

# **Untersuchungshaft - eine bedingte Strafe?**

Reflexionen zur potenziellen Strafwirkung der Untersuchungshaft

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades einer Doktorin des Rechts  
am Fachbereich Rechtswissenschaft

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

*Ve Hentschel, LL.M.*

in Berlin

2011

Erstgutachter:

Univ.-Prof. Dr. Axel Montenbruck

Zweitgutachter:

Prof. Dr. Kirstin Drenkhahn

Tag der mündlichen Prüfung:

09. Februar 2012

## **Vorwort**

Die Arbeit wurde der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Freien Universität Berlin im Sommersemester 2011 als Dissertation vorgelegt. Kritische Anregungen der Gutachter wurden im Manuskript weitgehend berücksichtigt. Der neueren Rechtsprechung und Literatur habe ich versucht, jedenfalls in den Fußnoten bis Anfang des Jahres 2012, gerecht zu werden.

Mein besonderer Dank gebührt meinem Doktorvater, Univ.-Prof. Dr. Axel Montenbruck, der mich zur Beschäftigung mit dem Thema der „bedingten Strafe“ anregte und anschließend die Fertigstellung dieser Arbeit mit Informationen und konstruktiver Kritik unterstützte. Weiterhin danke ich Professorin Dr. Kirstin Drenkhahn für die schnelle, ausführliche Zweitkorrektur und ihre anregenden Anmerkungen zum Thema. Für ihre Unterstützung und Geduld danke ich meiner Familie und meinen Freunden.

Berlin, April 2012

Ve Hentschel

## Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung .....</b>	<b>1</b>
-------------------------	----------

### Erstes Kapitel

<b>Meinungsstand, Begriff und Verlauf der Untersuchung.....</b>	<b>4</b>
---	----------

I. Der bisherige Meinungsstand zur Strafwirkung der Untersuchungshaft.....	4
1. Höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung.....	4
2. Literatur .....	6
II. Der Begriff der „bedingten Strafe“ .....	7
1. Strafe .....	7
2. Bedingung .....	9
3. Untersuchungshaft als bedingte Strafe? .....	10
III. Der Verlauf der Untersuchung .....	11

### Zweites Kapitel

<b>Untersuchungshaft und Anrechnung .....</b>	<b>13</b>
---	-----------

I. Das Problem der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe .....	13
II. Die Anrechnungsvorschrift (§ 51 I StGB) .....	13
1. Erlittene Untersuchungshaft.....	15
2. Andere Freiheitsentziehung.....	16
3. Der Zusammenhang zwischen Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat.....	17
a) Die Tatidentität .....	18
b) Die tatsächliche Verfahrenseinheit.....	19
c) Die funktionale Verfahrenseinheit.....	20
d) Fazit .....	22
4. Anrechnungsobjekte .....	23
a) Die „zeitige Freiheitsstrafe“ (§ 51 I 1 StGB) .....	23
b) Die „Geldstrafe“ (§ 51 I 1 StGB) .....	24
c) Die lebenslange Freiheitsstrafe.....	25
d) Die Maßregeln der Besserung und Sicherung .....	26
e) Die Nebenfolgen und die Ausnahme des § 51 V StGB.....	26
f) Verwarnung mit Strafvorbehalt und Absehen von Strafe .....	27
g) Verfall und Einziehung.....	27

h)	Fazit .....	27
5.	Rechtsfolgen.....	27
a)	Anrechnung (§ 51 I 1 StGB).....	28
b)	Versagungsanordnung (§ 51 I 2 StGB) .....	28
aa)	Die materiell-rechtlichen Versagungsgründe .....	30
bb)	Die prozessualen Versagungsgründe .....	31
c)	Fazit .....	33
6.	Das Verhältnis von § 51 I StGB zu § 450 I StPO .....	35
a)	Ablehnende Ansicht .....	36
b)	Zustimmende Ansicht.....	36
c)	Differenzierende Ansicht.....	36
d)	Fazit .....	37
7.	Exkurs: Die Anrechnungs- oder Vollstreckungslösung des BGH zur Kompensation überlanger Verfahrensdauer (§ 51 I 1 StGB analog) .....	37
8.	Zwischenergebnis zum Strafcharakter der Untersuchungshaft nach den Tatbestandsmerkmalen des § 51 I StGB .....	42
III.	Die Ansätze und Theorien zur Rechtfertigung der Anrechnung.....	44
1.	Die in der älteren Rechtsprechung vertretene „Hypothese von der vorweggenommenen Strafe“ .....	45
a)	RG.....	45
b)	BGH.....	46
c)	BVerfG .....	47
2.	Pragmatische Billigkeitserwägungen ( <i>Dreher</i> ).....	47
3.	Aufopferungstheorie ( <i>Dencker</i> ) .....	48
4.	Naturalrestitution.....	49
5.	Stellungnahme .....	50
IV.	Die Bedeutung der Anrechnung für die Strafwirkung der Untersuchungshaft.....	51
1.	Bedingte Strafe .....	51
2.	Vergleichbarkeit .....	53
a)	Tatsächliche Vergleichbarkeit .....	53
b)	Rechtliche Vergleichbarkeit .....	53
3.	Gleichartigkeit .....	54
4.	Fazit.....	55
V.	Zusammenfassung und Ergebnis .....	55

### Drittes Kapitel

<b>Untersuchungshaft und prozessuale Straffeffekte.....</b>	<b>57</b>
I. Die Probleme im Zusammenhang mit der gesetzlichen Haftregelung.....	57
II. Die missbilligende Wirkung von Tatverdacht und Untersuchungshaft.....	57
1. Die gesetzliche Voraussetzung des dringenden Tatverdachts (§ 112 I 1 StPO) .....	58
a) Die große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung .....	58
b) Die große Wahrscheinlichkeit der Verurteilung.....	59
c) Fazit .....	62
2. Die Annahme des dringenden Tatverdachts durch die Strafverfolgungsorgane.....	62
a) Die apokryphen Haftgründe .....	63
b) Die behördliche Vorprüfung.....	66
c) Fazit .....	68
3. Die fehlende Außenwirkung der Verdachtsannahme.....	68
4. Die Externalisierung der staatlich-internen Verdachtsannahme .....	70
a) Der Erlass des Haftbefehls (§ 114 StPO) .....	72
b) Die Vollstreckung und Vollziehung des Haftbefehls (§§ 114a ff., 119 StPO) .....	73
5. Fazit.....	75
III. Die Schuldantizipation innerhalb der Verhältnismäßigkeitsklausel (§ 112 I 2 StPO)....	76
1. Die zu erwartende Strafe .....	77
2. Die Bedeutung der Sache .....	77
3. Würdigung und Fazit.....	78
IV. Die straftheoretischen Inhalte der Haftgründe .....	80
1. Die Tatschwere (§ 112 III StPO).....	81
a) Die Rechtsprechung des BVerfG .....	81
b) Argumente gegen die verfassungskonforme Auslegung des BVerfG.....	84
aa) Keine Rechtfertigungsmöglichkeit der gelockerten Anforderungen .....	84
bb) Überschreitung der vom Wortlaut gesetzten Grenze .....	85
cc) Fazit.....	87
c) Würdigung im Hinblick auf straftheoretische Zwecke.....	87
aa) Positive und negative Spezialprävention .....	87
bb) Negative und positive Generalprävention.....	89
d) Fazit .....	91
2. Die Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO).....	91
a) Die Rechtsprechung des BVerfG .....	92

b)	Argumente gegen die Vorgehensweise des BVerfG.....	94
aa)	Einwände gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit.....	94
bb)	Einwände gegen die materielle Verfassungsmäßigkeit .....	96
cc)	Fazit.....	97
c)	Würdigung im Hinblick auf straftheoretische Zwecke.....	97
aa)	Positive Generalprävention.....	97
bb)	Negative Spezialprävention .....	100
d)	Fazit .....	101
3.	Verdunkelungsgefahr (§ 112 II Nr. 3 StPO) .....	101
4.	Flucht und Fluchtgefahr (§ 112 II Nr. 1 und 2 StPO) .....	103
5.	Fazit.....	104
V.	Zusammenfassung und Ergebnis .....	104

## **Viertes Kapitel**

### **Untersuchungshaft und Verfassungs- bzw. Menschenrechte ..... 106**

I.	Die problematischen Wirkungen der Untersuchungshaft .....	106
II.	Die Freiheitsentziehung .....	106
1.	Verfassungsrechtliche Betrachtung.....	106
2.	Menschenrechtliche Betrachtung .....	109
3.	Fazit.....	112
III.	Die öffentliche Diskriminierung .....	112
1.	Verfassungsrechtliche Betrachtung.....	112
a)	Kodifikation und Grundrechtscharakter .....	114
aa)	Extensive Ansichten.....	116
bb)	Restriktive Ansichten.....	117
cc)	Die Auflösung des Meinungsstreits anhand der Rechtsprechung des BVerfG zum Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56f I 1 Nr. 1 StGB).....	121
b)	Fazit .....	124
2.	Menschenrechtliche Betrachtung .....	125
3.	Fazit .....	127
IV.	Das Zusammentreffen von öffentlicher Diskriminierung und Freiheitsentziehung .....	127
1.	Menschenrechtlich-rechtsschutzorientierte Betrachtung .....	127
2.	Die Beeinträchtigung des Art. 6 I, II EMRK durch die Untersuchungshaft .....	128

3.	Die verfassungsrechtliche Herleitung der Unschuldsvermutung .....	128
4.	Die Untersuchungshaft als strafähnliche Sanktion.....	129
V.	Zusammenfassung und Ergebnis .....	131

## **Fünftes Kapitel**

### **Untersuchungshaft als bedingte Strafe ..... 133**

I.	Die Anerkennung der Strafeffekte im Fall der Anrechnung (Das „Ob“ der bedingten Strafe).....	133
1.	Die Anrechnung als Strafbedingung .....	133
2.	Die Eignung zur Rückwirkung.....	134
a)	Sozialethische Missbilligung.....	134
b)	Generalprävention .....	135
c)	Spezialprävention .....	137
3.	Fazit.....	140
II.	Die problematischen Auswirkungen.....	141
1.	Die Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings gegenüber dem Strafgefangenen.....	141
2.	Das Anrechnungsdilemma .....	143
3.	Fazit.....	145
III.	Alternative Vollzugsgestaltung (Das „Wie“ der bedingten Strafe).....	145
1.	Vorläufiger Strafvollzug sui generis .....	145
2.	Vorwegvollzug .....	147
3.	Spezialpräventive Angebote an den Untersuchungshäftling.....	149
4.	Gefährdungshaftung sui generis.....	149
IV.	Kritik an den Formen der vorweggenommenen Strafe.....	151
1.	Die Abwehrfunktion der Grundrechte.....	151
2.	Einfallstor für das Feindstrafrecht.....	154
3.	Fazit.....	156
V.	Zusammenfassung und Ausblick .....	156
	Abkürzungsverzeichnis .....	159
	Literaturverzeichnis.....	164



## Einleitung

Oft wurde betont, dass es sich bei der vorläufigen Maßnahme der Untersuchungshaft um den wohl intensivsten Eingriff in die Grundrechte handelt, dem der Bürger im Zusammenhang mit dem schon an sich belastenden Strafverfahren ausgesetzt ist. Von der Strafe unterscheidet sich dieser Eingriff nur im Hinblick auf den Zweck, also die gesetzgeberische Intention, die vor der Verurteilung eine andere ist als danach. Dies hat zur Folge, dass einerseits dringender Tatverdacht angenommen wird, der Untersuchungshäftling andererseits aber als unschuldig zu gelten hat (Art. 6 II EMRK).

Der dringende Tatverdacht ist die Eingangsvoraussetzung (vgl. § 112 I 1 StPO). Zusätzlich muss ein Haftgrund vorliegen (vgl. §§ 112 II Nr. 1-3, III, 112a StPO), damit die Untersuchungshaft angeordnet werden „darf“ (§ 112 I 1 StPO). Da auf der Grundlage der §§ 112 ff. StPO von staatlicher Seite aus in elementare Rechte des Beschuldigten eingegriffen wird, ist das im Rechtsstaatsprinzip verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>1</sup> zu beachten (Art. 20 III GG, § 112 I 2 StPO). Bei der Anwendung der §§ 112 ff. StPO stehen stets zwei besonders wichtige Positionen der Verfassung in einem „Spannungsverhältnis“<sup>2</sup>. Gemeint sind die das Gemeinwohl betreffenden „unabweisbaren Bedürfnisse an einer wirksamen Strafverfolgung“<sup>3</sup> respektive „Strafrechtspflege“<sup>4</sup> aus Art. 20 III GG einerseits und der individuelle „Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten Beschuldigten“<sup>5</sup> aus Art. 2 II 2, 104 GG andererseits.

Überwiegen die Interessen des Gemeinwohls, hat der Betroffene die vorläufige, freiheitsentziehende Maßnahme ausnahmsweise zu erdulden. Allerdings lässt schon die Tatsache, dass in dieser Konfliktlage eine Abwägung staatlicher Kollektivinteressen mit den Individualinteressen des betroffenen Bürgers stattzufinden hat, ein Machtgefälle zulasten des Letzteren vermuten. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass die Untersuchungshaft - wohl auch für das BVerfG - inzwischen nicht mehr ausschließlich als Mittel zur „Sicherung des Strafverfahrens“<sup>6</sup> gilt. Zwar sei sie nach dessen ständiger Rechtsprechung grundsätzlich nur dann gerechtfertigt, wenn die „vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als durch vorläufige Inhaftierung eines Verdächtigen“<sup>7</sup>. De lege lata deuten aber insbesondere die Haftgründe auch auf außerhalb des Strafverfahrens

<sup>1</sup> BVerfGE 19, 342, 347 ff.; 20, 45, 49 f.; 36, 264, 270; 53, 152, 158 f.; StV 2011, 31, 32 f.

<sup>2</sup> BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; StV 2011, 31, 32.

<sup>3</sup> BVerfGE 19, 342, 347; 35, 185, 190; 36, 264, 269; StV 2011, 31, 32.

<sup>4</sup> BVerfGE 35, 185, 190; 53, 152, 158; StV 2001, 694, 695; StV 2006, 87, 88.

<sup>5</sup> BVerfGE 19, 342, 347; 36, 264, 270; 53, 152, 158; StV 2011, 31, 32.

<sup>6</sup> BVerfGE 35, 185, 191; NStZ 2004, 514; vgl. auch: StV 2011, 31, 33.

<sup>7</sup> BVerfGE 20, 45, 49; 20, 144, 147; StV 2007, 644, 646.

liegende Aspekte hin. Neben den Zwecken der Anwesenheitssicherung (§ 112 II Nr. 1, 2 StPO) und ordnungsgemäßen Tatsachenermittlung (§ 112 II Nr. 3 StPO) ergeben sich nämlich ebenso die umstrittenen Zwecke der wirksamen Verbrechensbekämpfung (§§ 112 III, 112a StPO) und der späteren Strafvollstreckung (vgl. § 112 II Nr. 1, 2 bzw. § 457 StPO) aus der StPO. Unter den vom BVerfG genutzten Oberbegriff der funktionstüchtigen oder wirksamen Strafrechtspflege<sup>8</sup> können auch die beiden letztgenannten subsumiert werden. Der reine Zweck der Verfahrenssicherung scheint damit allerdings aufgeben.

Nicht zuletzt aus diesem Grund kritisieren der Deutsche Anwaltverein und die Wissenschaft im Februar 1983 die Handhabung der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland dahingehend, dass „zu schnell, zu viel und zu lange verhaftet“ werde.<sup>9</sup> Obwohl die Zahl der Untersuchungsgefangenen in den Jahren nach dem Vorwurf zunächst rückläufig war, stieg sie vom Ende der 1980er bis zur Jahrtausendwende erneut an. Seitdem fiel sie kontinuierlich ab und liegt heute noch unter dem Stand von 1986.<sup>10</sup>

Der Vorwurf des Anwaltvereins und der Wissenschaft könnte heute allerdings aus einem anderen Grund Aktualität beanspruchen. Denn z. B. aus der aktuellen Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamts in Wiesbaden aus dem Jahr 2010<sup>11</sup> ergibt sich, dass insgesamt 26967 erfasste Personen mit Untersuchungshaft bedacht wurden. 26897 von ihnen wurden abgeurteilt (99,7%), 26056 verurteilt (96,6%). Zählt man aber die Fälle der Bewährungsstrafen (Jugendliche und Erwachsene insgesamt: 9092), Geldstrafen (2405), Zuchtmittel (429), Erziehungsmaßregeln (6), Maßregeln ohne Strafen oder Maßnahmen (231), des Absehens von Strafe (2), der Einstellungen (437), Freisprüche (334) und Entscheidungen anderer Art (70) zusammen, bleibt die Untersuchungshaft schließlich für insgesamt 13006 Beschuldigte (48,2%), also für knapp die Hälfte aller 26967 Betroffenen, die einzige Erfahrung des Freiheitsentzugs.<sup>12</sup> In den übrigen Fällen (Freiheits-, Jugendstrafe und Arrest), in denen das Verfahren mit einer freiheitsentziehenden Sanktion endet (13961 bzw. 51,8%), kommt eine Anrechnung der Untersuchungshaft in Betracht (vgl. §§ 51 I, 67 IV StGB, 52, 52a JGG). Seit dem 1. *StrRG* ist die Untersuchungshaft auch auf die Geldstrafe anzurechnen, nach Maßgabe des Tagessatzsystems allerdings erst nach dem 2. *StrRG* (§ 51 I 1, IV 1 StGB). Die Anrechnung ist somit insgesamt in 16366 Fällen möglich. Dies bedeutet, dass sich die erkannte Stra-

<sup>8</sup> BVerfG aaO. (Fn. 4).

<sup>9</sup> Vgl. zum DAV-Bericht: Brüssow in AnwBl 1983, 115; aktuell: Heinz, S. 104.

<sup>10</sup> Ostendorf-Ostendorf, S. 42/43; ähnlich aber auch: Heinz, S. 47/48, 96-106, insb. Schaubild 40 und Tabellen 10, 11; Dünkel/Lappi-Seppälä/Morgenstern/van Zyl Smit, S. 97 ff. (Abb. 3, Tab. 1b); Kalmthout/Knapen/Morgenstern, S. 392 ff. (Figure 1, 2, 4a) Dünkel in NK 4/1994, 20 ff.; ders. in StV 1994, 610 ff.; Gatzweiler in StraFo 1999, 325 ff.; Wenzel, S. 30 ff., 379 ff.

<sup>11</sup> Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Tab. 6.2.

<sup>12</sup> So auch: Heinz, S. 106 (Schaubild 47); Dünkel in IvS, S. 26; für Jugendliche in Mecklenburg-Vorpommern: Dünkel in FS-Burgstaller, S. 471 ff., 492.

fe bei mehr als der Hälfte aller Untersuchungshäftlinge (60,7%) um die Zeit der erlittenen Untersuchungshaft verringern könnte.

Dennoch ist die Unterscheidung zwischen einem verdächtigen Untersuchungshäftling und einem verurteilten Strafgefangenen schon durch die Trennung von Untersuchungshaft- und Strafvollzug gesetzlich vorgeschrieben. Bis zum 01.09.2006 war dies bundeseinheitlich in § 119 StPO und im StVollzG geregelt. Seit dem Inkrafttreten der Föderalismusreform sind beide Regelungskomplexe jedoch nicht mehr Teil der konkurrierenden Gesetzgebung, sondern fallen der Kompetenz der Länder anheim (vgl. Art. 70 I GG).<sup>13</sup> Ein Berliner Gesetz zum Untersuchungshaftvollzug existiert z. B. seit dem 01.01.2010 (vgl. § 99 UVollzG Bln).<sup>14</sup> Ein allgemeines Landesstrafvollzugsgesetz, das den Jugendstrafvollzug einschließt, haben bisher nur Bayern, Hamburg und Niedersachsen erlassen.<sup>15</sup> In den übrigen Bundesländern gilt nach wie vor das StVollzG (vgl. Art. 125a I GG).

Die Unterscheidung der Vollzugsgesetze verdeutlicht zwar die differente gesetzgeberische Intention; für den Betroffenen wird dies jedoch kaum spürbar sein. Die Untersuchungshaft wird ihm im Zweifel schon wie eine Strafe erscheinen. Ebenso ist denkbar, dass von Seiten der Öffentlichkeit und sogar von den Strafverfolgungsorganen selbst mit der Untersuchungshaft eine Benachteiligung des Beschuldigten verbunden ist. Es wird daher zu klären sein, inwieweit der Untersuchungshäftling durch das Recht der persönlichen Freiheit (Art. 2 II 2, 104 GG), insbesondere aber durch das Schuldprinzip und die Unschuldsvermutung (vgl. Art. 20 III, 1 I, 2 I GG bzw. Art. 6 II EMRK) vor solchen Nachteilen geschützt ist.

Strafende oder strafähnliche Wirkungen der Untersuchungshaft scheinen jedenfalls nicht völlig ausgeschlossen zu sein. Die Rechtfertigung einer Arbeit zu den möglichen Strafwirkungen der Untersuchungshaft und ihren Bedingungen ergibt sich weiterhin schon daraus, dass sich das Problem der Strafwirkung von Untersuchungshaft in Rechtsprechung und Literatur zwar immer wieder angedeutet hat. Teilweise wurde - unter den verschiedensten Überschriften - sogar kurz Stellung bezogen. Eine abschließende Erörterung, welche die bereits angedeuteten, vielseitigen und vielschichtigen Aspekte des Themas berücksichtigt, existiert jedoch noch nicht. Aus diesem Grund fehlt es auch am Aufzeigen möglicher Konsequenzen, z. B. für den Untersuchungshaftvollzug.

---

<sup>13</sup> BGBl. I 2034, 2035; BT-Drs. 16/813, S. 3, 9; krit. dazu: Kopp in ZfStrVo 2006, 3/4; Dünkel FdF, S. 1/2, 25; Seebode in HRRS 5/2008, 236 ff.

<sup>14</sup> LT-Drs. 16/2491; vgl. insg. zu den UVollzG der Länder: Brune/Müller in ZRP 2009, 143 ff.

<sup>15</sup> Laubenthal Rn. 15; Dünkel FdF, S. 1; Kalmthout/Knapen/Morgenstern, S. 391/392, 421 ff.

## Erstes Kapitel

### Meinungsstand, Begriff und Verlauf der Untersuchung

#### I. Der bisherige Meinungsstand zur Strafwirkung der Untersuchungshaft

Die Frage nach der Strafwirkung der Untersuchungshaft wurde bisher nicht ausführlich erörtert. Das liegt nicht nur an den vielseitigen Aspekten und den diversen, sich daraus ergebenden Anknüpfungspunkten. Das Ausbleiben einer solchen Diskussion wird vielmehr darauf zurückzuführen sein, dass die höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung eine strafende oder strafähnliche Wirkung der Untersuchungshaft kategorisch ausschließt. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass sich seit jeher in der Literatur, vor allem aber in der älteren Rechtsprechung zur Anrechnung und neuerdings auch in der Rechtsprechung des EGMR, gegenteilige Annahmen oder zumindest Hinweise auf solche finden lassen.

#### 1. Höchstrichterliche deutsche Rechtsprechung

Aus der Sicht des BVerfG ist die Untersuchungshaft (§§ 112 ff StPO) zwar ein „besonders einschneidender“ Eingriff<sup>16</sup> in das Freiheitsrecht des (noch) unverurteilten Bürgers (Art. 2 II 1, 104 GG); aber sie ist „keine Strafe“<sup>17</sup>, genauer „keine antizipierte Strafhaft“<sup>18</sup>. Als Inhaftierung eines nicht verurteilten und damit unschuldigen Bürgers müsste sich die Untersuchungshaft in der Regel als rechts- und verfassungswidrige „Freiheitsberaubung“<sup>19</sup> darstellen. In „streng begrenzten Ausnahmefällen“<sup>20</sup> ist ihre Anordnung und Aufrechterhaltung aber durch überwiegende Interessen des Gemeinwohls gerechtfertigt. Dabei darf sie allerdings gerade nicht „nach Art einer Strafe den Rechtsgüterschutz vorwegnehmen, dem das materielle Strafrecht dienen soll“<sup>21</sup>. Dies kann auch kaum anders gesehen werden. Folgt man nämlich dem BVerfG, das die Strafe lediglich im Hinblick auf andere staatliche Maßnahmen - wie z. B. die Geldbuße, die Vermögensstrafe, die Sicherungsverwahrung - nuanciert, ist sie allein über ihren Zweck zu bestimmen (vgl. Art. 103 II GG).<sup>22</sup> Dieser Zweck ergibt sich aus der gesetzgeberischen Intention der Übelzufügung<sup>23</sup>, genauer „dem gewollten Eingriff in die Rechtssphäre des Verurteilten (Freiheit, Vermögen, Freizeit, soziales Ansehen)“<sup>24</sup>. Das Differenzkriteri-

<sup>16</sup> BVerfGE 9, 89, 98; vgl.: BVerfG StraFo 2005, 503, 504; Isensee/Kichhof-Wittreck VII § 151 Rn. 18, 19.

<sup>17</sup> BVerfGE 109, 133, 175.

<sup>18</sup> BVerfG StV 2008, 25, 28; StV 2007, 84, 87; vgl. auch: Meyer-Goßner Vor § 112 Rn. 2.

<sup>19</sup> Hassemer in StV 1984, 38, 40.

<sup>20</sup> BVerfGE 19, 342, 347; vgl. auch: StV 2006, 703, 74 (m. w. N.); StV 2008, 198.

<sup>21</sup> BVerfGE 19, 342, 348; StV 2007, 644, 646.

<sup>22</sup> BVerfGE 27, 18, 32 ff.; 105, 135, 153 ff.; 109, 133, 167 ff.; 128, 326, 376 ff.; StV 2006, 574, 575; vgl. auch: Freund in GA 1995, 4 ff.: krit. aber: Jung, S. 14, 33 ff., 68 ff., 77; Kühl UV, S. 14 ff.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfGE 109, 133, 168; 128, 326, 377; StV 2006, 574, 575.

<sup>24</sup> Jescheck/Weigend StR AT, S. 65.

um ist also ein normatives. Von *Volk* wird es als das „normative Argument“<sup>25</sup> bezeichnet. Die bekannte Unterscheidung von Untersuchungshaft und Strafe nach Anlass, Zweck und Ziel<sup>26</sup> ist die Konsequenz.

Während die Untersuchungshaft wegen dringenden Tatverdachts<sup>27</sup> angeordnet wird (vgl. § 112 I 1 StPO), setzt jede Strafe wegen der aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) folgenden Unschuldsvermutung (vgl. auch Art. 6 II EMRK) eine rechtskräftige Verurteilung<sup>28</sup> voraus (Anlass). Zu den Zwecken der Untersuchungshaft, die sich aus den überwiegenden Gemeinwohlbelangen der „wirksamen Strafverfolgung“ und „Strafrechtspflege“ ergeben (vgl. Art. 20 III GG),<sup>29</sup> gehören neben der Sicherung des Strafverfahrens<sup>30</sup>, auch die Sicherstellung der späteren Strafvollstreckung<sup>31</sup> und die - seltener erwähnte - wirksame Verbrechensbekämpfung<sup>32</sup>. Der Zweck der Strafe liegt - abgesehen von dem Gedanken des zwecklosen Schuldausgleichs der absoluten Straftheorie - hingegen darin, im Rahmen der relativen Straftheorien auf den Verurteilten und die Rechtsgemeinschaft einzuwirken (Spezial- und Generalprävention).<sup>33</sup> Die Untersuchungshaft zielt schließlich auf die Anwesenheit des Beschuldigten im Strafverfahren ab, die zur Gewährleistung eines „legitime[n] Anspruch[s] der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters“ nötig ist.<sup>34</sup> Die ggf. auf das Strafverfahren folgende Strafe dient den Zielen der Kriminalprävention und dem Rechtsgüterschutz.<sup>35</sup> Der BGH und die OLG sind diesen Vorgaben des BVerfG weitgehend gefolgt. Auch sie definieren die Untersuchungshaft über den Zweck der Verfahrens- und Vollstreckungssicherung.<sup>36</sup>

Allerdings muss erwähnt werden, dass vor allem das RG in seinen Entscheidungen zur Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe noch eine andere Ansicht zu vertreten schien<sup>37</sup> und dass der BGH der reichsgerichtlichen „Hypothese von der vorweggenommenen Strafe“<sup>38</sup> in seinen früheren Entscheidungen zunächst gefolgt war<sup>39</sup>. Heute jedoch hat der BGH davon

<sup>25</sup> Volk in ZStW 1971, 408.

<sup>26</sup> Vgl. dazu: Seebode, S. 36/37; Paeffgen, S. 265.

<sup>27</sup> Vgl. dazu: BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; NJW 1996, 1049, 1050; StV 2008, 25 27.

<sup>28</sup> Vgl. dazu: BVerfGE 74, 358, 371; 82, 106, 114 ff.; NStZ 2004, 514, 515; NJW 1996, 1049, 1050.

<sup>29</sup> BVerfG aaO. (Fn. 3, 4).

<sup>30</sup> BVerfG aaO. (Fn. 6).

<sup>31</sup> BVerfGE 20, 45, 50; 20, 144, 149; 32, 87, 93; 53, 152, 160; StV 2008, 198; StV 2011, 31, 33.

<sup>32</sup> BVerfGE 20, 45, 49; 20, 144, 147; 35, 185, 190.

<sup>33</sup> BVerfGE 45, 187, 253 ff.; 109, 133, 172 ff.

<sup>34</sup> BVerfGE 19, 342, 348; 32, 87, 93; 20, 45, 49; 20, 144, 147; NJW 1996, 1049, 1050; StV 2007, 369, 370.

<sup>35</sup> BVerfGE 45, 187, 253/254; 109, 133, 172 ff., 174; BVerfGE 19, 342, 348; StV 2007, 644, 646.

<sup>36</sup> Vgl. z. B.: BGH StV 1987, 283; BGHSt 44, 129, 135; BGH StraFo 2009, 39; OLG Celle NJW 1965, 926; OLG Frankfurt MDR 1979, 75/76; OLG Hamm NStZ 1985, 93; KG Berlin NStZ 2006, 695, 696; OLG Oldenburg StraFo 2010, 198; OLG Karlsruhe StV 2010, 198; OLG Dresden StV 2009, 477.

<sup>37</sup> Vgl. insb.: RGSt 75, 279, 282; 76, 217, 219/220.

<sup>38</sup> Dreher in MDR 1970, 968.

<sup>39</sup> BGHSt 1, 105; 6, 215, 218/219; 7, 214, 217; 10, 235, 236; NJW 1956, 1164; GA 1962, 115; StV 1990, 303.

Abstand genommen und sich dem BVerfG angeschlossen, das die Anrechnungsvorschrift im Sinne von Art. 2 II 2, 104 GG auslegt und damit eine Strafähnlichkeit der Untersuchungshaft durch die Anrechnung ausschließt. Dies zeigt sich insbesondere an der Entscheidung des BGH vom 26.06.1997 zur Anrechnung verfahrensfremder Untersuchungshaft<sup>40</sup>, auf die das BVerfG ausdrücklich in mehreren anschließenden Entscheidungen verweist.<sup>41</sup>

## 2. Literatur

Auch in der Literatur wird oft betont, dass es sich bei der vorläufigen Maßnahme der Untersuchungshaft um den wohl intensivsten Eingriff<sup>42</sup> in die Grundrechte handelt, dem der Bürger im Zusammenhang mit dem schon an sich belastenden Strafverfahren<sup>43</sup> ausgesetzt ist. Zu den eventuellen Strafwirkungen der Untersuchungshaft existiert in der Literatur zwar kein einheitliches Meinungsbild. Angesprochen und diskutiert wird dieses Problem aber hauptsächlich unter drei Überschriften.

Gemeint ist erstens die Anrechnung nach § 51 StGB. Die wohl herrschende Lehre hierzu<sup>44</sup> geht zwar davon aus, dass sich aus der Anrechnung eine gewisse Vergleichbarkeit oder Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe ergebe (vgl. § 51 I StGB). Die Annahme, dass in diesem Fall mit der erlittenen Untersuchungshaft schon eine Strafe verbüßt worden sei, wird größtenteils allerdings als gesetzgeberische Fiktion angesehen<sup>45</sup> (vgl. auch §§ 57 IV, 57a II StGB).

Der zweite Diskussionspunkt kann als gesetzgeberische Umsetzung von Sinn und Zweck der Untersuchungshaft in den §§ 112, 112a StPO umschrieben werden. Da auch in der Literatur weitgehend Einigkeit darüber herrscht, dass die Sicherung des Strafverfahrens und der

---

<sup>40</sup> BGHSt 43, 112 ff.

