsatz der Waffengleichheit zwischen den Parteien, dem Staatsanwalt und der in Haft befindlichen Person, gesichert sein. Die Waffengleichheit ist aber dann nicht gewährleistet, wenn dem Verteidiger der Zugang zu denjenigen Dokumenten in der Ermittlungsakte verweigert wird, die wesentlich sind, um die Rechtmäßigkeit der Haft seines Mandanten angreifen zu können. Für den Fall, dass die Haft einer Person unter Art. 5 Abs. 1 (c) fällt, ist eine Anhörung erforderlich (s., u. a., *Lamy gegen Belgien*, 30. 3. 1989, Serie A Nr. 151, pp. 16 - 17, § 29 und *Nikolova gegen Bulgarien (GC)*, Nr. 31195/96, § 58, CEDH 1999-II). Diese Anforderungen sind von dem Recht auf ein kontradiktorisches Verfahren abgeleitet, wie es sich aus Art. 6 der EMRK ergibt. Das bedeutet, dass in einem strafrechtlichen Verfahren beide, die StA sowie die Verteidigung, die Gelegenheit haben müssen, die Ermittlungen zur Kenntnis zu nehmen, und dazu sowie zu den von der Gegenseite beigegebenen Beweismitteln Stellung zu nehmen. Nach der Rspr. des Gerichtshofes folgt aus dem Wortlaut von Art. 6 – insbes. aus der Auslegung des Begriffes »strafrechtliche Anklage« –, dass dieses Recht auch auf das*

Vorverfahren anwendbar ist (s. Imbrioscia gegen Schweiz, 24. 11. 1993, Serie A No. 275, p. 13, § 36). Folglich müssen im Hinblick auf die tief greifende Auswirkung des Freiheitsentzugs und damit des Eingriffs in fundamentale Rechte des Betroffenen Verfahren i. S. v. Art. 5 Abs. 4 der Konvention – auch unter den Bedingungen gerade erst eingeleiteter Ermittlungen – die Grundsätze eines fairen und kontradiktorischen Verfahrens so weit wie möglich beachten. Während das nationale Recht diesen Anforderungen in verschiedener Weise Rechnung tragen kann – welche Methode es auch immer verfolgt –, muss sichergestellt sein, dass die andere Partei in Kenntnis gesetzt wird, dass eine Stellungnahme zu den Akten gelangt ist, und wirkliche Gelegenheit hat, hierauf zu erwidern (s., mutatis mutandis, Brandstetter gegen Österreich, Urt. v. 28. 8. 1991, Serie A No. 211, p. 27, § 67).

(...)

Es ist richtig, wie die Bundesregierung ausgeführt hat, dass der Haftbefehl einige Tatsachen aufführt, auf die sich der Tatverdacht stützte. Jedoch war die auf diesem Wege mitgeteilte Information nur eine Schlussfolgerung des AG aus der Gesamtheit der Tatsachen, die ihm durch die StA zugänglich gemacht worden waren. Nach Ansicht des Gerichtshofes ist es für einen Besch. schwerlich möglich, die Verlässlichkeit einer solchen Sachverhaltsdarstellung anzugreifen, ohne Kenntnis von den ihr zugrunde liegenden Beweismitteln zu haben. Dies setzt daher voraus, dass dem Besch. die Aussagen und anderen Beweismittel sowie das Ergebnis der polizeilichen und anderen Ermittlungen ungeachtet davon in ausreichender Weise zur Kenntnis gebracht werden, ob er in der Lage ist, einen Hinweis auf die Bedeutung der Beweismittel, zu denen er Zugang begehrt, für seine Verteidigung zu geben.

47. Dem Gerichtshof ist bewusst, dass der StA die beantragte Akteneinsicht auf der Grundlage von § 147 Abs. 2 StPO mit der Begründung abgelehnt hat, dass sonst eine Beeinträchtigung des Erfolgs der andauernden Ermittlungen riskiert würde, von denen vorgetragen wurde, dass sie einerseits sehr komplex und andererseits gegen eine große Anzahl weiterer Besch. geführt werden. Dieser Sicht trat das OLG in seiner Entscheidung v. 24. 4. 1992 bei (s. Anm. 19).