<sup>41</sup> BVerfG StV 1998, 664, 665; StV 1999, 102, 103; StV 1999, 546, 547; StV 2000, 252, 253.

<sup>42</sup> Vgl. z. B.: Kühne Rn. 415; Volk StPO § 10 Rn. 6; Lindner in AöR 2008, 237; Schloth, S. 202; Gebauer, S. 1; Seebode, S. 2; Eidam in HRRS 5/2008, 246; Herrmann Rn. 1; MünchKollKommStGB/ Gatzweiler Rn. 3; Schlothauer/Weider Rn. 1, 9; Wenzel, S. 1, 3; Geppert in Jura 1991, 269; a. A. Ranft Rn. 609: einstweilige Unterbringung gemäß § 126a StPO als einschneidendste Maßnahme.

<sup>43</sup> Vgl. dazu: Jung, S. 21, 43, 60/61, 66/67; Kühl UV, S. 20 ff., 35; Wenzel, S. 1.

<sup>44</sup> Vgl. dazu: Wenzel, S. 111 ff., 130 ff.; Flöhr, S. 9, 11; Dreher in MDR 1970, 968; Horstkotte in JZ 1970, 128; Baumgärtner in MDR 1970, 191; Würtenberger in JZ 1952, 545, 548, 549; Koffka in JR 1971, 337; Seebode, S. 36, 138 ff., 154/155; Paeffgen, S. 241, 263, 265, 267; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 23; LK-Theune § 51 Rn. 41, 62; Weigend in FS-Müller, 739; Montenbruck ZR II Rn. 414 ff.; Dencker in MDR 1971, 627 f.; Hammecke, S. 6, 18 ff.

<sup>45</sup> LK-Theune § 51 Rn. 62; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 23; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 22; vgl. auch: Dreher in MDR 1970, 967 ff.; Dencker in MDR 1971, 627 f.; Wenzel, S. 135 f., 237/238.

späteren Strafvollstreckung allgemeiner Zweck der Untersuchungshaft sind<sup>46</sup>, müsste die Verwirklichung von Strafzwecken mit der Untersuchungshaft ausgeschlossen sein. Diesbezüglich wird teilweise schon die gesetzliche Kodifizierung der Untersuchungshaft kritisiert.<sup>47</sup> Andere Autoren monieren die Annahme übergesetzlicher, sog. apokrypher Haftgründe durch die Strafverfolgungsbehörden.<sup>48</sup>

Der dritte und letzte Aspekt bezieht sich auf Inhalt und Umfang der verfassungs- und menschenrechtlichen Garantien. Dazu gehören, neben dem Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art. 2 II 2, 104 GG), insbesondere das Schuldprinzip und die Unschuldsvermutung (vgl. Art. 20 III, 1 I, 2 I GG und Art. 6 I, II EMRK). Im Zusammenhang mit den genannten Garantien aus Verfassung und Menschenrechten wird nicht nur der möglicherweise schon aus der Freiheitsentziehung resultierende Übelscharakter der Untersuchungshaft<sup>49</sup>, sondern auch der Umgang mit der gesellschaftlich stigmatisierenden Wirkung der Untersuchungshaft<sup>50</sup> diskutiert.

## II. Der Begriff der „bedingten Strafe“

Der Begriff „bedingte Strafe“ existiert im deutschen Strafrecht nicht. Man könnte zwar an die Aussetzung der Verhängung von Jugendstrafe bei nicht sicher festzustellenden schädlichen Neigungen nach § 27 JGG denken. Die schädlichen Neigungen (§ 17 II JGG) sind jedoch eine Besonderheit des vom Erziehungsgedanken geprägten Jugendstrafrechts, das hier nicht im Vordergrund stehen soll. Aus diesem Grund sind die beiden Titelschlagwörter, die dem deutschen Recht einzeln nicht unbekannt sind, zunächst getrennt zu betrachten.

### 1. Strafe

Der Bedeutung der Strafe nach dem StGB kann sich nur mit Hilfe von Rechtsprechung und herrschender Lehre genähert werden. Folgt man der „Vereinigungslehre“ der herrschenden

<sup>46</sup> Roxin/Schünemann § 30 Rn. 1; Montenbruck ZR II Rn. 414; Kühne Rn. 415; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 4 ff.; Meyer-Goßner Vor § 112 Rn. 4; MünchKommB/StGB § 17 II Rn. 7, 255; Schlothauer/Weider Rn. 13; Wenzel, S. 33, 110 ff., 132, 322/323; Geppert in Jura 1991, 269; Dreher in MDR 1970, 967; Seebode, S. 7, 68, 70, 98, 155, 185/186; Paeffgen, S. 55, 80, 167, 265; Lindner in AöR 2008, 253; Weigend in FS-Müller, S. 740; Hassemer in StV 1984, 40; Wolter in ZStW 1981, 453; Hammecke, S. 18.

<sup>47</sup> Wolter in ZStW 1981, 452 ff.; Weigend in FS-Müller, S. 739 ff.; Dahn in FS-Dünnebier, S. 227 ff.; ders. HB Rn. 338 ff. vgl. auch: Hassemer in StV 1984, 38 ff.; Paeffgen, S. 79 ff.

<sup>48</sup> Eisenberg/Tóth in GA 1993, 293, 302 ff.; Gebauer, S. 28/29, 357 ff., 367; Dünkel in StV 1994, 610 ff.; Wenzel, S. 49, 62/63, 122 ff., 236, 322, 335; MünchKommB/StGB § 17 II Rn. 248 ff.; Schlothauer/Weider Rn. 661 ff.

<sup>49</sup> Dreher in MDR 1970, 968; Dencker in MDR 1971, 627; Seebode, S. 3, 36, 136 ff., 154; Würtenberger in JZ 1952, 545; Volk in ZStW 1971, 407 ff., 428; LK-Theune § 51 Rn. 41; Wolter in ZStW 1981, 494; Kühl UV, S. 13, 14; Wenzel, S. 121, 331; Montenbruck ZR II Rn. 415.

<sup>50</sup> Lindner in AöR 2008, 252/253; Jung, S. 67; Kühl UV, S. 14 ff., 23; Kaufmann in FS-Wassermann, S. 891; Paeffgen, S. 56, 58; Bohnert, S. 13 ff., 125 ff., 186 ff., 238 ff.; Montenbruck Idpr, S. 35, 52, 62, 70/71, 189.

Meinung<sup>51</sup>, wird die Strafe durch die Straftheorien, die sich in den gesetzlichen Regelungen zur Strafbemessung (§§ 46 ff. StGB) und den Grundsätzen des Strafvollzugs (§§ 2 ff. StVollzG) wiederfinden, konkretisiert. Demnach beinhaltet sie neben dem repressiven Element des vergeltenden Tatschuldausgleichs (vgl. § 46 I 1 StGB) auch die Gedanken der General- und Spezialprävention (vgl. §§ 46 I 2, 46a StGB, §§ 2, 3 II, III, 4 I StVollzG).

Dass sich die Strafe - trotz ihrer präventiven Zwecke - vor allem durch Repressivität auszeichnet, ist nicht nur dem archaischen Gedanken der (Wieder-) Vergeltung<sup>52</sup> und der rechtstheoretischen Annahme, dass ein Übel nur mit einem anderen Übel ausgeglichen werden kann<sup>53</sup>, geschuldet. In der Form des Tatschuldausgleichs findet dieser Gedanke auch Rückhalt in der Verfassung.

Aus Art. 103 II GG, dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot und Rückwirkungsverbot (*nulla poena sine lege*), ergibt sich, dass die Strafbarkeit solchen Maßnahmen vorbehalten bleiben muss, die „eine missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein rechtswidriges, schuldhaftes Verhalten darstellen und wegen dieses Verhaltens ein Übel verhängen, das dem Schuldgleich dient“.<sup>54</sup> Aus dem Schuldprinzip (*nulla poena sine culpa*) und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt weiterhin, „dass die Schwere einer Straftat und das Verschulden des Täters zu der Strafe in einem gerechten Verhältnis stehen müssen“.<sup>55</sup> Hierbei beschreibt insbesondere das Schuldprinzip, das auf der (fiktiven<sup>56</sup>) Annahme menschlicher Willensfreiheit<sup>57</sup> beruht, die Strafe als eine dem Tatschuldausgleich<sup>58</sup> dienende Re-Aktion<sup>59</sup> und bestätigt somit ihre Rückwärtsgerichtetheit.

Das Schuldprinzip wird nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG aus Art. 1 I, 2 I GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 III GG abgeleitet.<sup>60</sup> Im einfachen Recht evoziert es zwei Aussagen: Die materiell-rechtliche besagt, dass der Täter die Straftat schuldhaft, also in vorwerfbarer Weise, begangen haben muss (vgl. §§ 17, 19, 20, 21, 29, 35 I, 46, 57a I Nr. 2

<sup>51</sup> Vgl.: BVerfGE 45, 187, 253 ff.; BVerfGE 109, 133, 173 ff.; BGHSt 24, 40, 42/43; Jescheck/Weigend StR AT, S. 75; Roxin in JuS 1966, 377 ff.; ders. StR AT I § 3 Rn. 33 ff., 37 ff.; Fischer § 46 Rn. 2a; Montenbruck in FS-Weber, S. 197.

<sup>52</sup> Vgl.: Walter, S. 39 ff.; Jescheck/Weigend StR AT, S. 63/64; 91 f.; Schmidt §§ 3-6; Ebel/Thielmann Rn. 42; Kühl RP, S. 26 ff.

<sup>53</sup> Vgl.: BVerfGE 21, 391, 403; 22, 125, 132; vgl. auch: Montenbruck in FS-Weber, S. 195 ff.; Roxin StR AT I § 3 Rn. 2; ders. in JuS 1966, 377 ff.; Kühl in FS-Eser, S. 160.

<sup>54</sup> BVerfG StV 2006, 574, 575; BVerfGE 109, 133, 167; ähnlich auch: BVerfGE 22, 125, 132; 105, 135, 153; 128, 326, 377; vgl. dazu: Jescheck/Weigend StR AT, S. 65.

<sup>55</sup> BVerfGE 120, 224, 241; vgl. auch: BVerfGE 90, 145, 173; 54, 100, 108.

<sup>56</sup> Vgl. zum (relativen) Indeterminismus: Hillenkamp in JZ 2005, 319; Schiemann in NJW 2004, 2056; Kaufmann in FS-Wasermann, S. 893; Montenbruck in FS-Weber, S. 197; 211 ff.; Albrecht DvF, S. 65 ff. BGHSt 2, 194, 200; Wessels/Beulke Rn. 397; Meier Sanktionen, S. 35.

<sup>57</sup> Streng Sanktionen Rn. 11, 31, 32, 489-491; Kaufmann in FS-Wasermann, S. 890; Duff in Frisch, S. 23 ff.; Montenbruck in FS-Weber, S. 193, 197.

<sup>58</sup> Vgl.: NK-Neumann/Hassemer Vor § 1 Rn. 10.; Fischer Vor § 38 Rn. 4; Kühl UV, S. 12; ders. RP, S. 10; Roxin in FS-Müller-Dietz, S. 709; eher krit.: Jung, S. 14.

<sup>60</sup> BVerfGE 110, 1, 13 m. w. N.



StGB). Mit ihr korrespondiert die prozessuale Aussage. Sie besagt, dass dem Beschuldigten, bevor ihm die Tat vorgeworfen und er zu einer Strafe verurteilt werden kann, stets deren rechtswidrige und schuldhaftige Begehung von staatlicher Seite aus nachgewiesen werden muss (vgl. §§ 136 II, 136a, 152, 160 II, 170, 244, 264, 267 StPO). Vorher gilt der Beschuldigte als unschuldig (vgl. Art. 6 II EMRK).

Im konkreten Fall bestätigt der Schuldspruch den Tatvorwurf, mithin die gesetzgeberisch missbilligte Verhaltensweise des Bürgers. In seiner Folge ist jedoch nicht stets ein faktisches Übel zu verhängen. Zwar stellen die Straftatbestände des besonderen Teils (§§ 80 ff. StGB) ein solches grundsätzlich in Aussicht. Aus den Vorschriften zur Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) und zum Absehen von Strafe (§ 60 StGB) ergibt sich jedoch, dass die Strafe ihre Warn- und Abschreckungsfunktion auch unabhängig davon entfalten kann.<sup>61</sup> Denn schon dem Schuldspruch, der dem Betroffenen die rechtswidrige und schuldhaftige Begehung einer Straftat konkret zuschreibt, ist eine Missbilligung inhärent, die den Täter stigmatisiert und öffentlich diskriminiert. Daher drückt bereits er das vom Gesetzgeber intendierte Straf-Übel aus.<sup>62</sup> Zurechenbarkeit und Vorwerfbarkeit sind deshalb konstituierende Elemente der Strafbarkeit. Bei der Strafe handelt es sich somit um ein normatives Konstrukt, das im Folgenden über seine Zwecke, nämlich die straftheoretischen Wirkungen der General- und Spezialprävention, insbesondere aber über die sozialetische Missbilligung, von anderen staatlichen Maßnahmen zu unterscheiden ist. Mit anderen Worten: Es gilt das normative Argument.

## 2. Bedingung

Der Begriff der „Bedingung“ ist in § 158 BGB enthalten. Dort wird er allgemein als zukünftiges ungewisses Ereignis verstanden, das für den Beginn oder das Ende von Rechtswirkungen maßgeblich ist.<sup>63</sup>

Legt man die obigen Annahmen zugrunde, lassen sich zwei Bedingungen für die Strafe, genauer für die intendierten Wirkungen in Form von sozialetischer Missbilligung, General-

<sup>61</sup> Ebenso: Kühl UV, S. 16 ff.

<sup>62</sup> Vgl. dazu: BVerfGE 96, 245, 249; Kühl RP, S. 9, 30; ders. UV, S. 16 ff., 18; ders. in FS-Eser, S. 154 ff.; Montenbruck ZR II Rn. 389 ff.; vgl.: Pawlik in FS-Rudolphi, S. 220; Kaufmann in FS-Wassermann, S. 891; Freund in GA 1995, 7 ff. A. A. aber: Jung, S. 18 ff., 21/22; EGMR, vgl. insb.: Urt. v. 21.2.1984, Az.: 8544/79 Rn. 46 ff. [= EuGRZ 1985, 62 ff.; Serie A, Bd. 73] (Öztürk/D); Urt. v. 8.6.1976, Az.: 5100/71 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Rn. 82 ff. (Engel/NL); Urt. v. 3.10.2002, Az.: 37568/97 Rn. 55 [= StV 2003, 83 ff. mit Anm. Pauly] (Böhmer/D); Urt. v. 25.8.1993, Az.: 13126/87 Rn. 27 ff. (Sekania/A); Urt. v. 9.11.2004, Az.: 44760/98 Rn. 31 (Del Latte/NL); Urt. v. 28.4.2005, Az.: 72758/01 Rn. 36-38 (A.L./D); Urt. v. 17.12.2009, Az.: 19359/04 Rn. 133 [= EuGRZ 2010, 25 ff.] (M./D).

Alle Urteile des EGMR sind - unter der Angabe von Aktenzeichen - in den Originalsprachen, Englisch und Französisch, auch im Internet zu finden: <http://www.echr.coe.int/>.

<sup>63</sup> Vgl. Palandt Einf v § 158 Rn. 1.

und Spezialprävention, feststellen. Die erste ist die Betätigung der rechtlich tadelnswerten Gesinnung<sup>64</sup>, also Begehung der Tat durch den Straftäter. Denn aus der Sicht des materiellen Rechts ist die Rechtsfolge der Strafe schon mit der rechtswidrigen und schuldhaften Tatbegehung verwirkt. Prozessrechtlich betrachtet, ist die Strafe aber gerade vom gerichtlichen Nachweis der freiverantwortlichen Tatbegehung abhängig. Der Schuldspruch ist daher die zweite Bedingung.

Erhoben auf die verfassungs- bzw. menschenrechtliche Ebene, lässt sich Folgendes formulieren: Die Wirkungen der sozialetischen Missbilligung, der General- und der Spezialprävention müssten aufschiebend durch das Schuldprinzip (§ 158 I StPO) bzw. auflösend durch die Unschuldsvermutung (§ 158 II BGB)<sup>65</sup> bedingt sein.

### 3. Untersuchungshaft als bedingte Strafe?

Fraglich ist, ob es nach all dem überhaupt möglich ist, die Untersuchungshaft als bedingte Strafe anzusehen.

Dafür spricht, dass zum Zeitpunkt der Haftanordnung regelmäßig schon eine materiell-rechtlich relevante Tatbegehung vorliegt, womit die Strafe verwirkt und die erste Strafbedingung erfüllt ist. Die darauf folgende Freiheitsentziehung könnte dadurch bereits als Strafe erscheinen. Da es jedoch an der prozessualen zweiten Strafbedingung fehlt, erwachse aus der Rechtsfolge des § 112 I 1 StPO zwar ein „Übel“, aber keines, das dem Tatschuldausgleich dient.<sup>66</sup> Untersuchungshaft und Strafe scheinen damit ebenso wesensverschieden zu sein wie die Strafe und die freiheitsentziehenden Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 63, 64, 66 ff. StGB). In beiden Fällen wird - wenn auch aus unterschiedlichen Gründen - nicht an die Zurechenbarkeit angeknüpft und daher keine sozialetische Missbilligung der Tat bezweckt. Während die Maßregeln teilweise auf die Verantwortlichkeit des Täters, also auf die materielle Komponente des Schuldprinzips verzichten (vgl. §§ 63, 64 StGB, anders aber § 66 StGB), mangelt es der vorläufigen Untersuchungshaft am prozessualen Nachweis der Tat. Bezweckt wird deshalb der Schutz der Bevölkerung vor gefährlichen, aber ggf. schuldlos handelnden Straftätern<sup>67</sup> bzw. - bei der Untersuchungshaft - die Verfahrens- und Vollstreckungssicherung.

Allerdings muss wohl nicht extra erwähnt werden, dass die Verfolgung der Strafzwecke jedenfalls im präventiven Maßregelrecht enthalten ist. Seit *Franz von Liszt*<sup>68</sup> wird in erster

<sup>64</sup> Vgl.: Wessels/Beulke Rn. 400/401; Jescheck/Weigend StR AT, S. 420 ff.

<sup>65</sup> Ausdrücklich so: SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn. 182 (Überschrift); ders., S. 50.

<sup>66</sup> Vgl.: BVerfGE 19, 342, 347; StV 2006, 248, 249; vgl. auch: BVerfG aaO. (Fn. 54, 55).

<sup>67</sup> BVerfGE 109, 133, 167 ff. 128, 326, 374, 376 ff.; StV 2006, 574, 575; vgl. auch: Montenbruck ZR II Rn. 611, 612; Meier Sanktionen, S. 236.

<sup>68</sup> Zum Marburger Programm: Liszt in ZStW 1883, 1, 35 ff.

Linie die „Besserung“ der „besserungsfähigen“ und „besserungsbedürftigen“, aber auch der Unschädlichmachung der „unverbesserliche[n] Zustandsverbrecher“ oder „Gewohnheitsverbrecher“ erstrebt, so dass notfalls auch der dauerhafte Ausschluss des Einzelnen aus der Gesellschaft durch die Sicherungsverwahrung (§§ 61 Nr. 3, 66 ff. StGB) zulässig ist („selective incapacitation“<sup>69</sup>). Es liegen somit Aspekte der positiven und negativen Spezialprävention vor (vgl. §§ 1, 2. Alt., 2, 129, 136, 137 StVollzG).<sup>70</sup> Die teleologische Unterscheidung der strafrechtlichen Rechtsfolgen, die sich im Begriff der „Zweispurigkeit“<sup>71</sup> widerspiegelt, führt hier also nicht zu einer strengen Differenzierung der staatlichen Maßnahmen. Der EGMR ist sogar so weit gegangen, die Sicherungsverwahrung als Strafe im Sinne von Art. 7 I 2 EMRK einzustufen.<sup>72</sup>

Legt man dies zugrunde, bleibt aber unverständlich, dass - im Falle der Verurteilung - bei der Untersuchungshaft eine nahezu unbegrenzte Anrechnung auf die Strafe erfolgt (§ 51 I 1 StGB), während die Anrechnung der Maßregeln (§§ 63, 64 StGB) nur bis zu zwei Drittel möglich ist (§ 67 IV 1 StGB). Die gesetzgeberische Fiktion, dass die Untersuchungshaft in diesem Fall eine verbüßte Strafe darstellt (§§ 57 IV, 57a II StGB), ist zwar auch für die Verhängung der Sicherungsverwahrung maßgeblich (vgl. § 66 IV 2 StGB). Die weiterreichende Anrechnung der Untersuchungshaft scheint allerdings darauf hinzudeuten, dass die Untersuchungshaft im Falle der Verurteilung eine gesteigerte Ähnlichkeit zur Strafe aufweist.

Erklären lässt sich dies damit, dass die Anrechnung nach § 51 I 1 StGB eine Verurteilung des Untersuchungshäftlings wegen einer rechtswidrigen und schuldhaften Tat, also einen Schuldspruch, voraussetzt. Kommt § 51 I StGB zur Anwendung, ist somit auch die zweite Strafbedingung stets erfüllt. Die Untersuchungshaft könnte daher in diesem Fall als bedingte Strafe zu betrachten sein.

### III. Der Verlauf der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit wird die in Rechtsprechung und Literatur genannten Themenbereiche im Folgenden aufgreifen und diskutieren. Dabei wird sich mehr und mehr zeigen, dass eine strikte Unterscheidung staatlicher Maßnahmen nach dem Kriterium des vom Gesetzgeber verfolgten Zwecks, also insbesondere der intentionalen Übelzufügung, nicht ausnahmslos

<sup>69</sup> Baratta in FS-Kaufmann, S. 409; Jung in FS-Wassermann, S. 880 vgl.: Montenbruck ZR II Rn. 611; Kunz in FS-Eser, S. 1376; ausführlicher: Frommel in KJ 1995, 226 ff.

<sup>70</sup> Vgl. dazu: Meier Sanktionen, S. 24, 25; Streng Sanktionen Rn. 26 ff.

<sup>71</sup> BVerfGE 128, 326, 374; Fischer Vor § 38 Rn. 4; LK-Weigend Einl. Rn. 57; Streng Sanktionen Rn. 280; Roxin StR AT I § 1 Rn. 4; vgl. auch: Kunz in FS-Eser, S. 1375 ff.; krit. dazu: Paeffgen S, 148; Kaufmann in FS-Wassermann, S. 891; Lackner/Kühl § 61 Rn. 2; Jung, S. 33 ff.; EGMR Ur. v. 17.12.2009, Az.: 19359/04 Rn. 45 ff., 124 ff. (M./D).

<sup>72</sup> EGMR Ur. v. 17.12.2009, Az.: 19359/04 Rn. 124 ff., 133 (M./D); als Reaktion darauf: BVerfGE 128, 326, 374 ff.

funktioniert. Sie könnte sich vielmehr als normativer Zirkelschluss<sup>73</sup> erweisen, der lediglich besagt, dass die Untersuchungshaft nur deshalb keine Strafe *sei*, weil sie keine sein *soll*.

Die Erörterung nimmt folgenden Verlauf: Im anschließenden zweiten Kapitel wird es zunächst darum gehen, ob die Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe (vgl. § 51 I StGB), die eine gewisse Vergleichbarkeit oder sogar Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe zu suggerieren scheint, straftheoretische Wirkungen evoziert. Das dritte Kapitel ist prozessrechtlicher Natur. Es umfasst den Tatverdacht, die Haftgründe und die Verhältnismäßigkeitsklausel. Hier wird die gesetzliche Ausgestaltung der Untersuchungshaft auf nicht intendierte, straftheoretische Effekte, wie Vorverurteilungen und Schuldantizipationen, aber auch auf präventive Aspekte überprüft. Die beiden ersten Ansätze machen eine dritte Betrachtungsebene nötig. Denn nur auf verfassungs- und menschenrechtlicher Ebene kann diskutiert werden, ob und inwieweit der Untersuchungshäftling durch das Freiheitsrecht (vgl. Art. 2 II 2, 104 GG) und das Schuldprinzip bzw. die Unschuldsvermutung (vgl. Art. 20 III, 1 I, 2 I GG bzw. Art. 6 I, II EMRK) vor strafenden Einwirkungen geschützt ist. Es wird sich zeigen, dass die Grund- und Menschenrechte strafähnliche Effekte und latent straftheoretische Bestrebungen nicht vollständig auszuschließen vermögen. Das abschließende, fünfte Kapitel enthält das Ergebnis, dass die Untersuchungshaft als bedingte Strafe verstanden werden kann. Denn sie weist - trotz ihrer Vorläufigkeit - sozialetisch missbilligende, general- und spezialpräventive Effekte auf. Durch die Anrechnung, die stets einen Schuldspruch verlangt (vgl. § 51 I 1 StGB), werden diese Effekte quasi nachträglich legitimiert. Das hat jedoch zur Folge, dass die Anrechnung nicht nur die zu begrüßende Kürzung der Freiheitsentziehung bewirkt, sondern dadurch, dass sie das normative Differenzkriterium negiert, auch irreparable Nachteile für den Untersuchungshäftling mit sich bringt.

---

<sup>73</sup> Vgl. dazu: Stuckenberg, S. 447 ff.; ders. in ZStW 1999, 442 ff.; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 2.

## Zweites Kapitel

### Untersuchungshaft und Anrechnung

#### I. Das Problem der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe

Durch die Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe (§ 51 I StGB) wird eine gewisse Vergleichbarkeit oder sogar Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe suggeriert. Fraglich ist, ob allein die Anrechnung die Untersuchungshaft deshalb zur Strafe werden lässt. Dies wäre jedenfalls dann der Fall, wenn die Existenz der Anrechnungsvorschrift nur mit dem Strafcharakter der Untersuchungshaft zu rechtfertigen wäre. Bevor aber auf den Telos bzw. die Rechtfertigung des § 51 I StGB eingegangen werden kann, ist zu überprüfen, ob sich nicht schon aus dem Wortlaut, also aus den einzelnen Tatbestandsmerkmalen der Anrechnungsvorschrift, erste Anhaltspunkte für einen Strafcharakter der Untersuchungshaft ergeben.

#### II. Die Anrechnungsvorschrift (§ 51 I StGB)

Die deutsche Vorschrift zur Anrechnung von Untersuchungshaft ist so alt wie das Strafgesetzbuch. In der ursprünglichen Fassung des Strafgesetzbuchs vom 15.05.1871 war die Anrechnung im absatzlosen § 60 RStGB geregelt:

„Eine erlittene Untersuchungshaft kann bei Fällung des Urtheils auf die erkannte Strafe ganz oder theilweise angerechnet werden.“<sup>74</sup>

Nahezu unverändert wurde sie nach dem Zweiten Weltkrieg in das bundesdeutsche Recht übernommen (vgl. § 60 StGB i. d. F. v. 25.08.1953):

„Eine erlittene Untersuchungshaft oder einstweilige Unterbringung kann bei Fällung des Urteils auf die erkannte Strafe ganz oder teilweise angerechnet werden.“<sup>75</sup>

Mit dem *1. StrRG* vom 25.06.1969<sup>76</sup>, das zum Teil am 01.09.1969 und zum Teil am 01.04.1970, für § 60 StGB aber am 01.09.1969 in Kraft trat, wurde die Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe nach dem Vorbild des Regierungsentwurfs von 1962<sup>77</sup> - nunmehr in § 60 I StGB - grundlegend neu geregelt. Die Absicht des Gesetzgebers bestand dabei darin, ihren Anwendungsbereich erheblich zu erweitern. Der in der Rechtsprechung vorherrschenden Tendenz zur extensiven Auslegung der Anrechnungsvorschrift, die schon vom RG

<sup>74</sup> RStGB I, 127, 128.

<sup>75</sup> BStGB I, 1083, 1091.

<sup>76</sup> BStGB I, 645, 651, 680; vgl. auch: Wenzel, S. 101, 102, 468.

<sup>77</sup> Vgl. dazu: Wenzel, S. 102, 466; Horstkotte in JZ 1970, 122, 128; Koffka in JR 1971, 336.

begründet worden war, sollte Rechnung getragen werden.<sup>78</sup> Mit den 2. *StrRG* vom 04.07.1969<sup>79</sup>, das am 01.10.1973 in Kraft trat, wurde das Tagessatzsystem der Geldstrafe eingeführt. Seither lässt sich der Maßstab für die Anrechnung von Untersuchungshaft auf Geldstrafe dem vierten Absatz entnehmen (vgl. § 51 IV 1, 2. Alt. StGB). Durch das 2. *StrRG* erfolgte gleichzeitig die Umbenennung von § 60 StGB in § 51 StGB. Da die Regelung zur Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe dabei nicht verändert wurde, stimmt der heute gültige § 51 I StGB noch mit dem Wortlaut des § 60 I StGB i. d. F. d. 1. *StrRG* überein. Aus diesem Grund wird die oben aufgeführte, vor dem 1. *StrRG* geltende, absatzlose Fassung der Anrechnungsvorschrift aus dem Jahr 1953 als Vergleichsvorschrift herangezogen (im Folgenden: § 60 StGB a. F.).

Die mit dem 1. *StrRG* einhergehende Ausweitung der Anrechnung von Untersuchungshaft wird in vier Punkten deutlich. Die erste und wichtigste Neuerung ist wohl, dass die Anrechnung, welche vorher stets im pflichtgemäßen Ermessen des Richters stand, mit der Neufassung zu einer gebundenen Entscheidung („wird [...] angerechnet“) und damit zur Regel geworden ist (§ 51 I 1 StGB). Lediglich die Versagungsanordnung steht weiterhin im richterlichen Ermessen („kann“). Sie hängt jedoch vom „Verhalten des Verurteilten nach der Tat“ ab (§ 51 I 2 StGB). Der zweite Punkt ist in der Ersetzung des Begriffs der „einstweiligen Unterbringung“ durch den der „anderen Freiheitsentziehung“ zu sehen. Dieser wesentlich weitere Begriff impliziert eine beachtliche Ausdehnung der Maßnahmen, die - neben der Untersuchungshaft - auf die Strafe angerechnet werden können. Der dritte Punkt betrifft die Ausweitung der Objekte, auf die die Untersuchungshaft angerechnet werden kann, um die Geldstrafe. Die vierte und letzte Ausdehnung der Anrechnungsvorschrift ist in der Ersetzung des Terminus „bei Fällung des Urteils“, also der früheren „Tatidentität“<sup>80</sup>, durch die Formulierung des sog. Grundsatzes der Verfahrenseinheit<sup>81</sup> („aus Anlass der Tat, die Gegenstand eines Verfahrens ist oder gewesen ist“) zu sehen. Hierbei handelt es sich um ein Tatbestandsmerkmal, dessen extensivierende Auslegung durch die Rechtsprechung - wie sich zeigen wird - auch heute noch nicht abgeschlossen ist.

Die nunmehr regelmäßig erfolgende Anrechnung könnte für einen Strafcharakter, jedenfalls aber für die eine irgendwie geartete Vergleichbarkeit oder Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe sprechen. Dem stehen allerdings die heutige Charakterisierung

<sup>78</sup> So jedenfalls BVerfG StV 1998, 664, 665 mit Verweis auf BGHSt 43, 112 ff.; vgl. auch: LK-Theune § 51 Vor Rn. 1, Rn. 9.

<sup>79</sup> BGBl. I, 717, 724; vgl. dazu: Wenzel, S. 102, 103, 468/469.

<sup>80</sup> Vgl.: Hammecke, S. 9 ff.; Flöhr, S. 53; Wenzel, S. 178; Koffka in JR 1971, 336; BGHSt 43, 112, 117; BVerfG StV 1998, 664, 665.

<sup>81</sup> LK-Theune § 51 Rn. Rn. 9; vgl. auch: BGHSt 43, 112, 116 ff.; BVerfG StV 1998, 665.

des § 51 I 1 StGB als Strafvollstreckungsregel<sup>82</sup> und das Fortbestehen der Nichtanrechnungsklausel in § 51 I 2 StGB ebenso entgegen, wie die Tatbestandsmerkmale der „anderen Freiheitsentziehung“ und der gelockerte Zusammenhang zwischen Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat.

## 1. Erlittene Untersuchungshaft

Zur Anrechnung muss die Untersuchungshaft nach § 51 I 1 StGB tatsächlich „erlitten“, d. h. vollzogen worden sein.<sup>83</sup>

Bereits dies könnte ein erster Anhaltspunkt für den Strafcharakter bzw. die Ähnlichkeit von Untersuchungshaft und Strafe sein. Zwar wird die Untersuchungshaft im Sinne von § 51 I 1 StGB als vorläufige Freiheitsentziehung, die aufgrund eines Haftbefehls nach den §§ 112 ff., 127b, 230 II, 236, 329 IV 1 StPO, 72, 72a JGG richterlich angeordnet (vgl. §§ 114 ff., Art. 104 GG) und vollstreckt (vgl. §§ 115 bzw. 36 II 1, 449 ff. StPO) wurde, verstanden.<sup>84</sup> Bei einer Aussetzung des Vollzugs (§ 116 StPO) kommt die Anrechnung aber ebenso wenig in Betracht wie bei einer Unterbrechung der Untersuchungshaft zur Strafvollstreckung (vgl. §§ 449 ff. StPO, 39 II 2, 37 II StVollstrO)<sup>85</sup> oder bei notierter „Überhaft“<sup>86</sup>. *Wenzel* stellt bereits deshalb darauf ab, dass die Anrechnung „eine einer Strafe vergleichbare Freiheitsentziehung“ voraussetze.<sup>87</sup>

Zeitlich begrenzt wird die gemäß § 51 I 1 StGB anzurechnende Untersuchungshaft durch den Erlass des Urteils. Befindet sich der Betroffene bis zu diesem Zeitpunkt in Untersuchungshaft, sollte der Übergang in die Strafhaft automatisch erfolgen (vgl. § 38 Nr. 3, 1. HS. StVollstrO).<sup>88</sup> Die nach der Rechtskraft angeordnete Sicherungs- oder Vollstreckungshaft (§§ 453c I, 457 II StPO) ist deshalb keine Untersuchungshaft im Sinne von § 51 I 1 StGB mehr. Die erste verfügt über eine eigene Anrechnungsregel (vgl. § 453c II 1 StPO), die zweite nicht. Gemäß § 38 Nr. 2, 1. Alt. StVollstrO wird der Festnahmezeitpunkt aber auch bei der Vollstreckungshaft gleichzeitig als Strafbeginn angesehen. Sie ist daher ebenso - unabhängig von § 51 I 2 StGB - anzurechnen. Es wird vorgeschlagen, sie unter den Begriff der Untersu-

<sup>82</sup> Fischer § 51 Rn. 4; Jescheck/Weigend, S. 903; LK-Theune § 51 Rn. 9, 40, 44, 70; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 2; MK-Franke § 51 Rn. 2; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 1; Wenzel, S. 128 ff.; vgl. auch: BVerfG StV 2000, 252, 253; BGH NSTZ 1994, 335; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 2; Scheffler in ZIS 2008, 277; a. A. wohl noch Dreher in MDR 1970, 966/967.

<sup>83</sup> Fischer § 51 Rn. 8; LK-Theune § 51 Rn. 8; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 9.

<sup>84</sup> Vgl. SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 4; Wenzel, S. 140 ff.

<sup>85</sup> Vgl.: BGHSt 22, 303, 306; Hammecke, S. 11.

<sup>86</sup> BGH NSTZ-RR 2005, 388.

<sup>87</sup> Wenzel, S. 142.

<sup>88</sup> Krit. dazu: Paeffgen in GA 2009, 463/464.

chungshaft in § 450 I StPO zu subsumieren.<sup>89</sup> Obwohl auf das Verhältnis von § 51 I StGB zu § 450 I StPO später noch genauer einzugehen sein wird, sei an dieser Stelle vorweggenommen, dass § 450 I StPO zwar grundsätzlich nach Urteilerlass im Raum steht, aber nur dann anwendbar ist, wenn durch andere Prozessbeteiligte Rechtsmittel eingelegt wurden, so dass er auf die Vollstreckungshaft eigentlich keine Anwendung finden dürfte.

Für die Betrachtung der angerechneten Untersuchungshaft als Strafe könnte weiterhin sprechen, dass sich § 51 I 1 StGB auf den „Verurteilte[n]“ bezieht. Wie bereits erläutert, setzt § 51 I 1 StGB damit zwar gerade die prozessuale Strafbedingung des Schuldspruchs voraus. Strafrechtliche Erwägungen sind allerdings erst nach dem Eintritt dieses Ereignisses möglich. Da die Untersuchungshaft aber zeitlich vor der Verurteilung liegt, schließen h. L. und Rechtsprechung die Berücksichtigung von Strafzwecken in der Untersuchungshaft aus und lehnen damit die Strafwirkung angerechneter Untersuchungshaft ab.<sup>90</sup> Begründet wird dies hauptsächlich mit der Unschuldsumutung.<sup>91</sup> Eine Folge dieser Ansicht wäre, dass sich die von *Wenzel* angenommene Strafähnlichkeit in der freiheitsentziehenden Komponente der Untersuchungshaft erschöpfen müsste, was letztlich gegen einen Strafcharakter der Untersuchungshaft im oben vorausgesetzten Sinne spräche.

## 2. Andere Freiheitsentziehung

Gegen eine sich aus der Anrechnung ergebende Strafähnlichkeit der Untersuchungshaft könnte weiterhin sprechen, dass der Gesetzgeber neben der Untersuchungshaft seit dem *I. StrRG* auch den Fall der „andere[n] Freiheitsentziehung“ nennt (§ 51 I 1 StGB).

Die explizite Nennung der Untersuchungshaft ist nicht nur eine historische Hervorhebung. Sie macht - wie *Wenzel* betont<sup>92</sup> - vielmehr deutlich, dass der Gesetzgeber die Untersuchungshaft immer noch als qualitativ und quantitativ wichtigsten Fall vorläufiger Freiheitsentziehungen und damit als Hauptanwendungsfall der Anrechnung ansieht. Dennoch soll die Möglichkeit der Anrechnung bei anderen Freiheitsentziehungen nicht von vornherein ausgeschlossen sein. Eine eindeutige Definition des Begriffs der anderen Freiheitsentziehung im

<sup>89</sup> LR-Graalman-Scheerer § 450 Rn. 16, 17; a. A. wohl aber noch Ostermann in StV 1993, 54.

<sup>90</sup> Dreher in MDR 1970, 968, Dencker in MDR 1971, 627; Hammecke, S. 5, 13, 17, 20/21; LK-Theune § 51 Rn. 62.; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 23; a. A. aber Paeffgen, S. 243 ff., 267; Wolter in ZStW 1981, 453 ff., 493; Weigend in FS-Müller, S. 740; vgl. zur Rechtsprechung bereits Fn. 16 ff.

<sup>91</sup> Vgl. BVerfGE 19, 342, 347; StV 2006, 248, 249; Dreher in MDR 1970, 968; Dencker in MDR 1971, 627; Hassemer in StV 1984, 40 f.; Weigend in FS-Müller, S. 740; Wolter in ZStW 1981, 452, 453; Seebode, S. 10; Wenzel, S. 7, 110; krit. Paeffgen, S. 42 ff.; ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 21 ff.

<sup>92</sup> Wenzel, S. 3, 140; vgl. auch: SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 9.



Sinne von § 51 I 1 StGB<sup>93</sup> hat der Gesetzgeber jedoch versäumt. Deshalb muss hier auf die Annahmen der Rechtsprechung zurückgegriffen werden.

Während das RG noch den Zusammenhang zum Strafrecht bzw. Strafverfahren wahrte und unter der anderen Freiheitsentziehung „jede behördliche Freiheitsentziehung, die der Strafverfolgung dient“, verstand,<sup>94</sup> hat der BGH den Begriff über das Strafverfahrensrecht hinaus ausgedehnt. Ihm zufolge soll jede aus Anlass der Tat erfolgende Freiheitsentziehung anrechenbar sein, unabhängig davon, ob sie nach der StPO oder aufgrund anderer Regelungen angeordnet wird.<sup>95</sup> Hierbei bleibt zwar die Verbindung von Tat und Strafe erhalten. Dass Entscheidungen über die Vollstreckung von Freiheitsstrafen stets die durch Art. 2 II 2 GG verfassungsrechtlich garantierte Freiheit der Person berühren,<sup>96</sup> könnte jedoch dafür sprechen, jede freiheitsentziehende Bestimmung im Sinne der Art. 104 II-IV, 2 II 3 GG unter § 51 I 1 StGB zu subsumieren, sofern sie nicht selbst eine Strafe (vgl. § 51 II StGB) oder eine bloße Freiheitsbeschränkung ist. Nach diesem weiten Verständnis würde allerdings nicht nur die repressive (§ 127 II StPO), sondern auch die präventive Polizeihaft (vgl. § 30 ASOG Bln), als anrechenbarer Freiheitseingriff gelten.<sup>97</sup> Dies wiederum spräche gegen eine Strafartigkeit der anrechenbaren Freiheitsentziehungen und damit auch gegen eine solche der nur als Hauptanwendungsfall hervorgehobenen Untersuchungshaft.

### 3. Der Zusammenhang zwischen Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat

Fraglich ist weiterhin, wie es um den Zusammenhang von Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat bestellt ist.

Die Verbindung von Tat und Strafe ist dadurch gekennzeichnet, dass § 51 I 1 StGB zur Anrechnung stets verlangt, dass die Anordnung der freiheitsentziehenden Maßnahme „aus Anlass der Tat, die Gegenstand eines Verfahrens ist oder gewesen ist“, erfolgt. Zwischen der die Untersuchungshaft oder Freiheitsentziehung auslösenden und der letztendlich abgeurteilten Tat muss also ein Zusammenhang bestehen oder jedenfalls kurzzeitig bestanden haben. Der aktuelleren Rechtsprechung zufolge soll es ausreichen, wenn zwischen „der die Untersuchungshaft auslösenden Tat und der Tat, die der Verurteilung zugrunde liegt, [...] ein irgendwie gearteter sachlicher Bezug vorhanden ist oder war“.<sup>98</sup> Dies scheint einem Strafcharakter jedenfalls zunächst nicht zu widersprechen.

<sup>93</sup> Ausführlich hierzu: Wenzel, S. 146 ff.; Flöhr, S. 65 ff.

<sup>94</sup> RGSt 69, 327 mit Verweis auf RGSt 38, 182, 184.

<sup>95</sup> BGH NStZ 1997, 385; vgl. z. B. zum Arrest nach § 918 ZPO: KG Berlin NStZ-RR 2005, 388.

<sup>96</sup> Vgl. BVerfGE 86, 288, 311; StV 1998, 664, 665; NStZ 1999, 125; NStZ 1999, 477; StV 2000, 252, 253.

<sup>97</sup> So jedenfalls Wenzel, S. 172; a. A. aber RGSt 69, 327; LK-Theune § 51 Rn. 4.

<sup>98</sup> BGHSt 43, 112, 119; vgl. auch: BVerfG StV 1998, 664, 665; NStZ 1999, 125, 126; StV 2000, 252, 253.

Andererseits entspricht der Tatbegriff des § 51 I 1 StGB aber nicht demjenigen des materiellen Rechts (vgl. §§ 52, 53 StGB).<sup>99</sup> Auch die Annahme, § 51 I 1 StGB liege der verfahrens- und verfassungsrechtliche Tatbegriff des einheitlichen Lebensvorgangs (vgl. §§ 155, 264 StPO, Art. 103 III GG) zugrunde,<sup>100</sup> ist inzwischen wohl überholt.<sup>101</sup> Wenzel schlägt sogar vor, den weiteren Begriff „derselben Tat“ aus § 121 I StPO heranzuziehen.<sup>102</sup>

Die höchstrichterliche Rechtsprechung zieht keinen Tatbegriff heran, sondern bezeichnet das im Zuge des *I. StrRG* eingefügte Tatbestandsmerkmal mit dem Sekundärbegriff „Grundsatz der Verfahrenseinheit“<sup>103</sup>. Unter diesem Begriff erweitert sie die ursprüngliche Voraussetzung der „Tatidentität“ nach und nach um mehrere Fallgruppen. Dies wiederum spielt für den eventuellen Strafcharakter der Untersuchungshaft eine entscheidende Rolle.

### a) Die Tatidentität

Ihrem Wortlaut nach begrenzte die „Tatidentität“ die anrechenbare Untersuchungshaft noch auf die Fälle, in denen die Untersuchungshaft wegen der Tat erlitten wurde, die schließlich auch zur Verurteilung führte, nämlich auf die „bei Fällung des Urteils“ erlittene Untersuchungshaft (§ 60 StGB a. F.). Bei der Tatidentität wird also der ursprünglich die Untersuchungshaft rechtfertigende Tatverdacht später auch durch die Verurteilung nachgewiesen. Der für die Strafwirkung notwendige Zurechnungszusammenhang ist somit jedenfalls dem Wortlaut nach vor dem *I. StrRG* noch gewahrt gewesen.

Allerdings hatte sich schon das RG nicht auf die konkreten Vorgaben des Wortlauts beschränkt, sondern das Merkmal der Tatidentität zugunsten des Verurteilten eher flexibel gehandhabt.<sup>104</sup> So hatte es für die Tatidentität allgemein genügen lassen, wenn „der Angeklagte zur Zeit der Urteilsfällung in dem Verfahren, in dem das Urteil ergeht, eine Untersuchungshaft erlitten hat“.<sup>105</sup> Dieser Zusammenhang sollte auch dann gegeben sein, wenn das Verfahren mehrere Straftaten betrifft, die Untersuchungshaft aber nur wegen einer Tat angeordnet worden war, die letztlich nicht zur Verurteilung führte, sei es wegen Freispruchs (vgl. § 267 V StPO), Außerverfolgungssetzung (vgl. §§ 198, 200 StPO) oder anderweitiger Verurteilung.<sup>106</sup> Das gleiche gelte, wenn die abgeurteilte Tat erst nachträglich durch Verfahrensverbindung

<sup>99</sup> OLG Düsseldorf StV 1991, 266, 267; Dreher in MDR 1970, 967; Wenzel, S. 179.

<sup>100</sup> BGHSt 29, 63, 64 f.; OLG Düsseldorf StV 1991, 266, 267; Jescheck/Weigend, S. 904; Dreher in MDR 1970, 967; Baumgärtner in MDR 1970, 191.

<sup>101</sup> Vgl. BGHSt 43, 112, 119; Maatz in StV 1991, 267, 268, 269.

<sup>102</sup> Wenzel, S. 180; vgl. dazu: Meyer-Goßner § 121 Rn. 11.

<sup>103</sup> Vgl.: BGHSt 43, 112, 118; BVerfG StV 1998, 664, 665; vgl. auch: Wenzel, S. 178; LK-Theune § 51 Rn. 9.

<sup>104</sup> Vgl. dazu: BGHSt 43, 112, 116 ff.; BVerfG StV 1998, 664, 665; BVerfG NStZ 1999, 125, 126.

<sup>105</sup> RGSt 71, 140, 142.

<sup>106</sup> Vgl.: RGSt 71, 140, 142 mit Verweis auf RGSt 3, 264; 30, 182, 185.

oder Nachtragsanklage (vgl. § 266 StPO) Eingang in das Verfahren gefunden hat.<sup>107</sup> Weiterhin müsse die Verurteilungstat zur Anrechnung nicht schon im Haftbefehl aufgeführt sein;<sup>108</sup> die bloße Anordnung von Überhaft sollte genügen.<sup>109</sup> Die Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft, die bereits beendet war, bevor die zur Verurteilung führende Tat begangen wurde, hat das RG jedoch stets mit der Begründung abgelehnt, die Untersuchungshaft fungiere in solchen Fällen als „Guthaben“ und wirke damit für den Verurteilten als Anreiz für eine erneute Straftatbegehung.<sup>110</sup> Auch bei einer nachträglich zu bildenden Gesamtstrafe verneinte das RG den erforderlichen Zusammenhang stets. Argumentiert wurde damit, dass zum Zeitpunkt der Untersuchungshaft keine Verbindung der Verfahren bestanden hatte und eine Anrechnung nur möglich sei, „wenn in dem Verfahren, in welchem das Urteil ergeht, die Untersuchungshaft verfügt war - allerdings ohne Rücksicht darauf, ob auch die Verurteilung wegen der Strafsache erfolgte, wegen derer die Untersuchungshaft angeordnet war, [...]“.<sup>111</sup> Abgesehen von diesen beiden Einschränkungen, war die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft also schon unter reichsgerichtlicher Rechtsprechung eher die Regel.<sup>112</sup>

#### **b) Die tatsächliche Verfahrenseinheit**

Dieser vom RG vorgezeichneten Tendenz zur extensiven Auslegung der Anrechnungsvorschrift wollte der Gesetzgeber des *1. StrRG*, insbesondere auch mit der Kodifikation des Grundsatzes der Verfahrenseinheit,<sup>113</sup> entgegenkommen. Der Zusammenhang von Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat ist deshalb auch nach der Neuregelung jedenfalls in den Fällen, in denen ihn bereits das RG angenommen hatte, gegeben. Der BGH beschränkt sich jedoch nicht auf die Übernahme der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, sondern führt sie noch weiter fort.<sup>114</sup> Die nach 1969 einsetzende richterliche Rechtsfortbildung, die auch heute noch nicht abgeschlossen zu sein scheint, wird vom BGH vor allem damit gerechtfertigt, dass die Materialien des Reformgesetzgebers keine klaren Voraussetzungen hinsichtlich des Zusammenhangs von Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat enthielten.<sup>115</sup>

<sup>107</sup> RGSt 71, 140, 143; a. A. noch RGSt 30, 182, 185.

<sup>108</sup> RGSt 71, 140, 142 mit Verweis auf 3, 264; 30, 182, 185.

<sup>109</sup> RGSt 71, 140, 143.

<sup>110</sup> RGSt 58, 95, 96 f.; vgl. auch: RGSt 71, 140, 143; Hammecke, S. 9.

<sup>111</sup> RGSt 31, 244, 245; vgl. auch: 41, 318, 319; 71, 140, 143.

<sup>112</sup> Vgl.: BVerfG StV 1998, 664, 665; BGHSt 43, 112, 117.

<sup>113</sup> So auch: BGHSt 43, 112, 117; BVerfG StV 1998, 664, 665; LK-Theune § 51 Rn. 9; Koffka in JR 1971, 336.

<sup>114</sup> Vgl.: BGHSt 4, 325, 326; 23, 297; 28, 29, 30; 43, 112, 117.

<sup>115</sup> BGHSt 43, 112, 118 mit Verweis auf BT-Drs. 5/4094, 24 f.; vgl. aber auch: BVerfG StV 1998, 664 665.

Der Anfang der Auslegung des fraglichen Tatbestandsmerkmals durch den BGH kann in den Urteilen vom 07.07.1970<sup>116</sup> und vom 03.05.1978<sup>117</sup> gesehen werden. Das erste Urteil betrifft den Fall der sog. nachträglichen Verfahrenseinheit<sup>118</sup>, also der Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft auf eine nachträglich zu bildende Gesamtfreiheitsstrafe (vgl. § 55 StGB oder §§ 460, 462 StPO). Im Gegensatz zum RG rechnet der BGH die Untersuchungshaft in diesem Fall an, und zwar auch dann, wenn sie die mit ihr korrespondierenden Einzelstrafen übersteigt. Im zweiten Urteil bejaht er die Anrechnung der Untersuchungshaft, die bereits vor der erneuten Straftatbegehung beendet war.

Spätestens seit dem *1. StrRG* müssen Untersuchungshaft und Verurteilung zur Anrechnung also nicht mehr auf derselben Tat beruhen. Der BGH beschreibt dies folgendermaßen:

„Die formale Erwägung, daß dem (zunächst außergesetzlich entwickelten) Kriterium der Verfahrenseinheit ursprünglich die Vorstellung einer wenigstens denkbaren Mitursächlichkeit des einzelnen Tatvorwurfs für die Anordnung oder Aufrechterhaltung der vorläufigen Freiheitsentziehung zugrunde gelegen haben muss, kann dafür nicht mehr ausreichen.“<sup>119</sup>

Da dem Grundsatz der Verfahrenseinheit schon dann genügt ist, wenn die Tat eines späteren Verfahrens zur Verurteilung führt, solange dieses nur zu irgendeinem Zeitpunkt mit dem Verfahren der Verurteilung verbunden war (vgl. §§ 2, 13, 237 StPO), wird dieser (neue) Zusammenhang von Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat auch als „tatsächliche Verfahrenseinheit“<sup>120</sup> bezeichnet.

### c) Die funktionale Verfahrenseinheit

Die darauf folgende richterliche Erweiterung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit besteht darin, dass nunmehr auch von der Notwendigkeit der förmlichen Verbindung der Verfahren nach den Regeln des Prozessrechts abstrahiert wird. Ihr liegt der in der Rechtsprechung der OLG vorherrschende Streit, um die Anrechenbarkeit sog. „verfahrensfremder Untersuchungshaft“<sup>121</sup> zugrunde. Hierbei geht es um Fälle, in denen die Untersuchungshaft-Tat vor der Verurteilung durch Einstellung (vgl. §§ 154 II, 153 III, 153a, 153c I Nr. 1, 170 II StPO) oder Freispruch (vgl. § 267 V StPO) aus dem Verfahren ausgeschieden ist, ohne dass die beiden

<sup>116</sup> BGHSt 23, 297 [= JR 1971, 336 mit Anm. Koffka]; a. A. noch RGSt 31, 244, 245 f.; 41, 318, 319; 71, 140, 143; vgl. auch: Fischer § 51 Rn. 7; LK-Theune § 51 Rn. 16; OLG Naumburg StV 1997, 86, 87.

<sup>117</sup> BGHSt 28, 29 ff.; a. A. noch RGSt 58, 95, 96 f.; 71, 140, 143; vgl. auch: Fischer § 51 Rn. 6; LK-Theune § 51 Rn. 9; Wenzel, S. 103.

<sup>118</sup> Vgl. auch: OLG Naumburg StV 1997, 86, 87; BGHSt 43, 112, 118; ausführlich dazu: Wenzel, S. 182/183.

<sup>119</sup> BGHSt 28, 29, 31; vgl. dazu auch: LK-Theune § 51 Rn. 9.

<sup>120</sup> OLG Naumburg StV 1997, 86, 87; Wenzel, S. 177; vgl. auch: Flöhr, S. 54/55.

<sup>121</sup> Ausführlich dazu: BGHSt 43, 112, 115 ff. [= NStZ 1998, 134 mit Anm. Stree], vgl. auch: Flöhr, S. 54 ff. Im Ergebnis bejahend z. B.: OLG Schleswig MDR 1980, 70; OLG Düsseldorf StV 2001, 517. Verneinend z. B.: OLG Düsseldorf StV 1986, 393 ff. mit krit. Anm. Puppe; OLG Düsseldorf StV 1991, 266 ff. mit krit. Anm. Maatz; Jescheck/Weigend, S. 904.

Verfahren wenigstens zeitweise verbunden waren. Allerdings hätte die Möglichkeit der Verfahrensverbindung (vgl. §§ 2 ff., 13, 237 StPO) oder der Gesamtstrafenbildung (vgl. § 55 StGB oder §§ 460, 462 StPO) bestanden. Da es sich also um Fälle handelt, in denen eine Verfahrenseinheit zwar möglich gewesen wäre, aber gerade nicht vorgelegen hat, wird auch von „fiktiver“<sup>122</sup> oder „normativer Verfahrenseinheit“<sup>123</sup> gesprochen. Es geht außerdem um die Frage, ob eine analoge Anwendung von § 51 I 1 StGB möglich ist.

Der BGH hat diese Frage nicht allgemein entschieden, sondern auf das Vorliegen einer „funktionalen Verfahrenseinheit“<sup>124</sup> abgestellt. Für die Verfahrenseinheit sei grundsätzlich maßgeblich, ob „hinsichtlich der die Untersuchungshaft auslösenden Tat und der Tat, die der Verurteilung zugrunde liegt, ein Zusammenhang bestanden“ hat „oder zwischen ihnen ein irgendwie gearteter sachlicher Bezug vorhanden ist oder gewesen ist“<sup>125</sup>. Eine so beschriebene Verfahrenseinheit liege bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung<sup>126</sup> ebenso vor wie bei einem Aktenvermerk über die Einstellung einer Auslands- zugunsten einer Inlandstat (vgl. §§ 153c I Nr. 1 StPO, 51 III 2 StGB)<sup>127</sup>.

Der BGH bejaht einen relevanten Zusammenhang aber auch dann, wenn „das die vorläufige Freiheitsentziehung betreffende Verfahren zwar stets formal von dem anderen zur Verurteilung führenden Verfahren getrennt geführt wurde, die vorläufige Freiheitsentziehung in dem einen Verfahren sich aber auf den Gang oder den Abschluß des anderen Verfahrens konkret ausgewirkt hat“.<sup>128</sup> Mit dieser sehr weiten Auslegung umgeht er die praktischen und dogmatischen Einwände der OLG<sup>129</sup>, die die Durchführbarkeit der Anrechnung durch die Strafvollstreckungsbehörden und die vermeintliche Sperrwirkung des StrEG betreffen. Die verfahrensfremde Untersuchungshaft, „die sich in sonstiger Weise verfahrensnützlich ausgewirkt hat“, rechnet der BGH direkt nach § 51 I 1 StGB auf die Strafe an.<sup>130</sup> Sie soll bestehen, wenn „eine Einstellung des Verfahrens für das Untersuchungshaft verbüßt wurde, nach § 154 II StPO im Hinblick auf das mit einer Verurteilung endende Verfahren erfolgt ist“.<sup>131</sup> Das gleiche soll für die Fälle der Überhaftnotierung gelten, da die im ersten Verfahren gegenüber dem Beschuldigten vollzogene Untersuchungshaft auch seine Anwesenheit im zweiten Verfahren sichert

<sup>122</sup> Wenzel, S. 185 ff.; OLG Naumburg StV 1997, 86, 87; vgl. auch: Flöhr, S. 55 ff.; Maatz in StV 1991, 267 ff.; eher krit.: Stree in NSTZ 1998, 137.

<sup>123</sup> OLG Naumburg StV 1997, 86, 87; krit. hierzu: Stree in NSTZ 1998, 137.

<sup>124</sup> BGHSt 43, 112, 116, 120; NSTZ-RR 2005, 388; so auch Stree in NSTZ 1998, 137.

<sup>125</sup> BGHSt 43, 112, 119.

<sup>126</sup> BGHSt 43, 112, 118 mit Verweis auf BGHSt 23, 297.

<sup>127</sup> BGHSt 43, 112, 119 mit Verweis auf BGH NJW 1990, 1428; Maatz in StV 1991, 269.

<sup>128</sup> BGHSt 43, 112, 120; vgl. auch: NSTZ-RR 2005, 388.

<sup>129</sup> Vgl. insb. OLG Düsseldorf StV 1986, 393 ff. mit krit. Anm. Puppe; StV 1991, 266 ff. mit krit. Anm. Maatz.

<sup>130</sup> BGHSt 43, 112, 120.

<sup>131</sup> BGHSt 43, 112, 120; krit. hierzu: Stree in NSTZ 1998, 137.

und sich somit „doppelt verfahrensrelevant“ auswirkt.<sup>132</sup> Dem BGH zufolge liegt deshalb in den genannten Fällen noch eine (funktionale) Verfahrenseinheit im Sinne des § 51 I 1 StGB vor.

Die Annahme der funktionalen Verfahrenseinheit wird vom BVerfG gebilligt.<sup>133</sup> Es hat dem BGH dahingehend Recht gegeben, dass nur eine derart weit reichende Auslegung des § 51 I 1 StGB „die Dauer des Freiheitsentzuges für mehrere irgendwie zusammenhängende Taten zu begrenzen und dadurch dem Freiheitsgrundrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG zu einer verstärkten Wirkung [zu] verhelfen“ vermag.<sup>134</sup> Die Anrechnung verfahrensfremder Untersuchungshaft sei aber nicht auf die Fälle der Einstellung gemäß § 154 II StPO<sup>135</sup> und der Überhaftanordnung<sup>136</sup> zu beschränken, sondern auch in denjenigen der potenziellen Gesamtstrafenfähigkeit<sup>137</sup> und möglichen Einheitsstrafenbildung im Jugendstrafrecht (vgl. §§ 52a, 31 II JGG)<sup>138</sup> verfassungsrechtlich geboten. Hieraus lässt sich schließen, dass das BVerfG nicht bei der vom Wortlaut gesetzten Grenze, mithin bei der Auslegung des § 51 I 1 StGB stehen bleibt, sondern die Anrechnung auch „über den eigentlichen Anwendungsbereich des § 51 I StGB hinaus“ als gerechtfertigt ansieht.<sup>139</sup> Einer analogen Anwendung von § 51 I 1 StGB scheinen die Art. 2 II 2, 3 I GG jedenfalls nicht entgegenzustehen.<sup>140</sup> Da überwiegend ein Primat des Ausgleichs durch Anrechnung angenommen wird<sup>141</sup>, ist auch das StrEG kein Ausschlussgrund.

#### d) Fazit

Rechtsprechung und Gesetzgebung verstehen das Anrechnungsmerkmal des Zusammenhangs von erlittener Untersuchungshaft und abgeurteilter Tat sehr weit. Im Hinblick auf die analoge Anwendung des § 51 I 1 StGB scheint diese Entwicklung noch nicht abgeschlossen zu sein. Diese extensive Ansicht führt einerseits zwar dazu, dass die Freiheitsentziehung zugunsten des Verurteilten insgesamt weitgehend beschränkt wird. Andererseits muss aber festgestellt werden, dass dadurch auch der - ehemals sehr enge - Zusammenhang zwischen der die

<sup>132</sup> BGHSt 43, 112, 120, 121; vgl. auch BGH NStZ-RR 2005, 388 ebenso auch: Stree in NStZ 1998, 137.

<sup>133</sup> BVerfG StV 1998, 664, 665; NStZ 1999, 125, 126; NStZ 1999, 477; StV 1999, 546, 547; StV 2000, 252, 253.

<sup>134</sup> BVerfG StV 1998, 664, 665; vgl. auch: BVerfG StV 1999, 546, 547; NStZ 1999, 477; StV 2000, 252, 253.

<sup>135</sup> BVerfG StV 1998, 664, 665; NStZ 1999, 125, 126; NStZ 1999, 477; StV 1999, 546, 547; StV 2000, 252, 253.

<sup>136</sup> BVerfG StV 1999, 546, 547; NStZ 1999, 477; NStZ 1999, 125, 126; StV 2000, 252, 253.

<sup>137</sup> BVerfG NStZ 2001, 501; vgl. auch: OLG Köln StraFo 2009, 168, 169.

<sup>138</sup> BVerfG StV 2000, 252 ff.; vgl. auch Flöhr, S. 55 ff., 64/65.

<sup>139</sup> BVerfG StV 2001, 501; a. A. aber wohl BGHSt 43, 112, 115 ff.; jedenfalls nach Stree in NStZ 1998, 137.

<sup>140</sup> Vgl. dazu: BVerfG StV 1998, 664, 665; NStZ 1999, 125, 126; so im Ergebnis auch: Wenzel, S. 192 ff., 201; Flöhr, S. 55 ff., 64/65; Puppe in StV 1986, 394 ff.

<sup>141</sup> Vgl. dazu: BVerfG StV 1998, 664, 666; NStZ 1999, 125, 126; BGHSt 28, 29, 31; OLG Düsseldorf StV 2001, 517; Wenzel, S. 187, 191, 195, 266/267; a. A. noch OLG Düsseldorf StV 1986, 393 ff. mit krit. Anm. Puppe; StV 1991, 266 ff. mit krit. Anm. Maatz.

Untersuchungshaft auslösenden Tat und der Verurteilungstat stark gelockert wird. Die Untersuchungshaft wird demnach häufig auf Strafen angerechnet, die mit dem ursprünglichen, die Untersuchungshaft auslösenden Tatverdacht gar nichts mehr zu tun haben. Dies unterbricht den vom Schuldprinzip verlangten Zurechnungszusammenhang. Der Grundsatz der Verfahrenseinheit spricht demnach eher gegen mögliche Strafwirkungen der Untersuchungshaft. Denn die Untersuchungshaft, die wegen des Verdachts einer Tat angeordnet wurde, kann, wenn der Verdächtige wegen einer anderen Tat verurteilt und bestraft wird, auch nicht durch die Anrechnung zur Strafe werden.

#### 4. Anrechnungsobjekte

Gemäß § 51 I 1 StGB wird die erlittene Untersuchungshaft auf die „zeitige Freiheitsstrafe“ oder die „Geldstrafe“ angerechnet.