Der Gerichtshof erkennt auch die Notwendigkeit an, dass polizeiliche Ermittlungen effektiv geführt werden müssen. Das schließt ein, dass Teile der gesammelten Informationen während andauernder Ermittlungen geheim gehalten werden, um zu verhindern, dass Verdächtige Beweismittel beeinflussen und den Gang der Ermittlungen gefährden. Dieser legitime Zweck kann jedoch nicht dazu führen, dass Rechte der Verteidigung substantiell beschnitten werden. Aus diesem Grund soll Information, die für die Frage der Rechtmäßigkeit der Inhaftierung einer Person wesentlich ist, dem RA des Besch. in geeigneter Weise zugänglich gemacht werden.

(=StV 2001, 201)

Nach der Rechtsprechung des BVerfG darf der Haftbefehl nur auf Tatsachen gestützt werden, zu denen zumindest der Verteidiger des Beschuldigten Akteneinsicht hatte.

BVerfG, Beschl. v. 11.7.1994 – 2 BvR 777/94 – Leitsätze:

1. Aus dem Recht des Beschuldigten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren und seinem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt ein Anspruch des inhaftierten Beschuldigten auf Einsicht seines Verteidigers in die Akten, wenn und soweit er die sich darin befindlichen Informationen benötigt, um auf eine bevorstehende 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.

2. Ist aus Gründen der Gefährdung der Ermittlungen aus der Sicht der Staatsanwaltschaft eine auch nur auf die für die Haftfrage relevanten Teile der Ermittlungsakte beschränkte Akteneinsicht nicht möglich und verweigert sie diese gem. § 147 Abs. 2 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.

3. Im übrigen ist dem Beschuldigten bereits anlässlich seiner richterlichen Vernehmung gem. § 115 Abs. 2 StPO im Anschluss an seine Festnahme mündlich das gesamte gegen ihn zusammengetragene Belastungsmaterial, das den Gegenstand des Verfahrens bildet und für die Haftfrage von Bedeutung ist, mitzuteilen. Dazu zählen die Tatsachen, Beweiszeichen usw., die den dringenden Tatverdacht und den Haftgrund ergeben, aber auch die sich aus den Akten ergebenden entlastenden Umstände.

(=StV 1994, 465; NStZ 1994, 551; NJW 1994, 3219)

Das Akteneinsichtrecht des inhaftierten geht nach der Rechtsprechung des *EGMR* weiter als nach der Rechtsprechung des *BVerfG*. Hatte nicht zumindest der Verteidiger vor Erlass des Haftbefehls Akteneinsicht in die Ermittlungsakten, dann ist die Freiheitsentziehung rechtswidrig i.S.d. Art. 104 I GG und der Beschuldigte ist frei zu lassen.

3. Abschiebungshaft

Vorstehende Ausführungen sind auch übertragbar auf die Festnahme zwecks Beantragung von Vorbereitungs- oder Sicherungshaft (Abschiebungshaft). Das Gebot zur unverzüglichen Vorführung vor den Richter folgt aus § 13 II FEVG. Allerdings ist die Festnahme zur Beantragung von Abschiebungshaft überhaupt nur unter den engen Voraussetzungen des § 42 VII AuslG zulässig. Danach ist die Festnahme zulässig, (1.) wenn der *Aufenthalt des Ausländers unbekannt* und er deswegen in den Fahndungshilfsmitteln zur Festnahme ausgeschrieben ist oder (2.) wenn der Ausländer gem. § 8 II AuslG einem *Einreiseverbot* unterliegt, weil er abgeschoben oder ausgewiesen worden ist. Außerdem müssen die Haftgründe des § 57 AuslG vorliegen. Hat der Ausländer vor Anordnung der Sicherungshaft einen Asylantrag gestellt oder ist nur Vorbereitungshaft angeordnet, dann ist die Anordnung von Abschiebungshaft unzulässig (§ 14 IV Nr. 5 AsylVfG). Die Anordnung von Abschiebungshaft (als Sicherungshaft oder Vorbereitungshaft) setzt einen Antrag der zuständigen Ausländerbehörde oder der Polizei voraus und das Gericht darf über den Antrag der Ausländerbehörde nicht hinausgehen. Die Antragstellung im Wege der Amtshilfe ist unzulässig; vgl. *BayObLGZ* 1997, 77 f., *KG Berlin NVwZ-Beil.* 1998, 78 ff., *OLG Frankfurt* Beschl. v. 13.11.1998-20 W 442/98.