Auf den ersten Blick könnte dies für Strafwirkungen der Untersuchungshaft sprechen. Einem Strafcharakter im oben vorausgesetzten Sinne steht allerdings entgegen, dass § 51 I 1 StGB die Verurteilung zu zeitiger Freiheits- oder Geldstrafe zwar voraussetzt, die Untersuchungshaft aber zeitlich - wie bereits betont (vgl. II 1) - vor dieser liegt, so dass ein von straftheoretischen Intentionen abhängender Strafcharakter ausgeschlossen sein müsste. Dass der Gesetzgeber bei der Qualifikation der Anrechnungsobjekte trotzdem auf ihre „funktionelle Vergleichbarkeit“ mit der Untersuchungshaft abgestellt hat,<sup>142</sup> ist daher kaum nachvollziehbar. Dennoch ist ihm die wohl herrschende Meinung zur Anrechnung, jedenfalls was die (einfache) Vergleichbarkeit betrifft, gefolgt.<sup>143</sup>

##### a) Die „zeitige Freiheitsstrafe“ (§ 51 I 1 StGB)

§ 51 I 1 StGB sieht die Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft auf die „zeitige Freiheitsstrafe“ vor. Wegen ihres freiheitsentziehenden Charakters ist die zeitige Freiheitsstrafe (§ 38 I, 1. Alt. StGB) das „wichtigste Anrechnungsobjekt“<sup>144</sup>. Dass eine Gesamtstrafe gebildet wurde (vgl. §§ 54, 55 StGB, 460 StPO), steht der Anrechnung - wie bereits erwähnt - nicht entgegen, selbst wenn die Dauer der Untersuchungshaft die Dauer der verhängten Einzelstrafe übersteigt.<sup>145</sup> Maßgeblicher Zeitpunkt für die Anrechnung ist stets der Aussetzungszeitpunkt des § 57 StGB, also „das hypothetische Ende einer möglicherweise zu verhängenden Freiheitsstrafe“.<sup>146</sup> Dies ist der Fall, weil die angerechnete Untersuchungshaft nach § 57 IV StGB

<sup>142</sup> BT-Drs. 5/4095, S. 41.

<sup>143</sup> Vgl.: BGHSt 10, 235, 236; LK-Theune § 51 Rn. 29; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 11; Wenzel, S.142, 233 ff.

<sup>144</sup> Wenzel, S. 233.

<sup>145</sup> BGHSt 23, 297; a. A. noch RGSt 41, 318, 319; 71, 140, 143 (vgl. bereits Fn. 116).

<sup>146</sup> BVerfG StV 2008, 421, 422; vgl. auch: BGHSt 6, 215 ff.; 43, 112, 113; BVerfG 1998, 664.

als „verbüßte Strafe“ gilt. Darauf, ob sich der Betroffene im Strafvollzug befunden hat, kommt es bei dieser Fiktion nicht an.<sup>147</sup>

Die Aussetzung des Strafrestes zur Bewährung richtet sich bei § 57 StGB hauptsächlich nach der Dauer der erkannten Strafe. Wenn erstmalig auf eine Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren erkannt wurde (§ 57 II Nr. 1 StGB) oder besondere persönliche Umstände dies rechtfertigen (§ 57 II Nr. 2 StGB) und der Verurteilte einwilligt (§ 57 II a. E., I 1 Nr. 3 StGB), kann die Vollstreckung des Strafrestes nach der Verbüßung der Hälfte, mindestens jedoch nach sechs Monaten, ausgesetzt werden. Wird auf eine höhere Freiheitsstrafe erkannt, gilt grundsätzlich die Zwei-Drittel-Verbüßung (§ 57 I StGB). Von dem so bestimmten Ende der vollstreckbaren Freiheitsstrafe wird die erlittene Untersuchungshaft in der Regel nach vollen Tagen abgerechnet (vgl. § 39 IV 1 StVollstrO)<sup>148</sup>, was einem Anrechnungsmaßstab von 1:1<sup>149</sup> entspricht. Letzter gilt aber nur für die im Inland erlittene Untersuchungshaft (vgl. § 51 IV 2 StGB).

Bei einer vollständig zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von bis zu einem Jahr (§ 56 I StGB) bzw. bis zu zwei Jahren (§ 56 II StGB) fehlt es an der Freiheitsentziehung. Aus diesem Grund scheidet die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft aus.<sup>150</sup> Umgekehrt lehnt der BGH<sup>151</sup> die Anwendung von § 56 StGB für den Fall ab, dass der Angeklagte eine Untersuchungshaft in Höhe der erkannten Freiheitsstrafe erlitten hat. Da die letzte als vollständig verbüßt gilt, komme § 56 StGB begrifflich nicht mehr in Betracht. Die daraus resultierenden registerrechtlichen Benachteiligungen müsse der Verurteilte hinnehmen (vgl. §§ 32 II Nr. 3, 5, 34 I Nr. 1 BZRG). Wird die Bewährungsstrafe widerrufen (vgl. § 56f StGB), ist die Untersuchungshaft aber wieder gemäß § 51 I 1 StGB anzurechnen.<sup>152</sup> In der Anrechnung auf die vollstreckbare Freiheitsstrafe manifestiert sich somit die vom Gesetzgeber intendierte funktionelle Vergleichbarkeit von erlittener Untersuchungshaft und vollstreckter Strafe.

#### **b) Die „Geldstrafe“ (§ 51 I 1 StGB)**

Seit dem *1. StrRG* ist auch die Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft auf die Geldstrafe (§§ 40 ff. StGB) vorgesehen.

Dies wiederum könnte der soeben angenommenen Vergleichbarkeit entgegenstehen. So erscheint es auch *Dreher* nicht „unbedenklich“, „wenn der Täter eine Geldstrafe deshalb nicht

<sup>147</sup> BGHSt 6, 215 f. mit Verweis auf RGSt 52, 191; vgl. auch: Sch/Sch-Stree § 57 Rn. 6.

<sup>148</sup> Genauer dazu: Wenzel, S. 285 ff.; MK-Franke § 51 Rn. 6.

<sup>149</sup> Wenzel, S. 261 ff.; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 18; LK-Theune § 51 Rn. 55.

<sup>150</sup> Wenzel, S. 234, 236.

<sup>151</sup> BGHSt 31, 25 ff [= NStZ 1982, 326 ff. mit abl. Anm. Stree].

<sup>152</sup> Wenzel, S. 234; vgl. auch: BGHSt 52, 124, 145.



zu zahlen braucht, weil ihm im Zusammenhang mit der Tat ein Übel ganz anderer Art auferlegt war und es nachträglich so erscheint, als habe er die Geldstrafe abgesessen.“<sup>153</sup> Zu beachten ist hierbei jedoch, dass die Geldstrafe seit der Einführung des Tagessatzsystems durch das 2. *StrRG* auch als Freiheitsstrafe zu betrachten ist. In der Anrechnungsvorschrift ist ein Umrechnungsmaßstab festgesetzt worden. Gemäß § 51 IV 1 StGB entspricht nunmehr ein Tag erlittener Untersuchungshaft einem der in Tagessätzen zu verhängenden Geldstrafe (vgl. § 40 I StGB). Dadurch wird die Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Geldstrafe fingiert, und zwar in gleicher Weise, wie die Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafvollzug.<sup>154</sup> Das geht sogar soweit, dass der BGH die erlittene Untersuchungshaft im Falle der Verurteilung zu Geldstrafe neben Freiheitsstrafe (vgl. §§ 41, 53 II 1 StGB) - trotz der gegen teiligen Vorgaben in § 39 I 1 StVollstrO - allein auf die Geld- und nicht auf die Freiheitsstrafe anrechnet hat.<sup>155</sup> Die angenommene Vergleichbarkeit ist somit nicht widerlegt.

### c) Die lebenslange Freiheitsstrafe

Die lebenslange Freiheitsstrafe (vgl. § 38 I 2. Alt. StGB) wird nicht ausdrücklich erwähnt. Da § 51 I 1 StGB nur von zeitiger Freiheitsstrafe spricht, war die Anrechnung auf die lebenslange Freiheitsstrafe wegen mangelnder Vergleichbarkeit von der älteren Rechtsprechung ausgeschlossen worden.<sup>156</sup> Auch *Hammecke* lehnt die Anrechnung auf die lebenslange Freiheitsstrafe in seiner Dissertation zur „Anrechnung der Untersuchungshaft im geltenden Strafrecht und im Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes“ von 1934 ab. Er meint, dass dem „Verurteilten, dessen ganze Freiheit für seine übrige Lebensdauer als dem Gesetz verfallen erklärt wird“, durch das Ausbleiben der Anrechnung „kein Unrecht“ geschehe.<sup>157</sup> Seit dem Urteil des BVerfG zur lebenslangen Freiheitsstrafe vom 21.06.1977<sup>158</sup>, in dessen Folge § 57a StGB durch das 20. StrÄndG vom 08.12.1981<sup>159</sup> eingefügt wurde, kann dies jedoch nicht mehr gelten. Denn § 57a I StGB sieht vor, dass das Gericht die lebenslange Freiheitsstrafe nach der Verbüßung von fünfzehn Jahren zur Bewährung aussetzt (§ 57a I Nr. 1 StGB), wenn nicht die besondere Schwere der Schuld (§ 57a I Nr. 2 StGB) oder das Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit (§§ 57a I Nr. 2, 57 I 1 Nr. 2 StGB) die weitere Vollstreckung gebieten und der Verurteilte einwilligt (§§ 57a I Nr. 3, 57 I 1 Nr. 3 StGB). Nach § 57a II StGB ist die erlittene Freiheitsentziehung also auch bei der Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe zu be-

<sup>153</sup> Dreher in MDR 1970, 968.

<sup>154</sup> Vgl. dazu insb. BGHSt 6, 215 ff.; 10, 235, 236.

<sup>155</sup> Dallinger/BGH in MDR 1952, 16; krit. dazu: LK-Theune § 51 Rn. 33.

<sup>156</sup> RGSt 75; 279, 283; 76, 217, 218; BGHSt 10, 235, 236.

<sup>157</sup> Hammecke, S. 8.

<sup>158</sup> BVerfGE 45, 187 ff.

<sup>159</sup> Vgl. BGBl. I, 1329; BT-Drs. 8/3218.

achten. Sie gilt als „verbüßte Strafe“ im Sinne von § 57a I Nr. 1 StGB und zieht den Zeitpunkt der Bewährungsaussetzung damit um die Zeit der erlittenen Untersuchungshaft vor. Funktionelle Vergleichbarkeit ist mithin auch hier gegeben.

#### **d) Die Maßregeln der Besserung und Sicherung**

Die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§§ 61 ff. StGB) stellen keine tauglichen Anrechnungsobjekte dar. Trotz der mit ihnen verbundenen Freiheitsentziehung scheiden sie wegen fehlender Vergleichbarkeit aus (vgl. §§ 66 IV 2, 67 IV 1 StGB).<sup>160</sup>

Nach dem Prinzip des Vikariierens<sup>161</sup> werden die Maßregeln der §§ 63, 64 StGB regelmäßig vor der Strafe vollzogen (vgl. § 67 I StGB) und anschließend gemäß §§ 67 IV 1 StGB selbst bis zu zwei Dritteln auf die Strafe angerechnet.<sup>162</sup> Eine in diesem Zusammenhang ebenfalls erlittene Untersuchungshaft wird gemäß § 51 I 1 StGB nur auf den nach der Maßregelanrechnung verbleibenden Teil der Strafe angerechnet.<sup>163</sup>

Zu beachten ist allerdings, dass die angerechnete Untersuchungshaft auch gemäß § 66 IV 2 StGB als „verbüßte Strafe“ gilt und damit wiederum die Voraussetzung für die Anordnung der Sicherungsverwahrung erfüllen kann (vgl. § 66 I 1 Nr. 3 StGB). Das Verhältnis von Maßregel, Strafe und Untersuchungshaft lässt allerdings - wie bereits im ersten Kapitel erwähnt (Kap. 1 II 3) - vermuten, dass die angerechnete Untersuchungshaft eher als die Maßregel mit der Strafe zu vergleichen sein dürfte.

#### **e) Die Nebenfolgen und die Ausnahme des § 51 V StGB**

Die Nebenfolgen (§§ 45 ff. StGB) scheiden als mögliche Anrechnungsobjekte schon deshalb aus, weil es sich nicht um freiheitsentziehende Maßnahmen handelt.<sup>164</sup>

Für die Nebenstrafe des Fahrverbots (§ 44 StGB) macht § 51 V StGB eine Ausnahme. Trotz ihres nicht freiheitsentziehenden Charakters kann auf diese Rechtsfolge angerechnet werden. Vorgesehen ist jedoch nicht die Anrechnung von Untersuchungshaft, sondern die Anrechnung der Dauer der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 111a StPO auf die Nebenfolge des Fahrverbots.<sup>165</sup> Die funktionelle Vergleichbarkeit ist damit wieder gewahrt.

<sup>160</sup> So auch Wenzel, S. 246; vgl. auch: Fischer § 51 Rn. 10; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 14; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 11; RGSt 75, 279, 283; BVerfG StV 1998, 664, 666.

<sup>161</sup> Jung in FS-Wassermann, S. 881.

<sup>162</sup> Vgl.: NK-Pollähne/Böllinger Vor § 67 Rn. 34, § 67 Rn. 2, 18; BVerfGE 109, 133, 178; StV 1994, 594, 595.

<sup>163</sup> OLG Düsseldorf StV 1996, 47; NK-Pollähne/Böllinger § 67 Rn. 21; a. A.: OLG Nürnberg NSTZ-RR 1997, 265.

<sup>164</sup> Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 14; Wenzel, S. 245; LK-Theune Rn. 35; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 10.

<sup>165</sup> Vgl. dazu: Wenzel, S. 243 ff.; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 29 ff.; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 36.

#### **f) Verwarnung mit Strafvorbehalt und Absehen von Strafe**

Auf die Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 StGB) und das Absehen von Strafe (60 StGB) kann die erlittene Untersuchungshaft nicht angerechnet werden.<sup>166</sup> Es fehlt am Freiheitsentzug. Für die Verwarnung mit Strafvorbehalt gilt dies jedoch nur insofern, als der Verwarnte nicht zu der vorbehaltenen Strafe verurteilt wird.

#### **g) Verfall und Einziehung**

Der BGH hat in einem Fall die Anrechenbarkeit erlittener Untersuchungshaft auf die „Entziehung des für die Begehung der strafbaren Handlung empfangenen Entgelts“ angenommen und mit der Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und strafender Einziehung begründet.<sup>167</sup> Seit der Neufassung der Anrechnungsvorschrift dürfte die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Rechtsfolgen von Verfall und Einziehung (§§ 73 ff. StGB) wegen fehlender Vergleichbarkeit aber ausgeschlossen sein.<sup>168</sup>

#### **h) Fazit**

Die Anrechnungsobjekte beschränken sich nicht auf die ausdrücklich genannten Rechtsfolgen der „zeitigen Freiheitsstrafe“ und der „Geldstrafe“ (vgl. § 51 I 1 StGB). Es wird auch auf die absolute, lebenslange Freiheitsstrafe, wegen ihres unterschiedlichen Charakters aber nicht auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung und die Nebenfolgen angerechnet. Die Verwarnung mit Strafvorbehalt, das Absehen von Strafe, die Einziehung und der Verfall stellen schon wegen des fehlenden Freiheitsentzugs keine tauglichen Anrechnungsobjekte dar. Der Terminus der „funktionalen Vergleichbarkeit“, auf den sich die Begründung des Gesetzgebers stützt, könnte hier in eine über die bloße Freiheitsentziehung hinausgehende Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe münden. Dafür würde jedenfalls die Unterscheidung von Strafe und freiheitsentziehender Maßregel bei der Anrechnung sprechen.

### **5. Rechtsfolgen**

§ 51 I StGB sieht zwei Rechtsfolgen vor: Die obligatorische Anrechnung (§ 51 I 1 StGB) und die fakultative Anordnung der Nichtanrechnung (§ 51 I 2 StGB).

---

<sup>166</sup> Wenzel, S. 245/246.

<sup>167</sup> BGHSt 10, 235, 236.

<sup>168</sup> Vgl.: BT-Drs. 5/4095, S. 41; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 14; Wenzel, S. 251; Lackner/Kühl § 51 Rn. 2.

### a) Anrechnung (§ 51 I 1 StGB)

Die vor dem *I. StrRG* noch vertretende Ansicht, § 60 StGB sei eine Strafzumessungsvorschrift<sup>169</sup>, die die Anrechnung ins pflichtgemäße Ermessen des Richters stelle, ist mit § 51 I 1 StGB überholt. Die angerechnete Untersuchungshaft dürfte schon deshalb nicht mehr als mit der Strafe vergleichbar betrachtet werden. Dem könnte jedoch entgegenstehen, dass die Rechtsfolge der Anrechnung heute automatisch, also von Gesetzes wegen, erfolgt.<sup>170</sup>

Zur Anrechnung nach § 51 I 1 StGB ist theoretisch ein „zweiaktiges Verfahren“ notwendig. Dieses aber wird von *Flöhr* und *Wenzel* unterschiedlich beschrieben. *Flöhr* trennt den Schritt der gerichtlichen Strafzumessung von der Entscheidung des Gerichts darüber, ob und inwieweit die Anrechnung erfolgen soll.<sup>171</sup> *Wenzel* hingegen geht von der Unterscheidung der gerichtlichen Strafzumessungs- und der behördlichen Strafvollstreckungsentscheidung aus.<sup>172</sup> Das von *Flöhr* beschriebene zweiaktige Verfahren bezieht sich auf die Ermessensanrechnung des Jugendstrafrechts (vgl. § 52 JGG) und ist somit auf die als Strafvollstreckungsvorschrift<sup>173</sup> ausgestaltete Anrechnungsregelung des Erwachsenenstrafrechts nicht übertragbar. Es muss daher mit *Wenzel* davon ausgegangen werden, dass das zuständige Gericht in einem ersten Schritt die im Einzelfall angemessene Sanktion festlegt, damit die Anrechnung in einem zweiten Schritt von den Strafvollstreckungsbehörden betrieben werden kann. § 51 I 1 StGB richtet sich somit lediglich an die Strafvollstreckungsbehörden, mithin an die Staatsanwaltschaft (vgl. § 451 I StPO). Sie bringt bei der Anrechnung die Zeit der erlittenen Untersuchungshaft in der dargestellten Weise zum Abzug. Da die Anrechnung kein Ermessen mehr voraussetzt, ist für § 51 I 1 StGB grundsätzlich keine gerichtliche Entscheidung oder Anordnung mehr nötig.<sup>174</sup> Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Anrechnung gemäß § 51 I 2 StGB ausbleiben soll.

### b) Versagungsanordnung (§ 51 I 2 StGB)

In § 51 I 2 StGB wird das tatrichterliche Ermessen, wenn auch nur als Ausnahme<sup>175</sup> zu § 51 I 1 StGB, die das Gericht anordnen „kann“, beibehalten. Allerdings wird der Ausnahmecha-

<sup>169</sup> RGSt 59, 231, 232/233 mit Verweis auf RGSt 41, 318, 320; 2, 479, 480; BGHSt 7, 214, 216; BVerfGE 9, 160, 161; Dreher in MDR 1970, 968, 969; Würtenberger in JZ 1952, 545; Hammecke, S. 4.

<sup>170</sup> So jedenfalls: Fischer § 51 Rn. 4; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 1, 16, 18; Horstkotte in JZ 1970, 128; Dencker in MDR 1971, 627; abl.: Dreher in MDR 1970, 965, 966/967; Baumgärtner in MDR 1970, 191.

<sup>171</sup> Flöhr, S. 50; ebenso auch noch: BGHSt 7, 214, 216; Hammecke, S. 12/13.

<sup>172</sup> Wenzel, S. 134; ebenso: Dreher in MDR 1970, 968.

<sup>173</sup> Vgl. dazu bereits unter II, Fn. 82.

<sup>174</sup> BGHSt 24, 29, 30; 27, 287, 288; Wenzel, S. 292; krit.: Dreher in MDR 1970, 966 ff.; vgl. zu den Ausnahmen: Wenzel, S. 293 ff.; Lackner/Kühl § 51 Rn. 4.

<sup>175</sup> Lackner/Kühl § 51 Rn. 6; Fischer § 51 Rn. 11; Wenzel, S. 135, 203, 204; Dreher in MDR 1970, 967; Dencker in MDR 1971, 629, 630; Baumgärtner in MDR 1970, 191; Horstkotte in JZ 1970, 128.

rakter durch die sehr allgemeine oder sogar unklare<sup>176</sup> Formulierung in § 51 I 2 StGB nicht deutlich. Er verlangt zur Versagung der Anrechnung erlittener Untersuchungshaft lediglich, dass die Anrechnung „im Hinblick auf das Verhalten des Verurteilten nach der Tat nicht gerechtfertigt ist“ und verknüpft so das tatrichterliche Ermessen mit einem Beurteilungsspielraum<sup>177</sup>.

Im Gegensatz zur automatischen Anrechnung muss die Nichtanrechnung jedoch wegen ihres Ermessens- und Ausnahmecharakters stets vom zuständigen Gericht angeordnet, tenoriert und ordnungsgemäß begründet werden.<sup>178</sup> Dies kann im Rechtsmittelverfahren grundsätzlich nicht nachgeholt werden.<sup>179</sup> Etwas anderes gilt natürlich dann, wenn sich die Gründe des § 51 I 2 StGB erst im Berufungsverfahren herausstellen oder die (Nicht-)Anrechnung gerade der Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens ist.<sup>180</sup> Eine andere Ansicht nimmt die Nachholbarkeit der Versagungsanordnung auch in den Fällen an, in denen von der Strafvollstreckungskammer eine Überprüfung angestrebt wird, weil Zweifel an der Strafberechnung bestehen (vgl. §§ 458, 462 StPO).<sup>181</sup>

Schon vor der Neufassung der Anrechnungsvorschrift durch das *I. StrRG* herrschte in Rechtsprechung und Gesetzgebung die Tendenz vor, „bei der Versagung der Anrechnung der U-Haft gegenüber dem Verurteilten eine immer stärkere Einschränkung der Ausnahmen“ vorzunehmen.<sup>182</sup> Deshalb sei die Ausnahmeklausel, wie *Horstkotte* betont, auch nach der Neufassung „eng auszulegen“.<sup>183</sup> Diese Entwicklung hat jedoch zur Folge, dass es inzwischen kaum noch Gründe gibt, die von der Rechtsprechung zur Rechtfertigung der Nichtanrechnung akzeptiert werden.<sup>184</sup> Dem Vorschlag *Horns*, § 51 I 2 StGB durch die die Entschädigung ausschließenden Merkmale der §§ 5 II, III, 6 I Nr. 1 StrEG zu konkretisieren,<sup>185</sup> stehen systematische Einwände entgegen. Denn die Entschädigung ist der Anrechnung nicht nur gemäß § 5 I Nr. 1 StrEG nachgeordnet. Der allgemeine Vorrang der Anrechnung vor der Entschädigung ergibt sich auch aus der dargestellten Rechtsprechung zur funktionalen Verfahrenseinheit. Hier war die Anwendbarkeit von § 51 I 1 StGB - trotz bereits erfolgter Entschädigung oder erklärtem Verzicht - hierauf nicht ausgeschlossen worden.<sup>186</sup>

<sup>176</sup> Vgl. Dreher in MDR 1970, 967.

<sup>177</sup> NK-Kett-Straub § 51 Rn. 20.

<sup>178</sup> Vgl. BGH MDR 1990, 885, 886; BGHSt 27, 287, 288; Dreher in MDR 1970, 967; Lackner/Kühl § 51 Rn. 6.

<sup>179</sup> Wenzel, S. 302; Dreher in MDR 1970, 967; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 14; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 22, 45.

<sup>180</sup> NK-Kett-Straub § 51 Rn. 46; Wenzel, S. 302, 306/307; vgl. dazu: BGH NSStZ 2002, 367.

<sup>181</sup> Lackner/Kühl § 51 Rn. 16; Meyer-Goßner § 458 Rn. 3.

<sup>182</sup> Vgl. dazu: Dreher in MDR 1970, 969.

<sup>183</sup> Horstkotte in JZ 1970, 128.

<sup>184</sup> Vgl. Jescheck/Weigend, S. 905; Heghmanns/Scheffler-Meinen XII Rn. 59.

<sup>185</sup> SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 15.

<sup>186</sup> Vgl. bereits BVerfG aaO. (Fn. 141).

§ 51 I 2 StGB soll daher im Folgenden anhand von Fallgruppen erörtert werden. Hierzu sind materiell-rechtliche und prozessuale Versagungsgründe zu unterscheiden. Denn, obwohl das Fortbestehen der Nichtanrechnungsklausel der Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe zunächst entgegenzustehen scheint, könnte gerade das Vorliegen materiellrechtlicher Versagungsgründe auf einen Strafcharakter der Untersuchungshaft schließen lassen.

#### **aa) Die materiell-rechtlichen Versagungsgründe**

Die Nichtanrechnung findet - ebenso wie die Anrechnung - in zwei Schritten statt. Da es sich hier aber um zwei Ermessenentscheidungen handelt, die das Gericht, nicht die Strafvollstreckungsbehörde, vornehmen muss, ist die von *Flöhr* beschriebene Weise die richtige (II 5 a). Das Gericht hat folglich in einem ersten Schritt die konkrete Strafe nach den §§ 46 ff. StGB festzusetzen und dabei alle Strafzumessungstatsachen zu berücksichtigen,<sup>187</sup> bevor es in einem zweiten Schritt darüber entscheiden kann, ob die Anrechnung „ganz oder zum Teil“ unterbleibt (vgl. § 51 I 2 StGB). Da jedoch auch die Anrechnungsversagung ihrer Rechtsnatur nach nicht (mehr) der Strafzumessung zuordnen ist,<sup>188</sup> sind die Strafzumessungstatsachen strikt von den versagungsrelevanten Verhaltensweisen zu trennen. Mithin dürfen Tatsachen, die den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat betreffen, bei der Nichtanrechnung nicht berücksichtigt werden. Mit anderen Worten: Ein nachtatliches Verhalten im Sinne von § 51 I 2 StGB darf gerade kein „Verhalten nach der Tat“ im Sinne von § 46 II StGB sein.<sup>189</sup>

Aus diesem Grund müsste auch die Berücksichtigung etwaiger Vorstrafen im Rahmen von § 51 I 2 StGB abzulehnen sein. Ihr Heranziehen wurde zwar schon von der früheren Rechtsprechung abgelehnt.<sup>190</sup> Argumentiert wurde allerdings auf der Ebene der Strafzumessung, und zwar damit, dass kein Zusammenhang zwischen der früher verhängten Strafe und der Strafzumessung im Untersuchungshaft-Verfahren bestehe, weshalb die frühere Strafe nicht zu einer Verlängerung der jetzigen Strafe durch die Untersuchungshaft führen dürfe. Diese Begründung ist - im Gegensatz zu dem Ergebnis, dass etwaige Vorstrafen unberücksichtigt bleiben - nach geltendem Recht nicht mehr haltbar. Auch die noch vor 1969 bestehende Annahme der Rechtsprechung, dass Uneinsichtigkeit, Rechtsfeindschaft und erhöhte Schuld oder Gefährlichkeit des Täters die Nichtanrechnung begründen könnten, wenn sie auch eine höhere Strafe rechtfertigen würden, ist überholt.<sup>191</sup> Zu Recht wird von *Dreher* die „Überlegung des

<sup>187</sup> Vgl. dazu: Meier Sanktionen, S. 141 ff., 143, 170 ff.

<sup>188</sup> LK-Theune § 51 Rn. 44; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 19; Dencker in MDR 1971, 629; Dreher in MDR 1970, 969.

<sup>189</sup> LK-Theune § 51 Rn. 46; Wenzel, S. 203; vgl. NK-Kett-Straub § 51 Rn. 21; Fischer § 51 Rn. 11.

<sup>190</sup> BGH NJW 1956, 879 mit Verweis auf BGHSt 7, 215, 216/217.

<sup>191</sup> So noch BGH NJW 1955, 1158; 1956, 1164; GA 1961, 171; a. A. aber: BGH 37, 75, 77 mit Verweis auf BGHSt 23, 307; vgl. auch: Dreher in MDR 1970, 967.

Richters, an sich genüge eine Strafe von zwei Jahren, da der Gesetzgeber aber zur Anrechnung der U-Haft zwingt, werde er den Angeklagten zu einer entsprechend höheren Strafe verurteilen“ als Strafzumessungserwägung und damit als - nach der Neufassung der Anrechnung durch das *I. StrRG* - „schlechterdings illegitim“ qualifiziert.<sup>192</sup> Ein Bewährungsversagen des Angeklagten wird vom BGH heute aus ähnlichen Gründen nicht mehr als Versagungsgrund akzeptiert.<sup>193</sup> Dass die erlittene Untersuchungshaft nunmehr lediglich im Wege der Strafvollstreckung zu berücksichtigen ist, führt außerdem dazu, dass die Anwendung von § 51 I 2 StGB erst recht nicht damit begründet werden kann, dass die infolge der Anrechnung verbleibende Zeit des Strafvollzugs zu kurz für etwaige Resozialisierungsmaßnahmen sei (vgl. § 47 StGB).<sup>194</sup> Es kann daher festgehalten werden, dass § 51 I 2 StGB, soweit ersichtlich, keine materiell-rechtlichen Gründe zur Versagung der Anrechnung mehr zulässt. Ein eventueller Strafcharakter der Untersuchungshaft kann hiermit folglich nicht begründet werden.

#### **bb) Die prozessualen Versagungsgründe**

Seit der Neufassung des Anrechnungstatbestandes durch das *I. StrRG* hat sich in der Rechtsprechung des BGH die Ansicht durchgesetzt, dass § 51 I 2 StGB nur dann anzuwenden ist, „wenn ein nach der Tat gezeigtes Verhalten des Täters im Verfahren die Anrechnung ‘als ungerecht erscheinen läßt’“.<sup>195</sup> Kennzeichnend ist hierbei der Verfahrensbezug.

Mit dem Abstellen auf mögliche prozessuale Versagungsgründe ist zwar die Trennung von Strafzumessungs- und Strafvollstreckungstatsachen erreicht. Die Gefahr, dass die Untersuchungshaft über § 51 I 2 StGB als Strafe genutzt wird, ist damit jedoch nicht gebannt. Es bleibt vielmehr bei *Württembergers* Befürchtung, dass die „leider allzu schematische Anrechnung der UH [...] immer mehr zu einer Belohnung für den geständigen Rechtsbrecher, und die Nichtanrechnung zu einer zusätzlichen ‘Strafe’ für den leugnenden Angeklagten“ werde.<sup>196</sup> Der BGH war dieser Annahme schon mit zwei vor 1969 ergangenen Entscheidungen entgegengetreten. Bereits nach altem Recht hatte er die Versagung der Anrechnung wegen fehlender Mitwirkung des Angeklagten bei der Tataufklärung<sup>197</sup>, insbesondere wegen (hartnäckigen) Leugnens der Tat<sup>198</sup>, mit der Begründung abgelehnt, dass die Anrechnung keine Begünstigung für den Geständigen und ihre Versagung umgekehrt keine Strafe für den Leugnenden sein dürfe. Der BGH wollte also schon nach altem Recht vermeiden, dass die pro-

<sup>192</sup> Dreher in MDR 1970, 969.

<sup>193</sup> BGH StV 1999, 312, 313.

<sup>194</sup> Wenzel, S. 209; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 21; vgl. auch: Horstkotte in JZ 1970, 128; Flöhr, S. 122.

<sup>195</sup> BGH StV 1999, 312 mit Verweis auf BGHSt 23, 307; vgl. auch: BGHSt 37, 75, 77.

<sup>196</sup> *Württembergers* in JZ 1952, 545; vgl. auch: Dreher in MDR 1970, 971; Paeffgen, S. 262.

<sup>197</sup> Dallinger/BGH in MDR 1953, 272.

<sup>198</sup> BGH NJW 1956, 1845; a. A. noch BGHSt 1, 105 ff.

zessualen Versagungsgründe den Betroffenen in seinem von der StPO gewährten Rechtsschutz einschränken und damit einer Bestrafung zulässigen Prozessverhaltens<sup>199</sup> gleichkommen. Nach 1969 hat der Gerichtshof auch das unlautere Einwirken auf einen Zeugen als Versagungsgrund abgelehnt.<sup>200</sup> Später hat er in ständiger Rechtsprechung jedes Verhalten des Angeklagten, das allein seiner Verteidigung dient, explizit ausgeschlossen.<sup>201</sup>

Die Regelung des *I. StrRG* hatte außerdem zur Folge, dass erneut diskutiert wurde, ob die Anrechnungsversagung auf ein vorwerfbares Herbeiführen oder Aufrechterhalten der Haftgründe durch den Betroffenen gestützt werden kann. Vor 1969 ging die Rechtsprechung noch davon aus, dass die Untersuchungshaft den Beschuldigten nicht hinreichend beeindruckt habe und die Strafzwecke daher nicht erreichen konnte.<sup>202</sup> Nach 1969 argumentierte man schlicht damit, dass jede Flucht bzw. jeder Fluchtversuch (vgl. § 112 II Nr. 1, 2 StPO) das Verfahren verzögere.<sup>203</sup> Die frühere Ansicht ist überholt, weil sie die Voraussetzungen von § 51 I 2 StGB in unzulässiger Weise mit denen der Strafzumessung vermischt. Der späteren Ansicht kann entgegengehalten werden, dass sie haftrelevante Tatsachen mit denen der Nichtanrechnung gleichsetzt. Dies aber hätte zur Folge, dass jede Haftanordnung wegen Flucht, Fluchtgefahr oder Verdunkelungsgefahr stets auch die Anrechnungsversagung begründen könnte. Inzwischen ist jedoch anerkannt, dass die haftrelevanten Tatsachen des § 112 II StPO im Rahmen von § 51 I 2 StGB nicht erneut berücksichtigt werden dürfen.<sup>204</sup>

Damit ist aber noch nicht geklärt, welches „Verhalten im Verfahren“<sup>205</sup> die Nichtanrechnung gemäß § 51 I 2 StGB überhaupt rechtfertigen kann.

Nach wohl herrschender Meinung wird immer noch auf die (böswillige oder absichtliche) Prozessverschleppung abgestellt,<sup>206</sup> die im Alternativentwurf der Strafrechtslehrer aus dem Jahr 1966 vorgeschlagen wurde (vgl. § 63 I 2 AE StGB).<sup>207</sup> Hierbei geht es um Fälle, in denen der Täter gerade beabsichtigt, die anrechnungsfähige Untersuchungshaft auszudehnen, um sich dadurch einen Vorteil bei der Strafvollstreckung zu verschaffen oder das Verfahren aus anderen Gründen böswillig zu verschleppen.

<sup>199</sup> Dreher in MDR 1970, 969, 971; vgl. auch: Dencker in MDR 1971, 628/629; Wenzel, S. 216.

<sup>200</sup> Holtz/BGH in MDR 1978, 459.

<sup>201</sup> BGHSt 23, 307; 37, 75, 77; StV 1999, 312; vgl. auch: Horstkotte in JZ 1970, 128.

<sup>202</sup> BGH GA 1962, 115 mit Verweis auf RGSt 75, 279, 282.

<sup>203</sup> Ausführlich dazu: Dreher in MDR 1970, 969 ff.

<sup>204</sup> So auch: BGH StV 1999, 312; Wenzel, S. 214; Fischer § 51 Rn. 11a; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 15; Jescheck/Weigend, S. 905; Dreher in MDR 1970, 970; Dencker in MDR 1971, 628; Horstkotte in JZ 1970, 128.

<sup>205</sup> Fischer § 51 Rn. 11; vgl. auch Jescheck/Weigend, S. 903.

<sup>206</sup> Horstkotte in JZ 1970, 128; Dreher in MDR 1970, 969; Dencker in MDR 1971, 628; BGH StV 1999, 312; NSTZ 2002, 367; LK-Theune § 51 Rn. 45, 47; Lackner/Kühl § 51 Rn. 8; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 15.

<sup>207</sup> Baumann u. a., S. 19; vgl. auch: Wenzel, S. 102, 467; Dreher in MDR 1970, 969.



Sieht man einmal davon ab, dass der Nachweis des subjektiven Tatbestands<sup>208</sup>, ebenso wie die Zurechnung etwaiger Handlungen des Strafverteidigers<sup>209</sup>, erhebliche Beweisprobleme mit sich bringt und der Verfahrenverschleppung ohnehin sachgerechter mit den Mitteln des Prozessrechts begegnet werden kann (vgl. §§ 29 II, 241 II, 244 III, 245 II, 257 III, 257a StPO)<sup>210</sup>, sind in der Regel solche Verhaltensweisen einschlägig, in denen der Betroffene objektiv prozessordnungsgemäß vorgeht, indem er Rechtsmittel einlegt<sup>211</sup>, Anträge stellt<sup>212</sup> oder mit der Haftbeschwerde gegen die Untersuchungshaft vorgeht<sup>213</sup>. In Betracht kommt aber auch das Herbeiführen oder Aufrechterhalten der Haftgründe, da es von der Absicht der Verfahrenverschleppung getragen sein kann. Weil aber die Haftanordnung selbst schon Nachteile für den Betroffenen mit sich bringt, prüft der BGH in den letzten Fällen stets gesondert, ob die genannten Verhaltensweisen tatsächlich auch zu der beabsichtigten Verfahrenverschleppung geführt haben.<sup>214</sup> Außerdem ist zu beachten, dass eine den Prozess verlängernde Flucht des Angeklagten ins Ausland die Nichtanrechnung - wegen des bei der revisionsgerichtlichen Zurückverweisung geltenden Verschlechterungsverbots (§ 358 II 1 StPO) - nicht mehr begründen kann, „wenn sich dadurch das Maß der vom Angeklagten zu verbüßenden Strafe erhöhte“<sup>215</sup>.

### c) Fazit

Die absurde Verknüpfung der obligatorischen Vollanrechnung (§ 51 I 1 StGB) mit der Möglichkeit der Nichtanrechnung (§ 51 I 2 StGB) kann überhaupt nur historisch verstanden werden. So wollte die Große Strafrechtskommission - wie *Horstkotte* ausführt - mit dem Erhalt der Ausnahmeregelung im *1. StrRG* der Befürchtung begegnen, dass die nunmehr regelmäßige Anrechnung „eine Rechtsmittelflut provoziert und der Richter veranlasst werden würde, die Anrechnung durch eine besonders hohe Strafe auszugleichen“.<sup>216</sup> Oberstaatsanwalt *Baumgärtner*<sup>217</sup> wäht die Begünstigung „versierter Rechtsbrecher“. Denn insbesondere diese Untersuchungshäftlinge würden in größerem Umfang Rechtsmittel einlegen, „um weiterhin in den Genuß der Vorzüge einer Untersuchungshaft gegenüber der Strafhaft zu kommen“. Der „Einlegung eines Rechtsmittels in der vorgezeichneten Absicht“ möchte er auch weiterhin mit

<sup>208</sup> Dreher in MDR 1970, 969; Wenzel, S. 215; Flöhr, S. 134/135; krit.: Dencker in MDR 1971, 629.

<sup>209</sup> Dreher in MDR 1970, 969, 970; vgl. dazu: BGH NStZ 2002, 367.

<sup>210</sup> Wenzel, S. 217/218.

<sup>211</sup> OLG Hamm MDR 1963, 333; Dallinger/BGH in MDR 1970, 12.

<sup>212</sup> Dallinger/BGH in MDR 1969, 722; StV 1989, 152; NStZ 2002, 367.

<sup>213</sup> Dallinger/BGH in MDR 1954, 16; Dallinger/BGH in MDR 1954, 150.

<sup>214</sup> BGHSt 23, 307 f.; 37, 75 ff.; StV 1986, 293; BGH StV 1999, 312; krit. dazu: Dreher in MDR 1970, 967 ff., 971; Paeffgen, S. 261/262.

<sup>215</sup> BGH StraFo 2007, 510, 511; MK-Franke § 51 Rn. 16; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 47.

<sup>216</sup> Horstkotte in JZ 1970, 128.

<sup>217</sup> Baumgärtner in MDR 1970, 191.

der Versagung der Anrechnung begegnen können. Die Einwände der Praktiker sind folglich der Grund dafür, dass die Anrechnungsvorschrift heute mit *Dreher* lediglich als „Kompromißformel“ angesehen werden kann, deren Fehler darin liegt, dass der Sonderausschuss sich nicht zur „vollen Anrechnung der Untersuchungshaft ohne jede Ausnahme“ hat durchringen können, sondern „auf halbem Weg stehen geblieben ist“.<sup>218</sup>

Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Existenz der Nichtanrechnungsklausel seit dem *I. StrRG* oft kritisiert wurde. Die Kritik läuft darauf hinaus, dass § 51 I 2 StGB ein gewisser pönaler Charakter zugeschrieben wird, der gerade aus der Verlängerung der schuldangemessenen Strafe um die Dauer der erlittenen Untersuchungshaft resultiert.<sup>219</sup> Dass dies nicht ganz falsch ist, zeigt sich schon daran, dass mit der von *Horstkotte* und *Baumgärtner* vorgenommenen Rechtfertigung der fakultativen Versagungsanordnung - jedenfalls indirekt - auch Strafzumessungserwägungen einhergehen. Die Verurteilung zu einer höheren Strafe, die *Dreher* als illegitim bewertet<sup>220</sup>, wird mithin gerade nicht vermieden, sondern vielmehr legalisiert. So betont auch *Flöhr*, dass „der Angeklagte die vorangegangene Freiheitsentziehung bereits als Form staatlicher Machtausübung empfindet und eine Nichtanrechnung ihm diese Freiheitsentziehung nachträglich als völlig willkürlich erscheinen lassen muss“<sup>221</sup>. Dies gilt umso mehr, wenn man bedenkt, dass der Untersuchungsgefangene, der seine Verfahrensrechte ausübt, durch § 51 I 2 StGB einem Nachteil ausgesetzt ist, der dem nicht inhaftierten Mittäter erspart bleibt. Sein Urteil würde - wie das BVerfG meint<sup>222</sup> - „insoweit doppelt vollstreckt“. Wenn man weiterhin bedenkt, dass der BGH die *reformatio in peius* (§ 358 II 1 StPO) anwendet, wird die These, dass sich aus § 51 I 2 StGB ein Strafcharakter ergibt, neuerdings wohl auch durch die Rechtsprechung bestätigt.

Schwerwiegender ist jedoch das Argument, dass nicht mehr von einer Vorteilhaftigkeit der Untersuchungshaft gegenüber der Strafhaft ausgegangen werden kann.<sup>223</sup> Richtig ist zwar, dass der Vollzug der Untersuchungshaft bis 1969 deutlich angenehmer war, als die meist mit Zwangsarbeit verbundene Strafhaft, die durch Zuchthaus, Gefängnis, Einschließung oder Haft verbüßt werden konnte.<sup>224</sup> Seit dem *I. StrRG* ist dies jedoch nicht mehr der Fall. Das Sanktionensystem erhielt hierdurch eine „moderne Ausgestaltung“, bei der die „Verhütung künftiger Straftaten“ im Vordergrund stand und die „Resozialisierung des Straftäters“ als „taugliches

<sup>218</sup> *Dreher* in MDR 1970, 969, 971.

<sup>219</sup> Wenzel, S. 216; vgl. auch: *Dreher* in MDR 1970, 971; *Horstkotte* in JZ 1970, 128; *Flöhr*, S. 122.

<sup>220</sup> *Dreher* aaO. (Fn. 192).

<sup>221</sup> *Flöhr*, S. 9.

<sup>222</sup> BVerfG Beschl. v. 14.1.2005, Az.: 2 BvR 1825/03 Rn. 13.

<sup>223</sup> Vgl.: Wenzel, S. 219; *Dreher* in MDR 1970, 969; SK-StPO-Paefgen Vor § 112 Rn. 10c; ders., S. 240 ff.

<sup>224</sup> Vgl. dazu: BGBl. 1953 I, 1083 ff.; *Dünkel* in NK 4/1994, 22; *Böhm* in FS-Schwind, S. 538; *Heinz*, S. 16.

Instrument der Kriminalpolitik“ anerkannt wurde.<sup>225</sup> Die Ersetzung der verschiedenen Arten der freiheitsentziehenden Strafe durch die (Einheits-)Freiheitsstrafe (§ 38 StGB)<sup>226</sup> hatte allerdings eine Angleichung von Untersuchungshaft und Strafe zur Folge. Teilweise wird sogar vertreten, dass sich die ehemals bestehende Besserstellung in eine Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings gegenüber dem Strafgefangenen<sup>227</sup> verkehrt habe. Genauer soll hierauf jedoch im fünften Kapitel eingegangen werden (vgl. Kap. 5 II 1).

An dieser Stelle ist vorerst zu konstatieren, dass der Gesetzgeber an der Regelung des § 51 I 2 StGB festhält, obwohl die Befürchtung, der Beschuldigte könne die Untersuchungshaft missbräuchlich ausdehnen, um sich durch die Anrechnung Vorteile bei der Strafvollstreckung zu verschaffen, mit dem *I. StrRG* obsolet geworden ist. Da die böswillige oder absichtliche Prozessverschleppung das einzige „Verhalten nach der Tat“ ist, das die Nichtanrechnung rechtfertigt, fehlt es § 51 I 2 StGB nunmehr an einer tatsächlichen Basis. Nach all dem kann § 51 I 2 StGB mit *Wenzel* als bloß „historisches Überbleibsel“<sup>228</sup> definiert werden, das aufgrund von Unklarheit und mangelnder Praktikabilität der Gefahr des Missbrauchs ausgesetzt ist. Die apokryphen Gründe des Geständniszwangs und der Lügenstrafe (vgl. II 5 b bb) wurden hier ebenso genannt wie die Verlängerung der Zeit des Strafvollzugs zur Resozialisierung (vgl. II 5 b aa). Der oft geäußerten Forderung nach einer ausnahmslosen Anrechnung, die eine Abschaffung von § 51 I 2 StGB<sup>229</sup> impliziert, muss daher zugestimmt werden. Dies entspricht schließlich auch der in Rechtsprechung, Gesetzgebung und Literatur vorherrschenden Tendenz zur möglichst weitreichenden Anrechnung der Untersuchungshaft.

## 6. Das Verhältnis von § 51 I StGB zu § 450 I StPO

Die Frage, in welchem Verhältnis § 51 I StGB zu § 450 I StPO steht, ist in der Literatur umstritten. Dies ist der Fall, weil beide Vorschriften scheinbar denselben Anwendungsbereich betreffen. § 450 I StPO schreibt jedoch vor, dass die Untersuchungshaft ab dem Zeitpunkt des Verzichts, der Rücknahme oder des Ablaufens der Frist für Einlegung eines Rechtsmittels „unverkürzt“ auf die zu vollstreckende Freiheitsstrafe anzurechnen ist. Dieser von § 450 I StPO beschriebene Zeitpunkt, zu dem das Urteil zwar noch nicht rechtskräftig, für den Ange-

<sup>225</sup> BT-Drs. 5/4094, S. 3.

<sup>226</sup> BGBl. 1969 I, 645 ff.

<sup>227</sup> Vgl.: Seebode, S. 3, 13, 36 ff., 156, 166, 168; Wenzel, S. 111; Flöhr, S. 141 ff., 143; MünchKollKommStGB/Rn. 3; Schlothauer/Weider Rn. 1 ff.; Herrmann Rn. 1; Böhm in FS-Schwind, S. 534; Dreher in MDR 1970, 969; Hammecke, S. 19; Heinz, S. 98; Dünkel IVS, S. 26; Kalmthout/Knapen/Morgenstern, S. 423; Paeffgen, S. 265/266; a. A. noch Hammecke, S. 14; eher krit.: SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 10.

<sup>228</sup> Wenzel, S. 105.

<sup>229</sup> Dreher in MDR 1970, 971; Dencker in MDR 1971, 630; Paeffgen, S. 256 ff.; Wenzel, S. 215 ff., 221; a. A. aber für das Jugendstrafrecht Flöhr, S. 126 ff, 135.

klagten aber unanfechtbar geworden ist, wird als „relative Rechtskraft“<sup>230</sup> bezeichnet. Im Folgenden wird es darum gehen, welche Vorschrift zu diesem Zeitpunkt anwendbar ist, genauer, ob die Vorschrift des § 450 I StPO nach dem *1. StrRG* neben § 51 I StGB noch Geltung beanspruchen kann.

#### a) Ablehnende Ansicht

Eine ältere Ansicht, der sich auch *Horn/Wolters* angeschlossen hat<sup>231</sup>, geht davon aus, dass § 450 I StPO seit dem *1. StrRG* „obsolet“ geworden sei. Die Kraft Gesetzes erfolgende Anrechnung des § 51 I 1 StGB decke nunmehr den Anwendungsbereich des § 450 I StPO ab. Da dies bei der Neuregelung der Anrechnung vom Gesetzgeber übersehen worden sei, handle es sich bei § 450 I StPO lediglich um ein redaktionelles Versehen, dem keinerlei Geltung mehr zukommen könne. Folgt man dieser Ansicht, wäre die Versagung der Anrechnung (§ 51 I 2 StGB) allerdings auch im Revisionsverfahren uneingeschränkt möglich.

#### b) Zustimmungende Ansicht

Die entgegengesetzte, auf *Dreher* zurückgehende, wohl aber aktuellere Ansicht<sup>232</sup> spricht § 450 I StPO weiterhin Geltung zu. Der eigenständige Anwendungsbereich der Vorschrift ergibt sich hier daraus, dass § 450 I StPO ab dem Zeitpunkt der relativen Rechtskraft - im Gegensatz zu § 51 I StGB - keine Ausnahmen von der Anrechnung mehr zulasse. Aus diesem Grund müsse § 450 I StPO die Anrechnungsregelung des § 51 I StGB mit dem Eintritt der relativen Rechtskraft als „lex specialis“<sup>233</sup> verdrängen. Für das Fortgelten von § 450 I StPO spreche außerdem, dass der Gesetzgeber genug Zeit und Möglichkeiten gehabt hätte, sein redaktionelles Versehen zu beheben.

#### c) Differenzierende Ansicht

Eine dritte differenzierende Ansicht<sup>234</sup> lehnt die beiden vorstehenden Meinungen ab. Ihr zufolge gelte § 51 I 1 StGB stets bis zur absoluten Rechtskraft, so dass § 450 I StPO bei der Rechtsfolge der Anrechnung keine eigenständige Bedeutung mehr verzeichnen könne. § 450 I StPO bleibe jedoch in den Fällen des § 51 I 2 StGB relevant. Zwar gelte auch die Nichtanrechnungsklausel grundsätzlich bis zur absoluten Rechtskraft; wegen § 450 I StGB werde der

<sup>230</sup> Wenzel, S. 141; Baumgärtner in MDR 1970, 191; Meyer-Goßner § 450 Rn. 4; Fischer § 51 Rn. 8; Heghmanns/Scheffler-Meinen XII Rn. 59; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 2, 6; Dreher in MDR 1970, 965.

<sup>231</sup> Dencker in MDR 1971, 630; Baumgärtner in MDR 1970, 191; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 7.

<sup>232</sup> Dreher in MDR 1970, 965; LK-Theune § 51 Rn. 70; Fischer § 51 Rn. 8; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 8; Flöhr, S. 151 f.; Wenzel, S. 138 f.

<sup>233</sup> Wenzel, S. 139; Fischer § 51 Rn. 8; KK-Fischer § 450 Rn. 2; vgl. auch: Dreher in MDR 1970, 965.

<sup>234</sup> Meyer-Goßner § 450 Rn. 2; Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 2.

Versagungsanordnung aber ab dem Zeitpunkt der relativen Rechtskraft die Wirkung entzogen. Im Ergebnis stimmt diese Ansicht also mit der vorstehenden überein.

#### d) Fazit

Im Hinblick auf das Verhältnis von § 51 I StGB zu § 450 I StPO ist den letzten beiden Ansichten aus teleologischen Gründen zuzustimmen. § 450 I StPO muss - trotz der obligatorischen Anrechnung des § 51 I 1 StGB - jedenfalls zum Schutz des auf Rechtsmittel verzichtenden angeklagten Untersuchungshäftlings erhalten bleiben. Ob er § 51 I StGB dabei komplett verdrängt oder nur § 51 I 2 StGB entfallen lässt, kann dahinstehen.

Der Einwand von *Horn/Wolters*<sup>235</sup>, dass es auch gemäß § 51 I 2 StGB niemals zulässig wäre, die Anrechnung unter den Voraussetzungen des § 450 I StPO zu versagen, da „eine etwaige Untersuchungshaftverlängerung nach dem Eintritt der relativen Rechtskraft [...] nicht mehr vom Verurteilten selbst, sondern vom Willen anderer Rechtsmittelberechtigter“ abhängige, geht zwar in dieselbe Richtung, schließt jedoch eine für den Untersuchungshäftling nachteilige Entscheidung der Gerichte nicht so eindeutig aus wie § 450 I StPO. Folglich ist § 450 I StPO nicht als obsolet zu betrachten. Vielmehr ist mit *Dreher* davon auszugehen, dass der Gesetzgeber „Recht daran getan [hat], die Vorschrift unangetastet zu lassen“.<sup>236</sup>

In diesem Zusammenhang ist außerdem anzumerken, dass die alte Rechtsprechung zur Anrechnung im Revisionsverfahren überholt ist. Die frühere Praxis<sup>237</sup>, eine erlittene Untersuchungshaft im Falle der Verwerfung einer Revision nur dann anzurechnen, wenn sie die durchschnittliche Dauer des Revisionsverfahrens von drei Monaten übersteigt, ist seit dem *I. StrRG* nicht mehr möglich.<sup>238</sup> Für das Problem des Strafcharakters ergibt sich außer der Tatsache, dass die Anrechnung in bestimmten Fällen auch über das erste Urteil hinaus zwingend anzurechnen ist, also noch weiter ausgedehnt wird, nichts.

### 7. Exkurs: Die Anrechnungs- oder Vollstreckungslösung des BGH zur Kompensation überlanger Verfahrensdauer (§ 51 I 1 StGB analog)

Neuerdings wendet der BGH § 51 I 1 StGB zur Kompensation der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung entsprechend an.<sup>239</sup> Die Vorgehensweise geht auf die Rechtsprechung

<sup>235</sup> SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 7 mit Verweis auf Dencker in MDR 1971, 630; vgl. auch Sch/Sch-Stree § 51 Rn. 2.

<sup>236</sup> Dreher in MDR 1970, 965.

<sup>237</sup> Vgl. dazu: BGHSt 22, 303, 304 ff. mit Verweis auf BVerfG DRiZ 1968, 243; krit. bereits Würtenberger in JZ 1952, 548/549; Flöhr, S. 152.

<sup>238</sup> Vgl. dazu: Dallinger/BGH in MDR 1970, 12; NJW 1972, 730; Dreher in MDR 1970, 965; Wenzel, S. 102.

<sup>239</sup> BGHSt 52, 124 ff.; BGH StV 2007, 523 ff.; StV 2009, 638 f.; vgl. dazu auch: I. Roxin in StV 2008, 14 ff.; Scheffler in ZIS 2008, 269 ff.; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 48; Heghmanns in ZJS 2008, 197 ff.

des EGMR zurück. Dieser wiederum behandelt die Fälle der überlangen Verfahrensdauer, in denen von staatlicher Seite aus gegen das Beschleunigungsgebot verstoßen wird, stets als Verstoß gegen das in Art. 6 I EMRK geregelte Fairnessprinzip.<sup>240</sup> Denn Art. 6 I EMRK verpflichtet die Mitgliedstaaten, „ihre Justizsysteme so zu organisieren, daß die Gerichte der unteren und höheren Instanz in der Lage sind, alle Anforderungen zu erfüllen [...] und die Fälle innerhalb angemessener Zeit abzuschließen.“<sup>241</sup>

Als insgesamt unangemessen bezeichnete der Gerichtshof beispielsweise das Vorgehen der deutschen Strafverfolgungsbehörden in den Strafverfahren gegen *Eckle*<sup>242</sup> und gegen *Metzger*<sup>243</sup>: Im ersten Fall wurden gegen die Eheleute *Eckle* zwei Strafverfahren wegen Betrugs und Erpressung vor zwei deutschen Landgerichten geführt, die insgesamt über zehn bzw. über vier Jahre dauerten. Im zweiten Fall erstreckten sich bereits die polizeilichen Untersuchungen bis zur Anklageerhebung über einen Zeitraum von 15 Monaten. Bis zur Eröffnung der Hauptverhandlung verstrichen weitere sechs Monate und in derselben schob das Gericht die Entscheidung dann nochmals acht Monate auf. Anschließend dauerte es weitere zwei Jahre und drei Monate bis das landgerichtliche Urteil durch den BGH aufgehoben wurde. Schließlich endete das im Januar 1988 wegen „umweltgefährdender Abfallbeseitigung“ begonnene Strafverfahren mit dem Scheitern der Verfassungsbeschwerde im Februar 1997, also etwas mehr als neun Jahre später. Da der EGMR im innerstaatlichen Recht keine oder nur eine unvollkommene Wiedergutmachung für die Folgen der Verletzung von Art. 6 I EMRK feststellen konnte, gewährte er den Beschwerdeführern in beiden Fällen eine Entschädigung nach Art. 41 EMRK. Überdies scheint er den nationalen Gerichten in verschiedenen Urteilen die Verfahrenseinstellung als adäquate Lösung für solche Fälle nahe legen zu wollen.<sup>244</sup>

Das Beschleunigungsgebot ist auch dem deutschen Recht bekannt.<sup>245</sup> Es ergibt sich dem BVerfG zufolge aus Art. 2 II 2 i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip, wenn das Verfahren mit einer Freiheitsentziehung verbunden ist.<sup>246</sup> In den übrigen Fällen wird auf das allgemeine Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren zurückgegriffen (vgl. Art. 2 I i. V. m. 20 III GG).<sup>247</sup> In der StPO zeigen im Ermittlungsverfahren die §§ 115 I, II, 118 V, 121 StPO das

<sup>240</sup> So bereits EGMR Ur. v. 15.7.1982, Az.: 8130/78 Rn. 67, 71 ff. [= EuGRZ 1983, 371 ff.] (Eckle/D); Ur. v. 31.5.2001, Az.: 37591/97 Rn. 28 ff. [= StV 2001, 489 ff. mit Anm. v. I. Roxin] (Metzger/D); vgl. auch: Ambos in NStZ 2002, 628 ff.; Laue in Jura 2005, 89 ff.

<sup>241</sup> EGMR StV 2001, 489, 490 bzw. Rn. 42 (Metzger/D); vgl. auch: Ambos in NStZ 2002, 630; Laue in Jura 2005, 93.

<sup>242</sup> EGMR Ur. v. 15.7.1982, Az.: 8130/78 [= EuGRZ 1983, 371 ff.] (Eckle/D).

<sup>243</sup> EGMR Ur. v. 31.5.2001, Az.: 37591/97 [= StV 2001, 489 ff.] (Metzger/D).

<sup>244</sup> Vgl. dazu: Ambos in NStZ 2002, 630/631; I. Roxin in StV 2001, 492.

<sup>245</sup> Vgl.: Maunz-Dürig-Grzeszick Art. 20 VII, Rn. 149; Beulke Rn. 26; Isensee/Kichhof-Schmidt-Abmann II § 26 Rn. 74.

<sup>246</sup> BVerfGE 36, 264, 273-275; NJW 2001, 2707; StV 2006, 248, 249; StV 2011, 31, 33.

<sup>247</sup> BVerfG NStZ 1984, 128; StV 1993, 352/353.

Beschleunigungsgebot an; für die Hauptverhandlung ergibt sich die Konzentrationsmaxime aus den §§ 228, 229 StPO. Die Empfehlung des EGMR, überlange Verfahren mit einer Einstellung zu beenden, konnte sich jedoch nicht durchsetzen. Eine Verletzung von Art. 2 I i. V. m. Art. 20 III GG, die der weiteren Strafverfolgung in Form eines Verfahrenshindernisses entgegensteht (sog. Verfahrenslösung), nehmen BGH und BVerfG nur in außergewöhnlichen Sonderfällen an.<sup>248</sup> In ständiger Rechtsprechung ist der BGH bisher davon ausgegangen, dass sich ein gerechtes, der Schuld angemessenes Ergebnis, generell auch im Rahmen der Strafzumessung finden lasse (sog. Strafzumessungslösung oder Strafabschlagsmodell).<sup>249</sup> Bereits im Urteil *Eckle* hatte der EGMR jedoch bemängelt, dass diese Vorgehensweise der deutschen Gerichte weder die Verletzung von Art. 6 I EMRK noch den daraus resultierenden Strafabschlag im Urteil hinreichend verdeutliche.<sup>250</sup> Deshalb forderte der BGH - im Anschluss an das BVerfG<sup>251</sup> - die Tatrichter nun dazu auf, zunächst stets Art und Ausmaß der Verfahrensverzögerung ausdrücklich festzustellen und anschließend das Maß der Kompensation durch eine Ermäßigung der an sich verwirkten Strafe exakt zu bestimmen.<sup>252</sup> In den Entscheidungen zu § 51 I 1 StGB verlangt er daher, wenn „der Abschluß eines Strafverfahrens rechtswidrig derart verzögert worden“ ist, zusätzlich zur Verurteilung zu einer angemessenen Strafe einen Ausspruch in der Urteilsformel dazu, dass „zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bestimmter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt“.<sup>253</sup>

Die Berücksichtigung der überlangen Verfahrensdauer im Rahmen der Strafvollstreckung ergibt sich aus dem Problem, dass die bisher angewandte Strafzumessungsregelung des § 49 I StGB nicht herangezogen werden kann, wenn dies in eine Strafrahmenschiebung, also eine Unterschreitung der gesetzlichen Mindeststrafe, münden würde.<sup>254</sup> Das gleiche gilt für die Fälle der lebenslangen Freiheitsstrafe, da bei der absoluten Strafandrohung keine Strafzumessung stattfindet.<sup>255</sup> Der BGH hat daher nach einer Lösung gesucht, die sich „mit dem Strafzumessungsrecht des geltenden StGB“ in Einklang bringen lässt.<sup>256</sup> Eine in Betracht kommende analoge Anwendung von § 49 I, II StGB könnte den Angeklagten zwar begünstigen, aber die richterliche Annahme eines ungeschriebenen Milderungsgrundes würde gegen das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 II GG) und die Bindung des Richters an die gesetzlichen

<sup>248</sup> Vgl.: BGHSt 46, 159, 171; BGH StV 2007, 523, 524/525; BVerfG NJW 1984, 967; 1993, 3254, 3255; 1995, 1277 f.; NSTz 2006, 680, 681; vgl. dazu auch: I. Roxin StV 2001, 492.

<sup>249</sup> Vgl.: BGHSt 46, 159, 169/170 m. w. N.; vgl. auch: BGH StV 2007, 523, 524; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 48; Scheffler in ZIS 2008, 271 m. w. N.; Heghmanns in ZJS 2008, 197.

<sup>250</sup> EGMR aaO. Rn. 67 ff. bzw. EuGRZ 1983, 371, 381 f. (Eckle/D); vgl. auch: BGH StV 2007, 523, 524.

<sup>251</sup> BVerfG NSTz 1997, 591.

<sup>252</sup> BGH StV 1998, 377; NSTz-RR 2000, 343; wistra 2002, 420, 421; StraFo 2003, 247; StV 2007, 523, 524.

<sup>253</sup> BGH StV 2007, 523; BGHSt 52, 124, 127; vgl. dazu: I. Roxin in StV 2008, 14 ff.

<sup>254</sup> Vgl. BGHSt 52, 124, 126 ff.; StV 2007, 523, 524 ff.

<sup>255</sup> Vgl. BGH StV 2006, 237, 240/241; BVerfG NSTz 2006, 680, 681/682.

<sup>256</sup> BGH StV 2007, 524; BGHSt 52, 124, 135.

Strafrahmen (Art. 103 II GG) verstoßen. Deshalb sieht der BGH die verfassungs- und konventionsgerechte Lösung zur Vermeidung von „‘Kompensationslücken’“ in der anlogenen Anwendung von § 51 I 1 StGB („Anrechnungs- oder Vollstreckungslösung“)<sup>257</sup>. Das Tatgericht habe dabei zunächst die angemessene Strafe und das Maß der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung zu bestimmen. Letztere sei anschließend derart zu kompensieren, dass ein Teil der erkannten Strafe, der „aufgrund einer wertenden Betrachtung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu bemessen ist“<sup>258</sup>, bereits als vollstreckt gilt. Die Strafe kann also, wie *Heghmanns* beschreibt, „so bemessen werden, wie sie (fiktiv) zu verhängen gewesen wäre, wäre das Verfahren ordnungsgemäß verlaufen und folglich früher sowie ohne unnötige Belastungen für den Angeklagten abgeschlossen worden. Mehrdauer und -belastungen infolge der Verfahrensverzögerung sowie die wegen des zusätzlichen Zeitablaufs reduzierten Präventionsbedürfnisse bestimmten dann allein das Maß des für vollstreckt zu Erklärenden.“<sup>259</sup> Im Gegensatz zu der im Rahmen der Strafzumessungslösung vorzunehmenden Strafmilderung muss dieses Vorgehen in der Urteilsformel enthalten sein.<sup>260</sup>

Der BGH<sup>261</sup> rechtfertigt die analoge Anwendung der Anrechnungsvorschrift damit, dass § 51 I 1 StGB gerade „auf dem Grundgedanken [beruht], daß der Staat die besonderen Belastungen auszugleichen hat, die er dem Angekl. im Strafverfahren dadurch auferlegt, daß er trotz der Unschuldsvermutung - wenn auch auf gesetzlicher Grundlage (etwa §§ 112, 112a StPO) - schon vor der Verurteilung in dessen Grundrecht auf Freiheit der Person eingreift“. Dieser Rechtsgedanke sei auf die Fälle der überlangen Verfahrensdauer übertragbar. Hier ginge es ebenso darum, „besondere Belastungen des Strafverfahrens“ zugunsten des Angeklagten zu „kompensieren“. Bei der Verfahrensverzögerung handle es sich zwar nicht um eine Freiheitsentziehung, aber um eine andere Form der Belastung, die der Staat dem Angeklagten „vor Abschluß des Verfahrens“, allerdings „ohne gesetzliche Grundlage“ und „in rechtsstaatswidriger Weise“ auferlegt.