Hinweis: In Fällen rechtswidriger Festnahme steht dem Betroffenen ein Notwehrrecht zu. Er macht sich insbesondere nicht wegen Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte strafbar.

4. Wenn der Haftrichter gar uneinsichtig ist...

... und sich noch immer wie ein Urkundsbeamter der Staatsanwaltschaft verhält, dann besinnt sich der Verteidiger schon mal auf seine Fürsorgepflicht als unabhängiges Organ der Rechtspflege und weist den Haftrichter rein vorsorglich und auch um sich selbst vor Haftpflichtansprüchen seines Mandanten zu schützen auf Folgendes hin:

„§ 839 II 1 BGB regelt das Richterspruchprivileg. Danach haftet der Richter für Amtspflichtverletzungen bei einem Urteil in einer Rechtssache nur, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht, also nur in Fällen der Rechtsbeugung (§ 339 StGB). Zu den privilegierten Urteilen i.S.d. § 839 II 1 BGB zählen nicht nur Urteile im formellen Sinne, sondern auch urteilsvertretende Erkenntnisse. Hierbei handelt es sich um solche richterlichen Entscheidungen, die ihrem Wesen nach einem Urteil gleich kommen; vgl. Palandt/Thomas BGB § 839, Rdn. 68. Maßgebliche Kriterien für die Einordnung einer Entscheidung als urteilsvertretendes Erkenntnis sind die Gewährung rechtlichen Gehörs, der Begründungszwang und die Fähigkeit des Erkenntnisses materielle Rechtskraftwirkung zu entfalten; vgl. BGHZ 51, 326, 329. Außerdem muss ein urteilsvertretendes Erkenntnis das Prozessverhältnis für die Instanz zumindest teilweise beenden; vgl. MüKo-Papier, BGB, 3. Aufl., § 839, Rdn. 321; Palandt/Thomas, aaO., Rdn. 68. Beschlüsse, durch die die Revision als unbegründet verworfenen, durch die ein Wiedereinsetzungsantrag als unbegründet zurückgewiesen oder durch die Berufung oder Revision als unzulässig durch den iudex a quo zurückgewiesen werden, sind urteilsvertretende Erkenntnisse. Der Erlass eines Haftbefehls zählt nicht zu den urteilsvertretenden Erkenntnissen, denn durch den Haftbefehl wird der Rechtsstreit nicht für die Instanz beendet.; vgl. MüKo-Papier BGB, § 839, Rdn. 322 m.w.N.. Nach BGHZ 122, 268 (280) tritt die Haftung sogar unabhängig vom Verschulden ein und richtet sich nach Art. 5 V EMRK. In seiner – noch unveröffentlichten – Entscheidung vom 04. September 2003 in Sachen Vasileva/Dänemark hat der EGMR entschieden, dass für eine rechtswidrige Freiheitsentziehung von weniger als einem Tag eine Entschädigung von 500,00 € zu zahlen ist (Ziffer 47). Vollstreckt die Staatsanwaltschaft einen rechtswidrig zustande gekommenen Haftbefehl, dann begründet dies ebenfalls Ansprüche des Geschädigten wegen Amtspflichtverletzung. Dies folgt aus dem Rechtsgedanken des § 945 ZPO. Im Falle einer rechtswidrigen Haftanordnung habe ich meinen Mandanten auf seine Entschädigungsansprüche hinzuweisen. Es ist überdies meine Pflicht als berufener Berater in allen Rechtsfragen und als unabhängiges Organ der Rechtspflege, diesen Hinweis fürsorglich auch dem Gericht zu geben. Ich bitte darum, in das Protokoll aufzunehmen, dass ich auf die Haftungsfolgen einer unrichtigen Haftentscheidung hingewiesen habe.“

In Fällen grob fahrlässiger oder gar vorsätzlicher Handlungen könnte der Richter auch persönlich haften, weil in diesen Fällen die haftungsverlagernde Vorschrift des § 839 BGB den Regress des Staates auf seine Amtsträger zulässt (Art. 34 GG). Der über die Rechtslage vom beruflichen Rechtsberater aufgeklärte Richter handelt womöglich vorsätzlich.

Hans Meyer-Mews