Vorteilhaft an dieser Vorgehensweise sei, dass § 51 I 1 StGB nicht nur den Betroffenen über die festgeschriebenen Strafrahmen hinaus entschädigen könne, sondern durch das zweiaktige Vorgehen auch größere Transparenz innerhalb der Rechtsfolgenbemessung verspreche.<sup>262</sup> Ein weiterer Vorteil ist darin zu sehen, dass die analoge Anwendung von § 51 I 1 StGB gerade

<sup>257</sup> BGH StV 2007, 523, 525; BGHSt 52, 124, 135; BGH StV 2009, 638; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 48; Heghmanns in ZJS 2008, 197; krit. dazu: I. Roxin in StV 2008, 15 ff.; Scheffler in ZIS 2008, 270 ff.; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 30 f.

<sup>258</sup> BGHSt 52, 124, 140/141; krit. dazu: I. Roxin in StV 2008, 18; Scheffler in ZIS 2008, 277.

<sup>259</sup> Heghmanns in ZJS 2008, 200.

<sup>260</sup> NK-Kett-Straub § 51 Rn. 50.

<sup>261</sup> BGH StV 2007, 523, 525; BGHSt 52, 124, 140/141.

<sup>262</sup> Vgl. dazu: BGH StV 2007, 523, 526; vgl. auch: BGHSt 52, 124, 141; Scheffler in ZIS 2008, 271 f. m. w. N.; so im Ergebnis auch: Heghmanns in ZJS 2008, 198/199, 201; Meinen Sanktionen, S. 233.



dazu führt, dass das Problem der überlangen Verfahrensdauer nicht (mehr) der Strafzumessung, mithin nicht dem gerechten Ausgleich von Unrecht und Schuld, zugeordnet wird. Allerdings setzt eine solche sich besser in das System strafrechtlicher Rechtsfolgen einfügende und daher - auch über den Sonderfall der Strafrahmenschiebung hinaus - vorzugswürdige Lösung<sup>263</sup> voraus, dass die Trennung von Strafzumessungs- und Strafvollstreckungsgesichtspunkten strikt eingehalten wird. Der BGH<sup>264</sup> stellt jedoch weiterhin darauf ab, dass sich zwar jede (nicht unbedingt rechtsstaatswidrige) Verfahrensdauer auf die Strafzumessung auswirke, es aber bei der analogen Anwendung von § 51 I 1 StGB lediglich um eine „Entschädigung“ des Angeklagten dafür gehe, dass er „durch Maßnahmen staatlicher Strafverfolgung zum Opfer (vgl. Art. 25 MRK) einer mit rechtsstaatlichen Maßstäben nicht mehr zu vereinbarenden Verfahrensführung geworden“ sei. Damit wird die Vollstreckungslösung aber gerade nicht konsequent verfolgt. Vielmehr schreibt der Gerichtshof weiterhin jedweder Verfahrensdauer eine gewisse Relevanz für die Strafzumessung zu.<sup>265</sup> Die Strafzumessungslösung wird also nicht vollständig zugunsten der Vollstreckungslösung aufgegeben. Stattdessen prüft der BGH stets zunächst, inwiefern die Verfahrensdauer schon bei der Milderung des Strafrahmens berücksichtigt werden kann.<sup>266</sup> Erst wenn dies nicht möglich ist, weil eine Verletzung der EMRK oder des GG festgestellt werden muss, findet die Vollstreckungslösung Anwendung, damit festgelegt werden kann, „welcher bezifferte Teil der Strafe zur Kompensation der Verzögerung als vollstreckt gilt“<sup>267</sup>. Der „Systemwechsel“<sup>268</sup> ist somit ein nur vermeintlicher. Das Problematische daran ist, dass der BGH nicht nur die vom EGMR favorisierte Verfahrenslösung ausschließt,<sup>269</sup> sondern auch die wünschenswerte Trennung von Strafzumessung und Strafvollstreckung bzw. Entschädigung verwischt.<sup>270</sup>

Für die Wirkung der angerechneten Untersuchungshaft bedeutet die Vollstreckungslösung des BGH wiederum, dass eine gewisse Strafähnlichkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass *I. Roxin*, die weiterhin die Strafzumessungslösung verfolgt, davon ausgeht, dass bereits der rechtsstaatswidrigen Verfahrenverzögerung, mit der keine Freiheitsentziehung verbunden ist, ein „sanktionsähnliche[r] Charakter“ innewohne.<sup>271</sup>

<sup>263</sup> BGH StV 2007, 523, 526; I. Roxin in StV 2008, 15. vgl. auch: BGHSt 52, 124, 141, 142.

<sup>264</sup> BGH StV 2007, 523, 526; BGH StV 2009, 638, 639.

<sup>265</sup> BGH StV 2007, 523, 526; BGHSt 52, 124, 141/142; BGH StV 2009, 638, 639; Scheffler in ZIS 2008, 274; krit. dazu: NK-Kett-Straub § 51 Rn. 49; Heghmanns in ZJS 2008, 198, 199/200.

<sup>266</sup> BGHSt 124, 146 ff.

<sup>267</sup> BGHSt 52, 124, 146.

<sup>268</sup> BGH StV 2007, 523; vgl. auch: I. Roxin in StV 2008, 18; Scheffler in ZIS 2008, 269 ff.

<sup>269</sup> Vgl. dazu: Heghmanns in ZJS 2008, 198, 200/201; I. Roxin in StV 2008, 15.

<sup>270</sup> So auch NK-Kett-Straub § 51 Rn. 49; Heghmanns in ZJS 2008, 198, 199 ff.

<sup>271</sup> I. Roxin in StV 2008, 16 ff.; ebenso auch: Heghmanns in ZJS 2008, 200 m. w. N.; SK-StPO-Paefgen Vor § 112 Rn. 30d; a. A. BGHSt 52, 124, 144.

Durch die Untersuchungshaft müsste dann aber erst recht eine Art Strafe vorweggenommen worden sein.

### **8. Zwischenergebnis zum Strafcharakter der Untersuchungshaft nach den Tatbestandsmerkmalen des § 51 I StGB**

Fraglich war, ob sich bereits anhand der Tatbestandsmerkmale des § 51 I StGB eine Aussage über die Vergleichbarkeit oder Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe und damit über den Strafcharakter der Untersuchungshaft treffen lässt.

Wie eingangs vermutet, könnte zunächst die festgestellte Tendenz zur extensiven Auslegung der Anrechnung von Untersuchungshaft, der der Gesetzgeber mit seinen grundlegenden Änderungen der Anrechnungsvorschrift durch das *1. StrRG* Rechnung getragen hat, für eine Strafartigkeit bzw. einen Strafcharakter der anzurechnenden Untersuchungshaft sprechen. BVerfG und BGH gehen sogar von einer „Wertungstendenz des Gesetzgebers“ aus, wonach jede „U-Haft, soweit sie überhaupt in einem Zusammenhang mit der verhängten Strafe steh[t], möglichst umfassend anzurechnen“ sei.<sup>272</sup> Mit der weitgehenden Anrechnung der Untersuchungshaft, die gemäß § 450 I StPO auch über das erste Urteil hinaus möglich ist, rechtfertigt der Gesetzgeber jedoch nicht nur die Vorgehensweise der Gerichte, sondern stellt die Untersuchungshaft auch mit der Strafe auf eine Stufe. Schließlich reduziert sich die Strafe im Falle der Verurteilung gemäß § 51 I 1 StGB nahezu automatisch um die Zeit der bereits erlittenen Untersuchungshaft. § 51 I StGB ist zwar nicht mehr der Strafzumessung zuzuordnen. Es ist jedoch zu beachten, dass gerade das Nebeneinander von automatischer Anrechnung und reduzierten Versagungsmöglichkeiten, mehr noch die Forderung, § 51 I 2 StGB zu streichen, zu einer Angleichung von Strafe und Untersuchungshaft führt, der nur ihre bloß formale Charakterisierung als Strafvollstreckungsregel entgegensteht. Es erscheint daher plausibel, dass die Untersuchungshaft jedenfalls dem Betroffenen bereits wie eine Strafe vorkommen muss, obwohl sie es ihrem Zweck nach gerade nicht sein soll. Es steht also zumindest eine subjektive Strafartigkeit der Untersuchungshaft im Raum. Forciert wird diese Annahme noch dadurch, dass nur erlittene, also vollzogene, Untersuchungshaft anzurechnen ist.

Gegen eine darüber hinausgehende, zweckmäßige Strafartigkeit spricht allerdings, dass die wohl h. M. straftheoretische Erwägungen ausschließt. Andererseits stellt der Gesetzgeber bei der Qualifikation der Anrechnungsobjekte auf ihre „funktionelle Vergleichbarkeit“ mit der Untersuchungshaft ab. Dass hierbei mindestens eine Freiheitsentziehung vorausgesetzt wird, zeigt sich nicht nur daran, dass die Bewährungsstrafe nicht zum Anrechnungsobjekt taugt,

---

<sup>272</sup> BVerfG StV 1998, 665; ähnlich auch: BGHSt 43, 112, 118.

sondern vielmehr auch an der schon begrifflichen Ablehnung von § 56 StGB - im Falle einer vollständig durch Untersuchungshaft verbüßten Freiheitsstrafe - durch den BGH und der dem Wortlaut widersprechenden, seit Anfang der 80er Jahre wohl aber auch vom Gesetzgeber gewollten Anrechnung von Untersuchungshaft auf die absolute, lebenslange Freiheitsstrafe. Die ausdrücklich vorgeschriebene Anrechnung auf die Geldstrafe steht der Annahme des notwendigen Freiheitsentzugs nicht entgegen, da sie seit der Einführung des Tagessatzsystems ebenfalls als Freiheitsstrafe zu betrachten ist. Dass diese gesetzgeberische Fiktion nicht sehr weit reicht, offenbart sich allerdings schon daran, dass die Untersuchungshaft in diesem Fall - ebenso wie bei der Verurteilung zu einer Bewährungsstrafe - die einzige Freiheitsentziehung im Strafverfahren bleibt. Dies wiederum lässt die Annahme zu, dass sich das Adjektiv „funktionell“ nicht im Freiheitsentzug erschöpft, sondern eine weitere, eventuell sogar zweckmäßige Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe verlangt. Hierfür spricht jedenfalls, dass die Anrechnung der Untersuchungshaft auf die zweckverschiedenen Maßregeln - trotz ihres freiheitsentziehenden Charakters - abgelehnt wird. Die regelmäßige Anrechnung und die funktionelle Vergleichbarkeit können somit als Indizien für eine Strafwirkung der Untersuchungshaft gewertet werden.

Ihnen steht jedoch entgegen, dass der Gesetzgeber die Untersuchungshaft in § 51 I 1 StGB auch mit offensichtlich nicht strafähnlichen „andere[n] Freiheitsentziehung[en]“ gleichstellt, bei denen er ebenso die Anrechnung auf die Strafe vorschreibt. Detaillierte Angaben lassen sich wegen der Unbestimmtheit des Begriffs der „anderen Freiheitsentziehung“ und seiner immer weiter gehenden Auslegung durch die Rechtsprechung nicht machen. Klarheit könnte die Regelung eines abschließenden Katalogs anrechenbarer Freiheitsentziehungen bringen, wofür beispielsweise *Wenzel*<sup>273</sup> sich ausspricht.

Auch die Abkehr vom Strafzumessungs- und die Zuordnung der Anrechnung zum Strafvollstreckungsrecht laufen der Annahme einer Strafwirkung von anzurechnender Untersuchungshaft zunächst zuwider. Neuerdings zieht der BGH § 51 I 1 StGB sogar analog zur Kompensation von überlanger Verfahrensdauer heran und vergleicht die Untersuchungshaft dabei explizit mit den sich aus der Verfahrensverzögerung ergebenden Belastungen. Dies könnte einerseits darauf hindeuten, dass bei der Anrechnung nicht von konkret-straftheoretischen Wirkungen ausgegangen wird. Andererseits wird auch hier die Trennung von Strafzumessungs- und Strafvollstreckungsrecht nicht sauber eingehalten und die rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung sogar als pönal eingestuft. Die Charakterisierung der Anrechnung als Strafvollstre-

---

<sup>273</sup> Wenzel, S. 176/177.

ckungsregel erscheint damit wieder rein formal. Eine Strafähnlichkeit, die sich aus den tatsächlichen Wirkungen der Untersuchungshaft ergibt, schließt sie mithin nicht aus.

Das Fortbestehen der Nichtanrechnungsklausel in § 51 I 2 StGB, das ursprünglich als Argument gegen die automatische Anrechnung und die daraus folgende Strafähnlichkeit angeführt wurde, kann nur soviel Beachtung finden, wie die Klausel noch praktische Anwendungsfälle hat: Kaum noch. Anzumerken ist dennoch, dass es eher für eine Strafartigkeit der Untersuchungshaft steht. Denn bei der Versagung der Anrechnung verlängert sich der Freiheitsentzug gerade um die Dauer der erlittenen Untersuchungshaft. Dies wird aus subjektiver Sicht wiederum als zusätzliche Strafe bewertet werden.

Das Hauptargument gegen etwaige sich aus der Anrechnung ergebende Strafwirkungen der Untersuchungshaft ist jedoch darin zu sehen, dass die Untersuchungshaft zeitlich vor der Verurteilung liegt und es somit an der die Strafwirkungen auslösenden Bedingung des Schuldspruchs fehlt. Selbst wenn man die Strafwirkungen mit der in der älteren Rechtsprechung vertretenen These - auf die gleich zurückzukommen sein wird - nachträglich in die Untersuchungshaft hineininterpretiert, muss doch bedacht werden, dass der Zurechnungszusammenhang oftmals nicht gegeben sein wird. Denn die mit dem Grundsatz der Verfahrenseinheit einhergehende Ausdehnung der Anrechnung führt gerade dazu, dass die Verurteilung nicht (mehr) notwendig auf der die Untersuchungshaft auslösenden Tat beruht. Anders ist das nur in den Fällen der Tatidentität nach § 60 StGB a. F. Hier basiert die Verurteilung auf der Tat, derentwegen die Untersuchungshaft angeordnet war. Der die Strafwirkungen rechtfertigende Zurechnungszusammenhang wäre dort also gegeben. Die Fälle der Tatidentität sind aber im Grundsatz der Verfahrenseinheit enthalten. Eine aus der Anrechnung resultierende Strafwirkung der Untersuchungshaft ist somit auch hierdurch nicht vollständig widerlegt.

Letztendlich kann resümiert werden, dass, obgleich Vieles dafür spricht, sich allein aus den Tatbestandsmerkmalen kein eindeutiges Ergebnis ableiten lässt. Sie sind, was die Strafwirkung der Untersuchungshaft betrifft, ambivalent. Es kann somit weder auf einen Strafcharakter der Untersuchungshaft geschlossen, noch kann ihr dieser völlig abgesprochen werden.

### **III. Die Ansätze und Theorien zur Rechtfertigung der Anrechnung**

Wie bereits dargestellt (Kap. 1 I 1), gehen der Gesetzgeber und das BVerfG davon aus, dass die Rechtsfolgen Strafe und Untersuchungshaft nach ihren Zwecken und Begründungen nicht miteinander vereinbar sind, sondern sich kategorisch unterscheiden. Durch die Anrechnungsvorschrift werden sie jedoch zumindest insofern vereint, als dass sie nahezu in jedem Fall automatisch gegeneinander aufzurechnen sind. Über § 51 I StGB werden somit zwei Rechts-

folgen, die sich nicht gleichen dürfen, auf eine Stufe gestellt. Fraglich ist, wie dies zu rechtfertigen ist. Hierzu werden mehrere Theorien vertreten.

### 1. Die in der älteren Rechtsprechung vertretene „Hypothese von der vorweggenommenen Strafe“

Bis zum Inkrafttreten des *1. StrRG* am 01.09.1969 war die Anrechnungsvorschrift Teil des Strafzumessungsrechts. Da die Anrechnung der Untersuchungshaft gemäß § 60 StGB a. F. noch im pflichtgemäßen Ermessen stand, der Tatrichter also sowohl über die Höhe der zu verhängenden Strafe als auch über die Anrechnung der Untersuchungshaft relativ frei entscheiden konnte, wurde die Unterscheidung von Untersuchungshaft und Strafe hier nicht besonders ernst genommen. Bezeichnenderweise wird das darzustellende Vorgehen des RG und des BGH von *Dreher* als „Hypothese von der vorweggenommenen Strafe“<sup>274</sup> beschrieben. *Dencker* meint, den „Gesichtspunkt der vorweggenommenen Strafe“<sup>275</sup> auch in einer früheren Entscheidung des BVerfG ausmachen zu können.

#### a) RG

Für das RG ist die Untersuchungshaft keine Strafe<sup>276</sup>, auch keine „anticipierte Strafhaft“<sup>277</sup>. Dennoch spricht es der freiheitsentziehenden Untersuchungshaft im Rahmen der Anrechnung die Wirkungen einer Strafe zu.<sup>278</sup> Dabei geht es gerade nicht von einer fingierten Strafverbüßung aus (vgl. §§ 57 IV, 57a II StGB), sondern davon, dass der angerechneten Untersuchungshaft tatsächlich die „Wirkung der Strafvollstreckung“ zukommt, allerdings nur, soweit der Richter „aus Billigkeitsgründen bei Fällung des Urteils“ auf eine solche erkennt.<sup>279</sup>

Besonders deutlich zeigt sich diese Position des RG an zwei späteren Entscheidungen, in denen das Gericht explizit auf die Verwirklichung straftheoretischer Elemente abstellt. So sieht es in seiner Entscheidung zur Anrechnung von Untersuchungshaft auf Jugendarrest vom 01.07.1941<sup>280</sup>, den „Grundgedanke[n]“ der Anrechnungsvorschrift gerade darin, „daß eine Strafe nicht oder doch nicht in vollem Umfange vollstreckt wird“. Wegen ihrer „Wirkungen auf den Täter“ müsse bereits der Untersuchungshaft in bestimmten Einzelfällen „nachträglich vom Tatrichter“ ein Charakter zuerkannt werden, der „grundsätzlich erst der Vollziehung der

<sup>274</sup> Dreher in MDR 1970, 968 mit Verweis auf BGHSt 7, 216; NJW 1956, 1164; RGSt 29, 75; 38, 182; 52, 192; 75, 282.

<sup>275</sup> Dencker in MDR 1971, 627/628.

<sup>276</sup> RGSt 3, 264, 265; 59, 231, 232; 75, 279, 282; 75, 279, 282; 77, 178, 179.

<sup>277</sup> RGSt 29, 75, 76; 52, 191, 192.

<sup>278</sup> RGSt 3, 264, 265; 4, 230/231; 5, 173; 13, 18, 19; 14, 421; 38, 182, 183; 52, 191, 192; 66, 351, 352.

<sup>279</sup> RGSt 52, 191, 192; vgl. auch: RGSt 38, 182, 183; 29, 25, 76; 66, 351, 352; 76, 82, 88.

<sup>280</sup> RGSt 75, 279, 282.

erkannten Strafe zukommen soll“, also „der Sühne, der Erziehung, der Abschreckung“. Diese erste Entscheidung bestätigt das RG mit der Entscheidung zur Anrechnung von Untersuchungshaft auf die Gefängnisstrafe von unbestimmter Dauer vom 10.09.1941<sup>281</sup> insofern, dass die Untersuchungshaft auch hier „als ‘vollstreckte Strafe’ gilt“. Denn, „[w]enn der Richter von der Befugnis Gebrauch macht, die ihm § 60 StGB verleiht, so erkennt er der in Gestalt der Untersuchungshaft bereits vollzogenen Freiheitsentziehung in ihren Wirkungen auf den Täter eine Bedeutung zu, die sonst grundsätzlich erst dem Vollzuge der Strafe beigemessen wird“. Zu beachten ist jedoch, dass diese Wirkung erst mit „der Rechtskraft des Urteils, das die Anrechnung verfügt“, eintritt.

## b) BGH

Auch der BGH berücksichtigt die Anrechnungsvorschrift anfangs noch - z. B. in seiner Entscheidung vom 10.04.1951<sup>282</sup> zum „‘freche[n] Leugnen’ des Angeklagten“ - „bei der Strafzumessung“. In der Entscheidung vom 02.07.1954<sup>283</sup> spricht er der Untersuchungshaft, die ja gerade keine Straftat ist, dann ausdrücklich den Charakter einer „verbüßte[n] Strafe“ zu, und zwar mit der Begründung, dass „auch die Untersuchungshaft im Einzelfall bereits eine gewisse bessernde und erzieherische Wirkung haben kann und daß dies ein Umstand ist, der bei der Anrechnung der Untersuchungshaft gemäß § 60 StGB in die Waagschale fällt“. Damit gesteht er der angerechneten Untersuchungshaft - wie schon das RG - explizit Strafwirkungen zu.

Etwa ein halbes Jahr später, in der Entscheidung vom 25.01.1955<sup>284</sup> über die Behandlung der fehlerhaften Anrechnung durch das Revisionsgericht, mahnt der Gerichtshof dann zwar an, dass die Anrechnungsentscheidung „nur im weiteren Sinne zur Strafbemessung“ gehöre und „kein eigentlicher Strafzumessungsgrund“ sei. Die Ablehnung der Anrechnung müsse daher „vorwiegend davon abhängen, ob und inwieweit der Angeklagte die Haft verschuldet hat“. Dennoch sei „unter Umständen“ auch darauf abzustellen, „ob der Strafzweck durch ihren Vollzug schon erreicht“ und „die Strafe in diesem Sinne dadurch vorweggenommen worden ist“. Auch in der bereits erwähnten Entscheidung zur Anrechnung der Untersuchungshaft auf die Entziehung des Entgelts vom 25.04.1957<sup>285</sup> misst der BGH der freiheitsentziehenden Untersuchungshaft - mit Verweis auf das RG - weiterhin die Strafwirkungen der „Sühne, der Erziehung, der Abschreckung“ zu. Noch am 31.10.1961,<sup>286</sup> also mehr als sechs Jahre nach der

<sup>281</sup> RGSt 76, 217, 219/220.

<sup>282</sup> BGHSt 1, 105, 106, 107 (vgl. bereits Fn. 198).

<sup>283</sup> BGHSt 6, 215 ff., 218/219.

<sup>284</sup> BGHSt 7, 214, 216/217 mit Verweis auf RGSt 75, 279, 282.

<sup>285</sup> BGHSt 10, 235, 236 (vgl. bereits Fn. 167).

<sup>286</sup> BGH GA 1962, 115 mit Verweis auf RGSt 75, 279, 283 und BGH NJW 1956, 1164.

Entscheidung, in der er behauptete, dass die Anrechnungsregel eigentlich kein Strafzumessungsgrund sei, stellt der Gerichtshof darauf ab, dass „der Strafzweck“ auch durch „den Vollzug der Untersuchungshaft“ erreicht werden könne. Bei der Anrechnung von Untersuchungshaft kämen deshalb „vor allem Erwägungen in Betracht, die ‘ihren wesentlichen Grund in der Dauer, den Umständen und in der Wirkung des Vollzuges der Untersuchungshaft auf den Verurteilten haben’“. Die letzte und - soweit ersichtlich - nach dem Inkrafttreten des *I. StrRG* am 01.09.1969 auch einzige Entscheidung, in der der BGH der angerechneten Untersuchungshaft noch den Charakter einer (vorweggenommenen) Strafe zuschreibt, ist aus dem Jahr 1990. Dort wird davon ausgegangen, dass dem Angeklagten, der Untersuchungshaft erlitten hat, „bereits ein Übel zugefügt worden ist, das im Ergebnis einer entsprechenden Teilverbüßung der Strafe gleichkommt (§ 51 Abs. 1 Satz 1 StGB)“.<sup>287</sup>

### c) BVerfG

Das BVerfG ging in seiner *Zind*-Entscheidung von 27.10.1970 davon aus, dass die der Freiheitsentziehenden Untersuchungshaft gleichwertige, „durch innerstaatliche Behörden veranlaßte Auslieferungshaft ebenso eine Behinderung der körperlichen Bewegungsfreiheit bewirkt wie die Strafhaft und damit in einem wesentlichen Umfang die mit einer Freiheitsstrafe verbundenen Zwecke vorwegnimmt“.<sup>288</sup> *Dencker* kann somit dahingehend Recht geben werden, dass sich das BVerfG hier des Gedankens der vorweggenommenen Strafe bedient. Es scheint sich jedoch um einen Einzelfall in der Rechtsprechung des BVerfG zu handeln.

## 2. Pragmatische Billigkeitserwägungen (*Dreher*)

Billigkeits- und Gerechtigkeitserwägungen sind seit den ersten Kodifikationen des Rechtsgedankens der Anrechnung präsent.<sup>289</sup> Beschränkt man sich auf § 51 I StGB werden Billigkeit und Gerechtigkeit zwar von mehreren Autoren erwähnt.<sup>290</sup> Hauptsächlich gehen sie aber wohl auf *Dreher*'s Aufsatz zu den „Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB“<sup>291</sup> zurück. Da § 60 I StGB i. d. F. d. *I. StrRG* der heutigen Vorschrift des § 51 I StGB nahezu wortwörtlich entspricht (vgl. II.), kann *Dreher*'s Verständnis der Anrechnung als Entschädigungsregel, die allein mit Billigkeitserwägungen zu rechtfertigen ist, Aktualität beanspruchen.

<sup>287</sup> BGH StV1990, 303.

<sup>288</sup> BVerfGE 29, 312, 316/317 [= NJW 1970, 2287 ff.]; vgl. dazu: *Dencker* aaO. (Fn. 275).

<sup>289</sup> Ausführlich dazu: *Wenzel*, S. 93 ff.

<sup>290</sup> Vgl.: *Flöhr*, S. 59; *Scheffler* in *ZIS* 2008, 277; *Paeffgen*, S. 239, 241, 243, 253, 256; *Seebode*, S. 155; *Hammecke*, S. 6, 10, 17; *Württemberg* in *JZ* 1952, 545, 548.

<sup>291</sup> *Dreher* in *MDR* 1970, 965-971. Die in diesem Abschnitt folgenden Zitate ohne Angaben stammen aus den benannten Aufsatz, insb. von den S. 967 ff.; krit. dazu: *Paeffgen*, S. 264 ff.

Die soeben dargestellten Annahmen der Rechtsprechung des RG und des BGH bewertet *Dreher*, auch wenn sie bloß „theoretisch generell“ zu verstehen seien, als „falsch“, ja „geradezu absurd“. Denn hierbei werde der Untersuchungshaft nachträglich ein Strafcharakter attestiert, obwohl diese Institution das Ziel, „Strafzwecke zu erreichen“, gar nicht haben könne. Schließlich ergebe sich aus den Haftgründen, dass die Untersuchungshaft nur angeordnet werden dürfe, um „das Verfahren gegen einen verdächtigen, aber bis zu seiner Verurteilung als unschuldig geltenden Bürger zu sichern“. Dies aber habe zur Folge, dass „die U-Haft nichts mit Strafe zu tun hat, ja nichts mit ihr zu tun haben darf“ und dass straftheoretische Aspekte beim Vollzug der Untersuchungshaft keine Rolle spielen dürften.

„Grundgedanke“ der Anrechnungsvorschrift sei daher eine „ganz pragmatische[n] Billigkeitserwägung“. Es gehe allein um den Ausgleich des zur Verfahrenssicherung auferlegten „Übels in Form der Freiheitsentziehung“. Dieses Übel habe der vermutlich unschuldige Untersuchungshäftling „im Interesse der Rechtspflege“ in ähnlicher Weise hinzunehmen „wie ein einer epidemischen Krankheit Verdächtiger die Quarantäne“. Der besagte Ausgleich des Übels finde dann - im Falle der prozessualen Unschuld - durch eine Entschädigung in Geld (vgl. §§ 2 ff. StrEG) und - im Falle des Schuldnachweises bzw. der Verurteilung - durch die Anrechnung (§ 51 I StGB) statt. Hierbei sei zwar das Argument, dass „die Freiheitsentziehung durch U-Haft im groben und rein äußerlich gesehen der Freiheitsentziehung durch Strafe ähnlich sieht“, und der Schuldige sie „subjektiv vielfach als vorweggenommene Strafe empfinden wird“, nicht völlig von der Hand zu weisen. Im Vordergrund müsse bei der Anrechnung jedoch eine andere Erwägung stehen. Gemeint ist der „nachträgliche[n] Ausgleich des im Interesse der Rechtspflege auferlegten Übels“. Zwar werde dadurch nach „einer Art Philosophie des ‘Als ob’ [...] im Grunde Inkommensurables scheinbar kommensurabel“ gemacht. Möchte man aber den Bürger, der bis zu seiner Verurteilung als unschuldig zu gelten hat, nicht benachteiligen, sei diese Gleichsetzung von erlittener Untersuchungshaft und verbüßter Strafe hinzunehmen. Es müsse sogar „die obligatorische Anrechnung der gesamten U-Haft“ gefordert werden.

### 3. Aufopferungstheorie (*Dencker*)

Die Aufopferungstheorie geht auf *Dencker* zurück. In seinem Aufsatz zur „Anrechnung der Untersuchungshaft“<sup>292</sup> nach der „Neufassung durch das 1. StrRG“ bezieht er sich zunächst auf *Dreher*s Idee zur Rechtfertigung der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe.

<sup>292</sup> Dencker in MDR 1971, 627-630. Die in diesem Abschnitt folgenden Zitate ohne Angaben stammen aus den benannten Aufsatz, insb. von den S. 627 f.



*Dencker* hält *Dreher's* Idee von der Anrechnung als „nachträglichen Ausgleich des im Interesse der Rechtspflege auferlegten Übels“ zwar für einen richtigen Ansatz, er bemängelt jedoch dessen Allgemeinheit. Das Problem sieht er darin, dass *Dreher* seine Idee nicht „noch schärfer“ herausgearbeitet, sondern sie „lediglich ganz allgemein als ‘pragmatische Billigkeitserwägung’“ entworfen habe. Da die Allgemeinheit den Wert der Idee für die Auslegung beschränke, setzt *Dencker* bei ihrer Konkretisierung an. Dazu geht er davon aus, dass der Anrechnungsvorschrift ein „ganz konkretes Institut“ zugrunde liege. Weil es bei der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe „um die Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe des Staates in die Rechtsgüter des Einzelnen“ gehe, lasse sie sich nur mit dem allgemeinen Rechtsgeanken der Aufopferung im Sinne der §§ 74, 75 Einleitung zum Pr. ALR beschreiben. Konkret sei § 51 I StGB als „spezialgesetzliche Ausformung“ der in § 75 Einl. ALR normierten Entschädigungspflicht des Staates zu verstehen, die mit der „Entschädigung im Wiederaufnahmeverfahren Freigesprochener“ und der „U-Haft-Entschädigung des Freigesprochenen“ auf einer Stufe stehe. *Dencker* begründet dies mit Art. 6 II EMRK. Schließlich erleide auch „der später Verurteilte die Untersuchungshaft als - vermutlich - Unschuldiger“. Da sich diese Vermutung „nur später als falsch herausstellen“, aber nicht rückwirkend entfallen könne, sei „die U-Haft nicht als vorweggenommene Strafe“ anzusehen. Dabei gibt *Dencker* zu, dass die bei der Anrechnung gewählte „Art der Entschädigung“ zwar „[u]ngewöhnlich“ sei, weil sie „hier einmal nicht in Geld“ bestehe. Dass sich die Entschädigung beim Verurteilten anders darstelle als beim Freigesprochenen sei aber lediglich der „Gleichartigkeit der Eingriffe U-Haft und Strafe in das Recht der Freiheit“ geschuldet. Mit dem „Gedanken der vorweggenommenen Strafe“ habe es nichts zu tun. Lediglich die Aufopferung sei zu entschädigen.

#### 4. Naturalrestitution

Bei der Annahme der Naturalrestitution handelt es sich nicht um eine Theorie im strengen Sinne. Da diese Idee aber öfter von verschiedenen Autoren angesprochen wird, soll sie hier nicht unerwähnt bleiben.

So stellt beispielsweise *Hammecke* in seiner Dissertation zur „Anrechnung der Untersuchungshaft im geltenden Strafrecht und im Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes“ aus dem Jahr 1934 zur Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe neben der „Bereitwilligkeit des Richters zur Anrechnung“ und der „Identität von Tat und Person“ auch auf die „Kommensurabilität von Strafen“ durch die erlittene Untersuchungshaft ab.<sup>293</sup> Die letzte Voraussetzung ent-

---

<sup>293</sup> Hammecke, S. 6-11.

spricht der Idee der Naturalrestitution. Für *Wenzel*<sup>294</sup> folgt die Naturalrestitution aus der Aufopferungstheorie, wobei die Unterscheidung der Entschädigungsregeln des StrEG und des § 51 I StGB im Mittelpunkt steht. Denn anders als bei der „geldwerten Entschädigung des Freigesprochenen“ gehe es bei der Anrechnung gerade um eine Form der „gleichartigen Entschädigung“, wenn „[f]ür die vorangegangene Freiheitsentziehung [...] in gleicher Höhe zukünftige Freiheitsentziehung erlassen“ werde. *Scheffler*<sup>295</sup> nimmt - „[u]nabhängig von jeder theoretischen Einordnung des § 51 StGB“ - Folgendes an: „Die Kompensation erlittener Untersuchungshaft erfolgt doch nur deshalb in Form der Anrechnung, weil die gewissermaßen zufällig mögliche ‘Naturalrestitution’ gegenüber der Geldentschädigung aus auf der Hand liegenden Gründen vorzugswürdig erscheint.“ Den Gedanken der Vorzugswürdigkeit hat neben anderen Autoren auch das BVerfG bejaht.<sup>296</sup>

## 5. Stellungnahme

Die von *Dencker* begründete Aufopferungstheorie wird in der Rechtfertigungsfrage als herrschend angesehen.<sup>297</sup> Begründen lässt sich dies damit, dass die h. M. in der Untersuchungshaft ein „Sonderopfer“<sup>298</sup> sieht, das der Einzelne im Interesse der Allgemeinheit erbringt. Hieraus soll folgen, dass es stets einer Entschädigung bedarf.

Für das BVerfG beruht die Untersuchungshaft „ganz wesentlich“ darauf, dass „dem noch nicht verurteilten Inhaftierten durch den Eingriff in sein grundrechtlich geschütztes Rechtsgut der persönlichen Freiheit ein Sonderopfer auferlegt wird, das unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten so gering wie möglich zu halten ist“.<sup>299</sup> Dem Untersuchungshäftling wird durch die Inhaftierung seine körperliche Bewegungsfreiheit vollständig entzogen.<sup>300</sup> Verfassungsrechtlich betrachtet, handelt es sich somit um die intensivste Form des Freiheitseingriffs. Vom Gesetzgeber ist diese jedoch nicht nur als strafrechtliche Rechtsfolge (vgl. § 38 StGB), sondern auch als Mittel zum Zweck der Verfahrenssicherung gewollt (vgl. §§ 112 ff. StPO). Dies hat zur Folge, dass die Haft den Beschuldigten als Tatverdächtigen, mithin nur vermeintlichen Straftäter, in gleicher Weise trifft, wie den Verurteilten, der die Straftat erwiesenerma-

<sup>294</sup> Wenzel, S. 109; a. A.: Paeffgen, S. 264/265.

<sup>295</sup> Scheffler in ZIS 2008, 277; a. A.: Paeffgen, S. 263 ff.

<sup>296</sup> Wenzel, S. 150, 266/267; Puppe in StV 1986, 394; BVerfG aaO. (Fn. 141); a. A. aber: BGH aaO. (Fn. 155); Paeffgen, S. 263 ff.

<sup>297</sup> Vgl. dazu: MK-Franke § 51 Rn. 1; NK-Kett-Straub § 51 Rn. 2; SK-StGB-Horn/Wolters § 51 Rn. 3; Wenzel, S. 109; Seebode, S. 155; krit. aber: Paeffgen, S. 211 ff.; ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 32.

<sup>298</sup> Meyer-Goßner Vor § 112 Rn. 3; ders. Vor § 1 StrEG Rn. 1; LR-Hilger Vor § 112 Rn. 28, 67; KK-Graf Vor § 112 Rn. 13; Seebode, S. 13, 68, 109, 125, 136 ff., 158, 169, 232, 233, 236, 251; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 34; Montenbruck ZR II Rn. 417; vgl.: BVerfG NJW 1996, 1049, 1050; StV 2006, 73, 79; BGHSt 49, 25, 27; BGHZ 60, 302, 304.

<sup>299</sup> BVerfG StV 2006, 73, 79; StV 1988, 390, 391; so wohl auch Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 34.

<sup>300</sup> Vgl. BVerfGE 29, 312, 316/317; vgl. auch: 94, 166, 198; 105, 239, 248.

ßen begangen hat. Hierin offenbart sich für das BVerfG das Sonderopfer. Nicht umsonst betont es in ständiger Rechtsprechung, dass einem Freiheitsentzug zugunsten der Strafrechtspflege stets der grundrechtlich verbürgte Freiheitsanspruch des als unschuldig geltenden Beschuldigten als Korrektiv entgegen zu halten sei.<sup>301</sup> Wie für *Dreher* und *Dencker* ist also auch für das BVerfG die Unschuldsvermutung rückwirkend nicht widerlegbar.

Schließt man sich nun der dargestellten Sichtweise des BVerfG an, die offensichtlich von der Unschuldsvermutung dominiert wird, ist das mit der Anrechnung auszugleichende Sonderopfer allein in der Freiheitsentziehung zu sehen. Dass sich das BVerfG in der obig erwähnten *Zind*-Entscheidung etwas missverständlich geäußert hat, ändert daran nichts. Die neueren Entscheidungen des *BVerfG*<sup>302</sup>, die hauptsächlich zum Grundsatz der Verfahrenseinheit ergingen, stellen klar, dass es sich bei angerechneter Untersuchungshaft aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht um eine Art vorweggenommener Strafe handeln kann. Die Anrechnung erlittener Untersuchungshaft betreffe vielmehr die „Vollstreckung der Freiheitsstrafe, durch welche die durch Art. 2 II GG verfassungsrechtlich gewährleistete Freiheit der Person stets berührt wird“<sup>303</sup>. Als „objektive für alle Bereiche des Rechts geltende Wertentscheidung“ beeinflusse das Freiheitsgrundrecht deshalb auch „die Auslegung und Anwendung des § 51 I 1 StGB“.<sup>304</sup>

Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Anrechnung somit nur als „gesetzlich geregelte Verschonung vor Freiheitsentziehung“<sup>305</sup>, mithin als Entschädigung für das zuvor erbrachte verfassungsrechtliche Sonderopfer, zu verstehen. Dies erklärt auch, warum das BVerfG mit dem BGH vom Gebot einer möglichst umfassenden Anrechnung<sup>306</sup> ausgeht.

#### IV. Die Bedeutung der Anrechnung für die Strafwirkung der Untersuchungshaft

Zu klären bleibt nun, was die Anrechnungsvorschrift und die Theorien zu ihrer Rechtfertigung für die Strafwirkung der Untersuchungshaft bedeuten können.

##### 1. Bedingte Strafe

Die Untersuchungshaft könnte nach der älteren Rechtsprechung als bedingte Strafe zu betrachten sein.

<sup>301</sup> BVerfGE 20, 45, 49; 20, 144, 147; 35, 185, 190; 53, 152, 158; StV 2006, 73, 76; StV 2006, 81, 84; StV 2006, 87, 88; StV 2008, 198.

<sup>302</sup> Vgl. BVerfG StV 1998, 664 ff.; StV 1999, 546 f.; NStZ 1999, 125 f.; StV 2000, 252 ff.; NStZ 2001, 501.

<sup>303</sup> BVerfG NStZ 1999, 125; StV 1999, 546, 547; vgl. auch: StV 2000, 277, 252, 253; NStZ 2001, 501.

<sup>304</sup> BVerfG StV 1999, 546, 547; StV 2000, 252, 253; NStZ 2000, 277, 278; BVerfGE 10, 302, 322.

<sup>305</sup> BVerfG StV 1998, 664, 665; NStZ 1999, 125; Wenzel, S. 107.

<sup>306</sup> BVerfG NStZ 1999, 125, 126; NStZ 2000, 277, 278 f. jeweils mit Verweis auf BGHSt 43, 112 ff.

Wie eingangs festgestellt (vgl. Kap. 1 II), wird unter bedingter Strafe, ein Zustand verstanden, bei dem ein hinzutretendes Ereignis straftheoretische Wirkungen auslöst. Der Zustand ist die Inhaftierung. Als hinzutretendes Ereignis wurde der Schuldspruch qualifiziert. Geht man nun mit der älteren Rechtsprechung von der „Hypothese von der vorweggenommenen Strafe“ aus, könnte der Bedingungseintritt bei der Anrechnung erfolgt sein. Schließlich setzt die Anrechnung - damals wie heute - stets die Verurteilung und damit den Schuldspruch voraus (vgl. § 51 I 1 StGB). Nach der älteren Rechtsprechung kommt der Untersuchungshaft zwar von vornherein kein Strafcharakter zu; straftheoretische Zwecke werden nicht verfolgt. Wegen des mit der Freiheitsentziehung verbundenen Übelscharakters<sup>307</sup> war der Tatrichter jedoch dazu gehalten, die Untersuchungshaft bei Fällung des Urteils auf etwaige missbilligende, generalpräventiv-abschreckende oder spezialpräventiv-erzieherische Wirkungen zu untersuchen und diese ggf. nachträglich festzustellen. Erst dann konnte angerechnet werden. Hieraus lässt sich - wie von *Württemberg* beschrieben - folgern, dass „manche mit der Strafe verfolgten Zwecke [...] sogar z. T. in der UH, wenn vielleicht zunächst auch ungewollt, realisiert werden“ können.<sup>308</sup> Dass auch das RG und der BGH zur Rechtfertigung ihrer Sichtweise Billigkeitserwägungen heranziehen<sup>309</sup>, kann - trotz *Dreher*s Ausführungen - nicht entgegenstehen. Es zeigt vielmehr, dass die Billigkeitstheorie - wie auch *Dencker* und *Paeffgen* meinen<sup>310</sup> - wegen ihrer an Inhaltslosigkeit grenzenden Allgemeinheit, die über psychologische Nachvollziehbarkeit nicht hinausgeht, nichts taugt. Die Untersuchungshaft lässt sich somit nach der von der älteren Rechtsprechung vertretenen „Hypothese von der vorweggenommenen Strafe“ als bedingte Strafe betrachten, da ihr im Rahmen der Anrechnung explizit straftheoretische Wirkungen zugesprochen werden.

Hierbei ist jedoch zu beachten, dass die bezeichneten Entscheidungen von RG und BGH größtenteils auf der Grundlage von § 60 StGB a. F. ergangen sind. Seit dem *I. StrRG* ist die Anrechnungsvorschrift jedoch als Strafvollstreckungsregel ausgestaltet, so dass der Gedanke der vorweggenommenen Strafe die Anrechnung spätestens seit der gesetzlichen Neuregelung von 1969 nicht mehr trägt. Dass die alte Auffassung von BGH und BVerfG nach dem Inkrafttreten des *I. StrRG* noch vertreten wurde, ändert daran nichts, da die einschlägigen Entscheidungen bereits oben als Einzelfälle qualifiziert worden waren. Die Annahme der vorweggenommenen Strafe ist also überholt. Stellt man auf den Zweck des § 51 I StGB ab, kann die Untersuchungshaft also nicht mehr als bedingte Strafe angesehen werden.

<sup>307</sup> BGH aaO. Fn. 287; zur Literatur: Fn. 49.

<sup>308</sup> *Württemberg* in JZ 1952, 545.

<sup>309</sup> RGSt 3, 264, 265; 38, 182, 183/184; 52, 191, 192; 75, 279, 282; BGHSt 10, 235, 236.

<sup>310</sup> Vgl. *Dencker* in MDR 1971, 627 (aaO. Fn. 292); *Paeffgen*, S. 241.

## 2. Vergleichbarkeit

Aus der Anrechnung müsste jedenfalls aber eine Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe resultieren, da sie sich ansonsten nur schwer oder eventuell sogar - wie *Scheffler* meint - gar nicht begründen ließe: Wer nämlich „grundsätzlich die Ähnlichkeit von Freiheitsstrafe und Untersuchungshaftvollzug leugnet, kommt notwendig auch zur Ablehnung der Anrechenbarkeit.“<sup>311</sup>

### a) Tatsächliche Vergleichbarkeit

Aus der herrschenden Aufopferungstheorie und den Annahmen zur Naturalrestitution ergibt sich, dass Untersuchungshaft und Strafe jedenfalls hinsichtlich der Inhaftierung, mithin der tatsächlichen Ebene des Freiheitsentzugs, miteinander vergleichbar sind.

### b) Rechtliche Vergleichbarkeit

Darüber hinaus könnte eine rechtliche Vergleichbarkeit bestehen. Dies wäre der Fall, wenn sich Untersuchungshaft und Strafe auf rechtlicher Ebene ähneln würden.

Obwohl einer solchen Vergleichbarkeit die verschiedenen Zwecke entgegenstehen, hat *Wenzel*<sup>312</sup> in seiner Dissertation die Vollzugsbedingungen von Untersuchungshaft und Strafe gegenübergestellt und ist im Ergebnis zu einer rechtlichen Vergleichbarkeit gekommen.

Ein Vergleich des UVollzG Bln mit dem StVollzG ist jedoch nur begrenzt möglich. *Wenzel* ist zwar dahingehend Recht zu geben, dass die Vollzugsvorschriften ein höheres Vergleichskriterium eint. Beide Gesetze betreffen die grundrechtlich garantierte Freiheit der Person (Art. 2 II 2, 104 GG), und zwar in der besonders intensiven Weise der Freiheitsentziehung (vgl. Art. 104 II-IV GG). Insoweit steht auch die Rechtsprechung des BVerfG, das die Anrechnung über ihren freiheitsentziehenden Charakter rechtfertigt, nicht entgegen. Da jedoch zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung die vom Gesetzgeber vorgegebenen Zwecke, in denen sich Untersuchungs- und Strafhafte unterscheiden, heranzuziehen sind, muss die rechtliche Vergleichbarkeit der Vollzugsgesetze beim Eingriffscharakter enden. Das BVerfG drückt dies in den Entscheidungen zur überlangen Verfahrensdauer<sup>313</sup> insbesondere dadurch aus, dass es grundsätzlich nicht gerechtfertigt sei, einen Verurteilten bis zum Zeitpunkt der Vollverbüßung der ausgesprochenen Strafe in Untersuchungshaft zu halten. Dem stünde „schon der Resozialisierungszweck der Strafhafte entgegen“. Denn die Anrechnung führe gerade dazu, dass „die im Rahmen des Vollzugs der Strafhafte möglichen Maßnahmen zur Resozialisierung nur in gerin-

<sup>311</sup> Scheffler in ZIS 2008, 277; vgl. aber auch: Fn. 44.

<sup>312</sup> Wenzel, S. 111 ff.

<sup>313</sup> BVerfG StV 2008, 421, 422; ähnlich auch: StV 2011, 31, 33.

gem Ausmaß oder überhaupt keine Wirkung entfalten“. Das BVerfG geht also ganz selbstverständlich davon aus, dass der Strafzweck der positiven Spezialprävention ausschließlich im Strafvollzug zu berücksichtigenden ist. Für die anderen Strafzwecke kann folglich nichts anderes gelten; auch sie sind im Rahmen der Untersuchungshaft nicht intendiert. Eine über den Eingriffscharakter bzw. den Gesetzesvorbehalt der Art. 2 II 3, 104 II-IV GG hinausgehende rechtliche Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe liegt mithin nicht vor.

### 3. Gleichartigkeit

Die in der älteren Rechtsprechung vertretene Ansicht könnte jedoch darauf hindeuten, dass der tatsächliche Übelscharakter der Untersuchungshaft mittelbar zu straftheoretischen Wirkungen führt. In diesem Fall könnten Untersuchungshaft und Strafe im Wege der Anrechnung als gleichartig zu bewerten sein.

So hat nicht nur *Würtenberger* die ungewollte Realisierung der Strafzwecke angesprochen.<sup>314</sup> Auch *Hammecke* meint, dass „die Untersuchungshaft, wenn sie auch formaljuristisch betrachtet, die Strafe selbst nicht sei, im Effekt doch wie eine solche wirke“.<sup>315</sup> Diesbezüglich stimmt er mit *Dreher* überein; auch er konnte straftheoretische Effekte der Freiheitsentziehung nicht völlig ausschließen.<sup>316</sup> *Paeffgen*, der den normativen Unterschied zwischen Strafe und Untersuchungshaft<sup>317</sup> durch die faktische Wirkungsgleichheit<sup>318</sup> beider Haftmaßnahmen als gefährdet ansieht, wähnt in der Anrechnung „[d]ie schönste Bestätigung für das [...] verbreitete Vorurteil, Untersuchungshaft und Strafe seien im Grunde dasselbe (zwischen Beschuldigtem und Verurteiltem bestehe kein Unterschied!)“.<sup>319</sup> Deshalb favorisiert er eine „große[n] Lösung“<sup>320</sup>, bei der jeder Untersuchungshäftling ausnahmslos finanziell zu entschädigen ist. Erst in dieser vom Verfahrensausgang unabhängigen Lösung sieht er eine „deutliche Scheidung zwischen Untersuchungshaft und Strafe“.<sup>321</sup> In eine ähnliche Richtung scheint auch *Hassemers*<sup>322</sup> Kritik an der vom BVerfG genutzten Bezeichnung des Sonderopfers zu gehen. Letztes treffe die „Sache nicht im Kern“, da es auch nicht verdächtigen Personen, wie Zeugen, auferlegt werden könne. Die Untersuchungshaft aber sei abhängig vom Tatverdacht, was den Beschuldigten zwar „nicht ‘ein bisschen schuldig’“ mache, ihn aber „unter strafrechtlichen Gesichtspunkten in einer ganz anderen Position“ erscheinen lasse „als ein[en] unver-

<sup>314</sup> Würtenberger in JZ 1952, 545 (vgl. Fn. 308).

<sup>315</sup> Hammecke, S. 20/21.

<sup>316</sup> Dreher in MDR 1970, 967/968 (vgl. Fn. 291).

<sup>317</sup> Vgl. dazu: Paeffgen, S. 118, 133/134, 200, 235, 243, 265, 266/267, 271/272.

<sup>318</sup> Vgl. dazu: Paeffgen, S. 235, 263, 265, 265/266, 266, 276; ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 32.

<sup>319</sup> Paeffgen, S. 267.

<sup>320</sup> Paeffgen, S. 263 ff., 273.

<sup>321</sup> Paeffgen, S. 267.

<sup>322</sup> Hassemer in StV 1984, 40; differenzierter: Paeffgen, S. 211 ff., 223; ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 32.

dächtige[n] Dritten“. Es spricht also Vieles dafür, dass Strafeffekte mittelbar aus der Inhaftierung resultieren können. Eine Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe ist jedoch schon aus dem Grund nicht gegeben, dass Strafeffekte, so ungewollt sie auch sein mögen, bei der Anrechnung gemäß § 51 I 1 StGB nicht (mehr) berücksichtigt werden dürfen.

#### **4. Fazit**

Es liegt keine bedingte Strafe und keine rechtliche Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe vor. Wegen der Freiheitsentziehung wurde aber eine tatsächliche Vergleichbarkeit bejaht. Teile der Literatur sehen hieraus Strafeffekte erwachsen, nehmen also nicht intendierte, nur mittelbar verwirklichte Strafzwecke an. Eine Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe ergibt sich aus der Anrechnung dennoch nicht, weil die Strafzwecke - selbst, wenn sie existieren sollten - bei der Rechtfertigung der Anrechnung aus formalen Gründen keine Rolle spielen dürfen.

#### **V. Zusammenfassung und Ergebnis**

Die Analyse des Anrechnungstatbestandes hat ergeben, dass die Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe vor dem *1. StrRG* vom 25.06.1969 fakultativ durch gerichtliche Anordnung erfolgte. Der heutige Gesetzgeber hat sie als obligatorisch vorgesehen. Dieser historische Wandel spiegelt sich auch in der Änderung des rechtlichen Charakters der Norm von der Strafzumessungs- zur Strafvollstreckungsregel wider. Durch den Grundsatz der Verfahrenseinheit und die Einschränkung der Nichtanrechnungsklausel des § 51 I 2 StGB haben Rechtsprechung und Gesetzgebung die Anrechnung immer weiter ausgedehnt. In der Literatur fordern beachtliche Stimmen sogar die ausnahmslose Vollanrechnung. Die eingangs formulierte These, wonach die regelmäßig erfolgende Anrechnung für einen Strafcharakter, eine irgendwie geartete Vergleichbarkeit oder Gleichartigkeit von Untersuchungshaft und Strafe sprechen könnte, ließ sich mit Hilfe der ambivalenten Tatbestandsmerkmale des § 51 I StGB jedoch weder bestätigen noch ablehnen.

Zur Rechtfertigung der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe gemäß § 51 I StGB wurde neben der Billigkeitstheorie, die für die Auslegung keinen Wert hatte, hauptsächlich die auf der Annahme des Sonderopfers basierende Aufopferungstheorie vertreten. Die Anrechnung war demnach allein als Entschädigung für die Freiheitsentziehung zu verstehen. Die letzte stellt das für die Anrechnung notwendige *tertium comparationis* dar. Somit liegt eine tatsächliche Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe vor. Dass die rechtliche Vergleichbarkeit, die sich aus den Art. 2 II 2, 104 GG ergibt, beim Eingriffscharakter endet, ist dem normativen Argument, mithin der strengen Trennung strafrechtlicher Rechtsfolgen nach

dem gesetzgeberischen Zweck, geschuldet (vgl. Kap. 1 I 1). Für den spezialpräventiven Zweck der Resozialisierung hat das BVerfG dies auch ausdrücklich betont (vgl. IV 2 b). Die Untersuchungshaft *soll* also auch im Fall der Anrechnung keine Strafe *sein*. Nur so ist die Ausgestaltung als Strafvollstreckungsregel zu verstehen. Schließlich führt erst sie dazu, dass die Untersuchungshaft weder als bedingte Strafe, noch als der Strafe gleichartig betrachtet werden kann. Dass straftheoretische Wirkungen und Effekte die Anrechnung von Untersuchungshaft nicht mehr rechtfertigen können sollen, sagt aber über ihre Existenz nichts aus. Immerhin wurde schon in der Analyse der Tatbestandsmerkmale des § 51 I StGB eine subjektive Strafartigkeit der Untersuchungshaft angenommen, die der Gesetzgeber nicht verhindern kann (vgl. I 8). Sie folgt daraus, dass der Beschuldigte die bloße Freiheitsentziehung subjektiv bereits als Strafe empfindet<sup>323</sup>.

Im Ergebnis können also nicht alle aus der Untersuchungshaft resultierenden Strafeffekte restlos vom Gesetzgeber ausgeschlossen werden. Die Möglichkeit, die Untersuchungshaft als bedingte Strafe zu betrachten, wurde von der neueren Gesetzgebung und Rechtsprechung zwar erschwert, aber nicht vollständig versperrt. Es erscheint nach alledem sogar vorstellbar, dass das normative Argument durch Tatsachen entwertet werden könnte.

---

<sup>323</sup> Ebenso: Dreher in MDR 1970, 968 (aaO. Fn. 291); Wenzel, S. 112 ff., 131; vgl. auch: Seebode, S. 154/155, 185; Flöhr aaO. (Fn. 221).



## Drittes Kapitel

### Untersuchungshaft und prozessuale Strafeffekte

#### I. Die Probleme im Zusammenhang mit der gesetzlichen Haftregelung

Fraglich ist, ob sich die im vorgehenden Kapitel angedeuteten Strafeffekte, also die ungewollten, bloß latent straftheoretischen Wirkungen, in den §§ 112 ff. StPO nachweisen lassen.

Dafür könnte sprechen, dass - trotz des normativen Arguments - eine gewisse Stigmatisierung, Diskriminierung und Missbilligung des Untersuchungshäftlings jedenfalls in der Öffentlichkeit nicht ausbleiben wird. Schließlich ist mit dem „dringenden Tatverdacht“ (§ 112 I 1 StPO) schon bei der Inhaftierung im Vorverfahren der Bezug zur Tat bewahrt. Da überdies in der Öffentlichkeit kaum zwischen Tatverdacht und Schuldspruch unterschieden wird,<sup>324</sup> könnte in der Bevölkerung der Anschein erweckt werden, dass mit der Untersuchungshaft die Strafe der Tat auf dem Fuße folgt. Dieses Problem könnte sich noch verstärken, wenn die Trennung von Verdachts- und Schuldannahmen auch durch die staatlichen Organe nicht sauber eingehalten werden würde. Weiterhin ist es möglich, in die Haftgründe strafrechtlich-präventive Zwecke hineinzulesen. Dies könnte Anlass zu der Vermutung geben, dass der Gesetzgeber selbst bei der Regelung der Untersuchungshaft nicht völlig frei von straftheoretischen Erwägungen gewesen ist.

Vorliegend sollen das Eingangsmerkmal des „dringenden Tatverdachts“ (§ 112 I 1 StPO), die Merkmale der Verhältnismäßigkeitskontrolle, die „Bedeutung der Sache“ und die „zu erwartende Strafe“ (§ 112 I 2 StPO) und die einzelnen Haftgründe (§§ 112 II Nr. 1-3, III, 112a StPO) auf straftheoretische Effekte überprüft werden.

#### II. Die missbilligende Wirkung von Tatverdacht und Untersuchungshaft

Der Tatverdacht wird in der StPO an mehreren Stellen erwähnt; je nach Verfahrensstand knüpft das Gesetz an unterschiedliche Verfahrensgrade an (vgl. z. B. §§ 152 II, 160 I, 170 I, 203 StPO). Obwohl es sich beim Verdacht um einen zentralen Begriff des Strafverfahrens<sup>325</sup> handelt, findet sich keine gesetzliche Definition. In Rechtsprechung und Literatur wird der Verdacht einer Straftat als Wahrscheinlichkeitsurteil über ein gesetzlich missbilligtes Verhalten charakterisiert.<sup>326</sup> Ausgangspunkt für dieses Urteil können - wie *Kühne* zu Recht betont<sup>327</sup>

<sup>324</sup> Vgl.: Paeffgen, S. 55/56; Kühl UV, S. 25; Lindner in AöR 2008, 246/247, 249, 253, 259; Jung, S. 67; Geppert in Jura 1991, 269; vgl. auch: Bohnert, S. 242 ff.; Forschner in Brandt, S. 380; Kühne Rn. 317.

<sup>325</sup> Volk StPO § 8 Rn. 3; Bach in Jura 2007, 12; bei der U-Haft: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 33.

<sup>326</sup> Vgl.: BVerfG NStZ 2002, 606; BGHSt 38, 276, 278; Kühne Rn. 314 ff., 324; Huber in JuS 2008, 21/22; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 35; Bohnert, S. 243; Eisenberg/Conen in NJW 1998, 2243/2244.

<sup>327</sup> Kühne Rn. 336 bzw. 340 mit Verweis auf LG Frankfurt StV 2009, 477 bzw. BVerfG NJW 1992, 551/552.

- nur Tatsachen sein. Diese müssen aus der Sicht der konkreten Ermittlungsperson die Begehung einer Straftat signalisieren. Beim Tatverdacht handelt es sich somit um eine atypische Tatbestandsvoraussetzung, bei der schon die Annahme einer Wahrscheinlichkeit die Rechtsfolge auslösen kann.

Sofern die Verdachtsannahme nach § 112 I StPO die freiheitsentziehende Maßnahme der Untersuchungshaft zur Folge hat, könnte sie den Beschuldigten strafähnlich belasten. Dies wäre dann der Fall, wenn letzter in der Öffentlichkeit bereits derartig diskriminiert erscheinen würde, dass seine Behandlung im Vorverfahren mit der sozialetischen Missbilligung, die dem Schuldspruch innewohnt, zu vergleichen wäre.

### **1. Die gesetzliche Voraussetzung des dringenden Tatverdachts (§ 112 I 1 StPO)**

Die Missbilligungswirkung hängt zunächst davon ab, was das Tatbestandsmerkmal des „dringenden Tatverdachts“ dem Gesetz nach voraussetzt.

Beim „dringenden Tatverdacht“ gemäß § 112 I 1 StPO handelt es sich um ein flexibles Eingangsmerkmal, das die Anordnung (§ 114 StPO), Vollstreckung (§§ 114a-115a, 36 II 1 StPO) und Vollziehung (§ 119 StPO i. V. m. dem UVollzG Bln) der Untersuchungshaft und den mit ihr einhergehenden Freiheitseingriff zugleich legitimiert und limitiert (vgl. Art. 2 II 2, 104 GG). Unumstritten ist dabei, dass der dringende Tatverdacht in § 112 I 1 StPO den höchsten Wahrscheinlichkeitsgrad der StPO<sup>328</sup>, nämlich die große<sup>329</sup> Wahrscheinlichkeit, verlangt. Unklar ist jedoch, ob sich diese auf die retrospektive Prognose der Tatbegehung oder die - in dogmatischer Hinsicht von ihr zu unterscheidende - prospektive Prognose der Verurteilung bezieht.<sup>330</sup>

#### **a) Die große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung**

Der wohl h. M. genügt für den dringenden Tatverdacht die große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung durch den Beschuldigten. Exemplarisch hierfür ist immer noch die viel zitierte Formulierung des BGH aus dem Jahr 1979:

„‘Dringender ‚Tatverdacht‘ verlangt nicht die Prognose, daß eine Verurteilung wahrscheinlich ist, es genügt vielmehr, wenn aufgrund des bisherigen Untersuchungsergebnisses in seiner Gesamtheit die Wahrscheinlichkeit groß ist, daß der Verfolgte sich schuldig gemacht hat.“<sup>331</sup>

<sup>328</sup> Ausführlich dazu: Kühne Rn. 328 ff., 337; vgl. auch: Bach in Jura 2007, 13; Volk StPO § 8 Rn. 3, § 9 Rn. 7.

<sup>329</sup> BGH StV 2008, 84; BGHSt 38, 276, 283; Pfeiffer/BGH in NSTz 1981, 94; Herrmann Rn. 582; KK-Graf § 112 Rn. 3; OLG Hamm StV 2001, 115; vgl. auch: Geppert in Jura 1991, 269.

<sup>330</sup> Vgl. dazu: Deckers in StV 2001, 116; LR-Hilger § 112 Rn. 17; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 5, 9a; Bach in Jura 2007, 13.

<sup>331</sup> Pfeiffer/BGH in NSTz 1981, 94; ihm folgend z. B.: OLG Hamm StV 2001, 115; Beulke Rn. 114, 210; Volk StPO § 8 Rn. 3; Meyer-Goßner § 112 Rn. 5; Huber in JuS 2008, 22; Herrmann Rn. 582; KK-Graf § 112 Rn. 3; MünchHaffnen/Gatzweiler Rn. 116, 117; im Ergebnis wohl auch SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 6.

Dem Zitat ist zu entnehmen, dass der dringende Tatverdacht die große Wahrscheinlichkeit der Verurteilung - jedenfalls bei objektiver Betrachtung - nicht erfordert. Teilweise wird jedoch eine subjektive Perspektive inkludiert und zusätzlich vorausgesetzt, dass die Verurteilung im konkreten Fall mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet wird oder zumindest möglich erscheint.<sup>332</sup>

Eine missbilligende Wirkung könnte sich bereits aus dem Wahrscheinlichkeitsurteil über die Tatbegehung ergeben. Denn schon die Bezeichnung als retrospektive Prognose verrät, dass ihm stets die Begehung einer Straftat in der Realität vorausgeht. So betrachtet, knüpft die Untersuchungshaft an das gleiche Geschehen an wie die Straftatbestände des StGB, nämlich an die bereits begangene Straftat<sup>333</sup>. Wie bereits erwähnt, liegt also im Zeitpunkt des § 112 I 1 StPO die materiell-rechtliche Strafbedingung schon vor (vgl. Kap. 1 II 3). Für die Missbilligungswirkung fehlt es jedoch an der prozessualen Strafbedingung des Schuldspruchs.

#### **b) Die große Wahrscheinlichkeit der Verurteilung**

Die prozessuale Strafbedingung könnte aber auch im dringenden Tatverdacht enthalten sein. Dies wiederum setzt voraus, dass man die große Wahrscheinlichkeit mit einer umfassenden Ansicht der Literatur<sup>334</sup> auch auf die prospektive Prognose bezieht. Dieser Ansicht zufolge muss im Rahmen des dringenden Tatverdachts nicht nur die große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung, sondern auch die große Verurteilungswahrscheinlichkeit bestehen. Hier geht es aber nicht darum, ob die Verurteilung aus der Sicht der konkreten Ermittlungsperson mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet wird, sondern vielmehr um die verobjektivierte und daher überprüfbare Sichtweise der Verurteilung, die die h. M. gerade nicht zu verlangen scheint.

Aus der Bezeichnung als prospektive Prognose folgt zwar, dass der Schuldspruch im Zeitpunkt des § 112 I 1 StPO noch nicht eingetreten ist. Versteht man das Wahrscheinlichkeitsurteil über ein zukünftiges Ereignis aber als antizipierende Schuldannahme, könnte bereits der prospektiven Prognose eine Missbilligung des Untersuchungshäftlings inhärent sein.

Hierfür ist jedoch zunächst zu klären, ob der zweiten Meinung überhaupt dahingehend gefolgt werden kann, dass der dringende Tatverdacht in § 112 I 1 StPO nicht nur ein Wahrscheinlichkeitsurteil über die Tatbegehung, sondern auch über die Verurteilung verlangt.

<sup>332</sup> Deckers in StV 2001, 116; LR-Hilger § 112 Rn. 17; Meyer-Goßner § 112 Rn. 5; KK-Graf § 112 Rn. 3; Kindhäuser StPR § 9 Rn. 7 (m. w. N.); Wiesneth Rn. 133; Hermann Rn. 584; OLG Hamm StV 2001, 115; MünchKollZ/VerfGE 113, 348, 370; 19, 342, 350.

<sup>333</sup> Vgl. auch: BVerfGE 113, 348, 370; 19, 342, 350.

<sup>334</sup> Kühne Rn. 336; Bach in Jura 2003, 13/14; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 5, 6, 9, 9b; ders., S. 56, 183 ff.; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 34 ff. mit Verweis auf BGHSt 38, 276, 278.

Neben dem dogmatischen Argument, dass die Annahme einer verobjektivierten großen Verurteilungswahrscheinlichkeit den Anwendungsbereich des § 112 I 1 StPO einschränke und damit gerade dem Schutzzweck des dringenden Tatverdachts entspreche<sup>335</sup>, ist die zweite Ansicht auch deshalb von Vorteil, weil sie an beide Prognoseurteile denselben Maßstab anlegt. Dies spielt insbesondere vor dem Hintergrund eine Rolle, dass die Differenzierung zwischen Tatbegehungs- und der Verurteilungswahrscheinlichkeit nicht leicht fällt. So machen sich auch die Vertreter beider Ansichten ähnliche Aussagen des BGH zunutze. *Münchhalffen/Gatzweiler*<sup>336</sup>, die die objektive Verurteilungswahrscheinlichkeit ablehnen, ziehen beispielsweise die Formulierung des BGH zum dringenden Tatverdacht aus StV 2008, 84 heran:

„Ein solcher [ein dringender Tatverdacht im Sinne von § 112 I 1 StPO] ist nur gegeben, wenn den ermittelten Tatsachen entnommen werden kann, daß sich der Besch. mit großer Wahrscheinlichkeit der ihm angelasteten Taten schuldig gemacht hat; bloße Vermutungen genügen dagegen nicht.“

*Meinen*<sup>337</sup> hingegen, der die objektive Verurteilungswahrscheinlichkeit bejaht, stärkt seine Position mit BGHSt 38, 276, 278. In dem Beschluss über die Verwendbarkeit von Akten und Erkenntnissen des Ministeriums für Staatssicherheit der DDR im Strafverfahren aus dem Jahr 1992 heißt es:

„Hierfür [für die Annahme des dringenden Tatverdachts] genügt es nicht, daß für die Täterschaft des die Tat bestreitenden Beschuldigten eine gewisse Wahrscheinlichkeit besteht. Es müssen vielmehr gerichtsverwertbare Beweise vorhanden sein, durch die der Beschuldigte mit großer Wahrscheinlichkeit überführt werden kann.“

Entgegen der Ansicht von *Münchhalffen/Gatzweiler* und *Meinen* scheint es dem BGH in den beiden angeführten Stellen aber in erster Linie gerade nicht um die Unterscheidung von Tatbegehungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit, sondern vielmehr um die Abgrenzung des dringenden Tatverdachts zu den bloßen Vorermittlungen<sup>338</sup> und damit um die Anforderungen an die im konkreten Fall zugrunde liegenden bestimmten Tatsachen zu gehen. Die angeführten Textstellen tragen daher kaum zur Entscheidung bei.

Die h. M. wird von der Rechtsprechung allerdings durch andere Entscheidungen sehr deutlich unterstützt. So betont der BGH, dass erst die Durchführung der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung eine Grundlage dafür darstellen kann, „ob sich eine für eine Verurteilung ausreichende richterliche Überzeugung“ bilden lässt.<sup>339</sup> Auch für das BVerfG ist die „Feststellung eines Tatverdachts [...] etwas substantiell anderes als eine Schuldfeststellung oder -

<sup>335</sup> Vgl. dazu: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 33, 35-39; Eisenberg/Conen in NJW 1998, 2243; BVerfG aaO. (Fn. 20).

<sup>336</sup> Münchhalffen/Gatzweiler aaO. (Fn. 331, 332).

<sup>337</sup> Meinen aaO. (Fn. 334).

<sup>338</sup> Vgl. dazu: Kühne Rn. 314, 320 ff., 371 ff.; Volk StPO § 8 Rn. 6.

<sup>339</sup> BGH Beschl. v. 19.6.2010, Az.: AK 3/10 Rn. 54; vgl. auch: LG Berlin StV 1999, 322/323.

zuweisung“. Dies ergibt sich aus der Unschuldsvermutung „als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips“. <sup>340</sup> Sie fordere, dass dem Beschuldigten die Begehung einer Straftat nicht von staatlicher Seite aus vorgeworfen werde, bevor ihm sein Verhalten als tatbestandsmäßiges, rechtswidriges und schuldhaftes in rechtsstaatlicher Weise, also nach den geltenden Regeln des Strafprozessrechts, nachgewiesen wurde. Es gilt der Grundsatz Legitimation durch Prozeduralität <sup>341</sup>. Deshalb sei die „verfahrensbezogene[n] Bewertung von Verdachtslagen“ zwar „für die Durchführung eines an rechtsstaatlichen Grundsätzen orientierten Strafverfahrens unerlässlich“; sie müsse aber stets von der Feststellung der Schuld unterschieden werden, da dieser erst die Durchführung der Hauptverhandlung dienen könne. <sup>342</sup>

Beim dringenden Tatverdacht kann schon deshalb nichts anderes gelten, weil die Ermittlungen zu diesem Zeitpunkt regelmäßig noch am Anfang stehen. Dies ergibt sich nicht nur aus der systematischen Stellung des § 112 StPO in der Verfahrensordnung, sondern auch aus dem Telos der Untersuchungshaft, das Strafverfahren zu schützen. Da der Haftbefehl demnach schon in einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens (vgl. §§ 158-177 StPO) angeordnet werden können muss, kann dringender Tatverdacht - im Gegensatz zum hinreichenden Tatverdacht (vgl. §§ 170 I, 203 StPO) - auch vor dem Abschluss der Ermittlungen bejaht werden. Die Rechtsprechung lässt - zu Ermittlungsbeginn - (noch) unsichere Tatsachen <sup>343</sup> und einzelne starke Indizien <sup>344</sup> genügen, letztere auch dann, wenn die Indizienkette noch nicht geschlossen ist. Dies hat wiederum zur Folge, dass die Tatsachengrundlage, von der die konkrete Ermittlungsperson auf das strafbare Ereignis schließt, beim dringenden Tatverdacht naturgemäß relativ dünn ist. Der zur Entscheidung berufene Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt wird hier daher - ebenso wie beim Anfangsverdacht des § 152 II StPO - auf seine kriminalistische Erfahrung <sup>345</sup>, allgemeine Erfahrungssätze <sup>346</sup> und eventuell auch auf Alltagstheorien <sup>347</sup> angewiesen sein. <sup>348</sup> Für das BVerfG und den BGH <sup>349</sup> folgt daraus, dass es von Person zu Person - „gerade im vorbereitenden Verfahren“ - „unterschiedlich beurteilt werden kann, ob bestimmte Tatsachen einen Verdacht begründen“. Die Gerichte räumen der zuständigen Ermittlungsper-

<sup>340</sup> BVerfGE 82, 106, 119; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 6, 45; krit.: Mahrenholz BVerfGE 82, 122 ff.

<sup>341</sup> Vgl. dazu: Burchardt, S. 274 ff., 284 ff.; Karácsony in ARSP 2001, 97 ff.

<sup>342</sup> BVerfGE 82, 106, 115; vgl.: BVerfGE 19, 342, 347/348; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 6, 38, 52; Müller, S. 38, 111.

<sup>343</sup> Vgl.: OLG Brandenburg StV 1996, 157; OLG Karlsruhe StV 2004, 325; krit. dazu: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 50 ff.

<sup>344</sup> Vgl.: OLG Celle StV 1986, 392; OLG Köln StV 1999, 157; LG Berlin StV 1999, 322/323; krit. dazu: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 43 ff.

<sup>345</sup> BGHSt 41, 30, 33; Meyer-Goßner § 152 Rn. 4; ausführlicher: Huber in JuS 2008, 21/22.

<sup>346</sup> Kühne Rn. 328 ff., 335; ausführlich hierzu: Müller, S. 72 ff.

<sup>347</sup> Vgl. dazu: Abenhausen in Jung, S. 160/161; Hassemmer in FS-Eser, S. 115, 123 ff.; Cornel in KrimJ 2004, S. 11, 21 ff.; Bohnert, S. 176.

<sup>348</sup> Vgl. auch: Bach in Jura 2007, 14; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 33; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 8.

<sup>349</sup> BVerfG MDR 1984, 284; BGHSt 41, 30, 33.

son bei der Tatverdachtsannahme deshalb einen Beurteilungsspielraum ein, der die justizielle Überprüfbarkeit auf eine Willkürkontrolle beschränkt.<sup>350</sup> Mit anderen Worten: Beim dringenden Tatverdacht handelt es sich um ein dynamisches Merkmal, das von keinem konkreten strafprozessualen Ereignis abhängt, sondern lediglich das jeweilige Ermittlungsergebnis oszilliert.<sup>351</sup> Der immanenten Irrtumsmöglichkeit<sup>352</sup> begegnet § 112 I 1 StPO damit, dass er dem verlangten Tatverdacht - zum Schutz des Betroffenen - das Adjektiv „dringend“ voranstellt und dadurch den höchsten Verdachtsgrad der StPO verlangt. Auf eine verobjektivierbare Verurteilungswahrscheinlichkeit kann es dem Gesetzgeber zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht angekommen sein.

### c) Fazit

Somit ist festzustellen, dass der Verfahrensausgang zum Zeitpunkt der Haftanordnung oft noch nicht absehbar ist. Der dringende Tatverdacht des § 112 I 1 StPO kann sich daher zwar auf die große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung, nicht aber auf diejenige der Verurteilung beziehen. Letzte ist dem hinreichenden Tatverdacht vorbehalten (vgl. §§ 170 I, 203 StPO). Eine Antizipation der prozessualen Strafbedingung, die sich möglicherweise aus der verobjektivierten prospektiven Prognose ergeben hätte, ist folglich ausgeschlossen. Nach § 112 I 1 StPO ist der Voraussetzung des dringenden Tatverdachts eine schuldSpruchähnliche Missbilligung des Betroffenen also nicht inhärent.

## 2. Die Annahme des dringenden Tatverdachts durch die Strafverfolgungsorgane

Der Gesetzgeber liefert mit StGB und StPO allerdings lediglich die normativen Vorgaben zur Behandlung des komplexen Tatgeschehens. Es sind aber die Strafverfolgungsorgane, die den Tatverdacht im konkreten Fall annehmen. Eine Inkulpatation des Beschuldigten könnte sich daher aus ihren Annahmen ergeben. Dazu müssten sie jedoch nicht nur auf den materiellrechtlichen Aspekt der bereits begangenen Straftat zurückblicken, sondern auch den noch ausstehenden prozessrechtlichen Schuld nachweis in gewisser Weise vorwegnehmen.

<sup>350</sup> BVerfG MDR 1984, 284; BVerfG NSStZ 2002, 206/207; BGHSt 41, 30, 31, 33/34; 37, 48, 52; 33, 217, 222; OLG Düsseldorf StV 2008, 511; krit. dazu: Kühne Rn. 340; Eisenberg/Conen in NJW 1998, 2241 ff., 2248 f.; BVerfG StV 1991, 290; Bach in Jura 2007, 14/15.

<sup>351</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 33; vgl. auch: MünchKfR/Gatzweiler Rn. 118; Kindhäuser StPR § 9 Rn. 8.

<sup>352</sup> Vgl. dazu: Paeffgen, S. 56, 194; Forscher in Brandt, S. 379; Bach in Jura 2007, 14; Müller, S. 77; Schmitt in JZ 1965, 195; Bohnert, S. 128.

### a) Die apokryphen Haftgründe

Die apokryphen Haftgründe könnten, sofern sie eine antizipierte Schuldannahme enthalten, eine schuldSpruchähnliche Missbilligung des Untersuchungshäftlings hervorrufen.

Bei „apokryphen“ Haftgründen<sup>353</sup> handelt es sich um die wahren, aber geheim bleibenden Absichten der Strafverfolgungsorgane. Sie liegen vor, wenn die Untersuchungshaft zu übergesetzlichen, von der Verfahrenssicherung abstrahierenden, strafenden Zwecken angeordnet wird. Um den Anschein der Rechts- und Verfassungsmäßigkeit zu wahren, schieben die Strafverfolgungsbehörden im Haftbefehl dann die Zwecke der §§ 112 II Nr. 1-3, III, 112a StPO vor.

Wird die Verurteilung des Beschuldigten bei der Anordnung der Untersuchungshaft lediglich in Betracht gezogenen, ist regelmäßig kein Rechtsverstoß gegeben (vgl. II 1 a). Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Untersuchungshaft eine antizipierte Schuldannahme inneohnt und sie deshalb unmittelbar zu strafenden Zwecken angeordnet wird.

In diesem Zusammenhang erweist sich als problematisch, dass Annahmen der Ermittlungspersonen über einen Verstoß gegen materiell-rechtliche Vorgaben im Rahmen des dringenden Tatverdachts vom Gesetzgeber gewollt sind. Denn es liegt in der Natur der Sache, dass die konkreten Ermittlungspersonen, sobald sie Kenntnis von der Begehung einer Straftat erlangt haben, den vermeintlichen Straftäter möglichst schnell überführt und bestraft sehen wollen. *Paeffgen* formuliert diesen Gedanken folgendermaßen: „[W]enn der Tatverdacht gleichsam das agens ist, das die Ermittlungs- und Verfahrensmaßnahmen in Gang hält, so tut er das nur auf die (ja gleichfalls bestehende) Möglichkeit des verurteilenden Verfahrensausgangs hin.“<sup>354</sup> Dies gilt umso mehr, bedenkt man den hohen Wahrscheinlichkeitsgrad, den § 112 I 1 StPO verlangt. Es muss daher in Betracht gezogen werden, dass die Strafverfolgungsorgane bei der Anordnung der Untersuchungshaft ihre Kompetenzen überschreiten, um einen verurteilenden Verfahrensausgang zu unterstützen. Dies wäre der Fall, wenn - trotz des frühen Verfahrenszeitpunkts und der daraus resultierenden dünnen Tatsachengrundlage - bestimmte Tatsachen im Haftbefehl festgeschrieben werden würden, um so auf einen verurteilenden Verfahrensausgang hinzuwirken. Eine andere Möglichkeit besteht darin, die begehrte Haftstrafe mit der Untersuchungshaft quasi vorwegzunehmen.

---

<sup>353</sup> Vgl. dazu: Eisenberg/Tóth in GA 1993, 302; MünchKollKommBGB/Rn. 248; Schlothauer/Weider Rn. 14, 20, 661 ff.; Gebauer, S. 28/29, 357 ff. 367; Eidam in HRRS 5/2008, 241 ff.; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 21 ff.; Herrmann Rn. 638 ff.

<sup>354</sup> Paeffgen, S. 55/56; vgl. auch: ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 26.

In der Literatur deuten vor allem die Annahmen kritischer Autoren, die eine restriktivere Handhabung der Untersuchungshaft empfehlen,<sup>355</sup> in diese Richtung. Beispielsweise *Eidam*<sup>356</sup> spricht von einem „erhöhten Missbrauchsrisiko“. *Hilger*<sup>357</sup> betont, dass die „Weichen eines Strafverfahrens in der Regel schon im Ermittlungsverfahren gestellt“ und „durch Erlass und Vollzug eines Haftbefehls“ besonders geprägt werden. Laut *Dahs*<sup>358</sup> sei dies der Fall, weil die Frage der Verurteilung im Ermittlungsverfahren nur schwer eingeschätzt und oft nicht behandelt werden könne. Daher ist er der Meinung, dass das Strafverfolgungsinteresse der Behörden den Antrag auf Erlass eines Haftbefehls dominiere. Dies habe wiederum zur Folge, dass im Rahmen des dringenden Tatverdachts bestimmte Tatsachen bis zur Hauptverhandlung festgeschrieben werden und eventuell sogar ihren Ausgang beeinflussen. Die Zementierung des dringenden Tatverdachts wirke dann präjudizierend. Dieses den Beschuldigten belastende Phänomen wird von mehreren Autoren treffend durch den Ausspruch „U-Haft schafft Rechtskraft“<sup>359</sup> kritisiert.

Auch empirische Untersuchungen (vgl. § 476 StPO) lassen teilweise auf apokryphe Haftzwecke mit strafendem Inhalt schließen.<sup>360</sup> So hält es beispielsweise *Abenhausen*<sup>361</sup>, der eine Korrelation von Kriminalitätsentwicklung und Untersuchungshaft annimmt, nach der Auswertung der Polizeilichen Kriminalstatistik und der Strafverfolgungs- bzw. Strafvollzugsstatistik für möglich, dass die Untersuchungshaft infolge der gesetzgeberischen Einschränkung der kurzen Freiheitsstrafe durch das 1. StrRG (vgl. § 47 StGB), „den Charakter einer Komplementärhaft zur Strafhaft“ übernimmt: Es sei nicht auszuschließen, dass ein „restriktiver Einsatz der kurzen Freiheitsstrafe durch eine großzügigere Anordnung von Untersuchungshaft ‘ausgeglichen’ wurde“. Diese These wird in ihrer Nachweisbarkeit zwar von *Wenzel*<sup>362</sup> bezweifelt; über die Ausweitung der Institution der Anrechnung kommt letzter jedoch zu einem ähnlichen Ergebnis. Er nimmt an, dass sich „durch die überwiegende Anrechnung von Untersuchungshaft“ gerade die Anzahl der Personen vergrößere, „die maximal sechs Monate inhaf-

<sup>355</sup> Vgl. z. B.: LR-Hilger Vor § 112 Rn. 16 ff., 19, 48, 69; Dahs HB Rn. 331; Schlothauer/Weider Rn. 6 ff.; MünchKStZ/Gatzweiler Rn. 2 ff.; Eisenberg/Tóth in GA 1993, 293 ff.; Dünkel in NK 4/1994, 20 ff.; ders. StV 1994, 610 ff.; Wenzel, S. 56/57, 88, 89, 342/343; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 1 ff., 10 ff.

<sup>356</sup> *Eidam* in HRRS 05/2008, 243.

<sup>357</sup> LR-Hilger Vor § 112 Rn. 47a.

<sup>358</sup> Dahs in AnwBl 1983, 418, 419/420; ders. HB Rn. 338.

<sup>359</sup> Schlothauer/Weider Rn. 13; *Eidam* in HRRS 5/2008, 243; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 10, 31, § 112 Rn. 21d; Herrmann Rn. 658; vgl. auch: Eisenberg/Tóth in GA 1993, 302 ff.; Walter in MschrKrim 1978, 345; Dahs in AnwBl 1983, 418, 419; Deckers in AnwBl 1983, 420, 422; Stuckenberg, S. 541; Seeboode in StV 1994, 88; Wenzel, S. 57; Klug, S. 441; Hassemmer in StV 1984, 39; krit. aber: Gebauer, S. 164.

<sup>360</sup> Vgl. dazu: Gebauer, S. 357 (Tab. 87), 364 (Tab. 89); Eisenberg/Tóth in GA 1993, 302 ff.; Dünkel in NK 4/1994, 20 ff.; ders. in StV 1994, 610 ff.; Dünkel in FS-Burgstaller, S. 481; indiziell für die präjudizielle Wirkung der Untersuchungshaft auch: Heinz, S. 104 (Schaubild 46), S. 106 (Schaubild 47); Kalmthout/Knapen/Morgenstern, S. 403/404 (Figure 5, Table 10).

<sup>361</sup> *Abenhausen* in Jung, S. 108 ff., 112, 114, 160, 190.

<sup>362</sup> Wenzel, S. 59/60; vgl. aber auch: S. 73, 90, 127, 234, 318/319, 343.



tiert sind“. „Haftstrafen von über 6 Monaten“ würden infolge der Anrechnung „faktisch zu einer vollstreckbaren Reststrafe von unter 6 Monaten, also zu einer kurzen Freiheitsstrafe i. S. v. § 47 StGB“ werden. Ein Indiz für einen repressiven, mithin strafenden, Charakter sieht *Wenzel*<sup>363</sup> darin, dass die angerechnete Untersuchungshaft nicht nur im Gesetz (vgl. §§ 57 IV, 57a I Nr. 1, II, 66 IV 2 St GB), sondern auch in der richterlichen Praxis, „in einer Reihe von Fällen“, als „verbüßt“ bezeichnet wurde.

Der apokryphe Gedanke, dass die Untersuchungshaft wie eine der Tat auf dem Fuße folgende Strafe, also als „short sharp shock“<sup>364</sup>, genutzt werden kann, hat nicht zuletzt durch *Reusch*,<sup>365</sup> vor allem in dem vom Erziehungsgedanken geprägten Jugendstrafrecht, über die Fachliteratur hinaus einige Popularität erlangt. Wenn man den Tatverdacht - wie obig beschrieben<sup>366</sup> - als treibende Kraft des Strafverfahrens betrachtet und bedenkt, dass die Strafe jedenfalls materiell-rechtlich bereits mit Tat verwirkt ist, sind ähnliche Intentionen allerdings auch im Erwachsenenrecht nicht von der Hand zu weisen. Die Antizipation des Verfahrensausgangs<sup>367</sup> scheint bei der Anordnung der Untersuchungshaft gegenüber einem erwachsenen Beschuldigten daher ebenso ihre Berechtigung zu haben wie die Nutzung der strafprozessualen Maßnahme zur Erzeugung eines „Geständnisdrucks“<sup>368</sup>, zum Bewährungseinstieg<sup>369</sup>, als „Instrument der Krisenintervention“<sup>370</sup> und als „vorweggenommene Strafe“<sup>371</sup>.

*Eidam*<sup>372</sup> erklärt diese Praxis, bei der der Strafprozess „chronologisch umgedreht“ werde, mit dem kriminalpolitischen Bedürfnis nach möglichst schneller, konsensorientierter Verfahrensbeendigung und effizienter Bestrafung. Hierbei lasse man den (vermeintlichen) Delinquenten schon durch die zu Beginn des Strafprozesses angeordnete „repressive ‘Untersuchungsstrafhaft’“ büßen. Da „das über den Daumen gepeilte[s] Strafmaß schon abgegolten ist, wenn der eigentliche Strafprozess beginnt, sei es möglich, das Verfahren aufgrund von Opportunitätsvorschriften einzustellen oder - im „härteste[n] Fall“ - „ein mildes und zugleich schnelles Urteil“ auszudealen und den Delinquenten aus der Haft zu entlassen.

<sup>363</sup> Wenzel, S. 49, vgl. aber auch: S. 17, 19, 81, 131, 136.

<sup>364</sup> Dünkel/Scheel/Schäpler in ZJJ 2003, 131; Bussmann/England in ZJJ 2004, 282; Wenzel, S. 76, 89, 322/323; Abenhausen in Jung, S. 169; vgl. auch: Dünkel in FS-Burgstaller, S. 483, 492.

<sup>365</sup> Reusch in Spiegel 19/2007, S. 44/45.

<sup>366</sup> Paeffgen aaO. (Fn. 354).

<sup>367</sup> Vgl.: Stuckenberg, S. 544 ff.; 562 ff.; ders. ZStW 1999; 459.

<sup>368</sup> Gebauer, S. 363; vgl. auch: BGH StV 2004, 636, 638; StV 2007, 619, 620; Hassemer in StV 1984, 39; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 10, 10b, 31, § 112 Rn. 21d; Seebode, S. 66; Herrmann Rn. 641, 642 mit Verweis auf LG Bad Kreuznach StV 1993, 629 ff.; Schlothauer/Weider Rn. 665.

<sup>369</sup> Vgl. dazu: Wenzel, S. 49, 89, 131, 134/135, 234 ff., 322, 343; Abenhausen in Jung, S. 169.

<sup>370</sup> Dünkel in StV 1994, 612; Seebode, S. 71; Herrmann Rn. 646; Gebauer, S. 381; Abenhausen in Jung, S. 169; Schlothauer/Weider Rn. 677 ff.; Hassemer in StV 1984, 39, 42.

<sup>371</sup> Wenzel, S. 49, 130 ff.; vgl. auch: Schlothauer/Weider Rn. 681 ff.; Herrmann Rn. 650 ff.; Gebauer, S. 363; Geppert in Jura 1991, 269; im Ergebnis auch: Eidam in HRRS 5/2008, 241 ff.; Heinz, Kalmthout/Knapen/Morgenstern aaO. (Fn. 360).

<sup>372</sup> Eidam in HRRS 5/2008, 241, 243/244

Ein Nachweis der pönalen, übergesetzlichen Intentionen wird naturgemäß jedoch schwer zu erbringen sein. Denn es ist nicht zu erwarten, dass viele für den Erlass des Haftbefehls zuständige Staatsanwälte und Richter (vgl. §§ 114, 125, 126 StPO) dem Beispiel von Staatsanwalt *Roman Reusch* folgen werden, der im *Spiegel* vom 07.05.2007 offenherzig über seine „extensive Handhabung der Haftgründe“ sprach.<sup>373</sup>

Nach all dem spricht zwar Vieles dafür, dass die Strafverfolgungsorgane teilweise - entgegen dem gesetzgeberischen Willen - bereits den Schuldspruch antizipieren und eine repressive, missbilligende Nutzung der Untersuchungshaft erstreben. Da dies bei der Haftanordnung in der Regel aber nicht erkennbar sein wird, können die apokryphen Haftgründe nicht zum Nachweis für eine missbilligende Wirkung des dringenden Tatverdachts herangezogen werden.

## **b) Die behördliche Vorprüfung**

Für eine Missbilligungswirkung des dringenden Tatverdachts sind solche übergesetzlichen Intentionen jedoch nicht zwingend notwendig. Auch eine lediglich in Betracht gezogene Verurteilung könnte hierfür genügen, wenn die Annahmen der Strafverfolgungsorgane deshalb als behördliche Vorprüfung vor der gerichtlichen zu verstehen wären.

Dafür spricht zunächst, dass es - anders als BVerfG und BGH meinen<sup>374</sup> - im konkreten Fall nicht leicht sein wird, zwischen dem Tatverdacht und der Verurteilungswahrscheinlichkeit zu unterscheiden.<sup>375</sup> Denn die Strafverfolgungsorgane befinden sich hier in einem Zwiespalt. Einerseits sollen sie den Sachverhalt unter der Berücksichtigung möglichst aller be- und entlastenden Umstände erforschen (§ 160 I, II StPO), also Fakten sammeln. Andererseits sollen sie aber bereits im Rahmen des dringenden Tatverdachts Annahmen zu möglicherweise bestehenden Verfahrenshindernissen<sup>376</sup> machen. Teilweise wird sogar vertreten, dass der dringende Tatverdacht auch dann entfalle, wenn bestimmten Tatsachen kein für die Hauptverhandlung ausreichender Beweischarakter (mehr) zugesprochen wird.<sup>377</sup> Da den Strafverfolgungsorganen somit auch die Aufgabe zukommt, Fakten zu bewerten, kann vom Gesetzgeber nicht verhindert werden, dass sie auch die Entscheidung über die Schuld, die dem Gericht in der Hauptsache vorbehalten sein soll,<sup>378</sup> jedenfalls in subjektiver Weise vorwegnehmen.

<sup>373</sup> Reusch aaO. (Fn. 365); vgl. dazu: Eidam in HRRS 5/2008, 241 ff.

<sup>374</sup> Vgl. dazu: BVerfG; BGH aaO. (Fn. 339 ff.).

<sup>375</sup> So auch Volk in ZStW 1992, 841.

<sup>376</sup> BGH StraFo 2009, 27; OLG München wistra 2002, 34, 35; OLG Dresden StV 2001, 519; vgl. dazu: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 36, 37; Paeffgen, S. 56.

<sup>377</sup> OLG Koblenz StV 2002, 313, 314; OLG Frankfurt/M StV 1985, 331; vgl. dazu: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 38; Paeffgen, S. 56; ders. SK-StPO § 112 Rn. 6.

<sup>378</sup> BGH aaO. (Fn. 339); BVerfG (Fn. 342).

*Kühne* und *Graf* gehen sogar davon aus, dass die Tatverdachtsannahme der Ermittlungspersonen der Sachverhaltswürdigung des Gerichts zum Zwecke der Urteilsfindung (vgl. § 261 StPO) ähnlich sei.<sup>379</sup> Auch *Meinen*<sup>380</sup> räumt eine gewisse Ähnlichkeit ein. Er will die Annahme des dringenden Tatverdachts letztlich aber von der Beweiswürdigung in der Hauptverhandlung unterschieden sehen. Der dringende Tatverdacht sei „kein quantitatives Minus zur richterlichen Überzeugung“, sondern „ein durch die verfahrensrechtlich bedingte geringere Erkenntnismöglichkeit des Haftrichters normativ vermitteltes qualitatives Aliud“. Letzteres kennzeichne sich dadurch, dass die Anforderungen an den Beweisgrad gesenkt seien. Dies aber reiche aus, um die Beweiswürdigung des Haftrichters nicht an § 261 StPO zu messen. Schließlich finde im Rahmen des dringenden Tatverdachts grundsätzlich nur eine summarische Prüfung des Akteninhalts statt. Für § 261 StPO fehle es damit am Unmittelbarkeitskriterium. Mit *Meinens* Ansicht stimmt zunächst auch *Paeffgen*<sup>381</sup> überein. Er meint einerseits, dass die Annahme eines rein objektiven Verdachtsmaßes, das dem objektiven Beweismaß entspreche, sich nicht zwingend aus dem Gesetz ergäbe, „da eine ‘freie richterliche Verdachtswürdigung’ nicht positiviert“ sei. Andererseits dränge sich aber „die Parallele zur ‘freien Beweiswürdigung’“ auf, „zumal die Grundkonstellation die gleiche“ sei und sich „durch die Vorläufigkeit des Datenmaterials das diskretionäre Element noch“ verstärke. Dass dies nicht von der Hand zu weisen ist, ergibt sich auch aus *Seebodes*<sup>382</sup> Ansicht, wonach dem Richter in Haftsachen mehr Freiheit gewährt werde, „als er nach § 261 StPO bei der Beweiswürdigung hat, aber weniger Gewißheit, daß seine Würdigung von Bestand ist“.

Eine gewisse Sicherheit kann das Wahrscheinlichkeitsurteil des dringenden Tatverdachts aber dadurch beanspruchen, dass auch in den §§ 112 ff. StPO eine prozedurale Entscheidungsfindung vorgegeben ist. Die Verdachtsgenese stellt sich folgendermaßen dar: Die Staatsanwaltschaft erlangt durch eine Anzeige oder auf andere Weise - in der Regel über ihre Ermittlungsbeamten oder die Polizei - Kenntnis von einer potenziellen Straftat (vgl. §§ 160, 163 I StPO). Gelangt die Staatsanwaltschaft innerhalb ihrer Ermittlungstätigkeit zu der Annahme des dringenden Tatverdachts und bejaht die weiteren Voraussetzungen der §§ 112, 112a StPO, kann sie den Erlass des Haftbefehls beim zuständigen Ermittlungsrichter beantragen (vgl. § 125 I StPO). Stimmt der Richter dann mit der rechtlichen Würdigung des vermeintlichen Tatgeschehens durch Staatsanwaltschaft und Polizei überein, wird er die Untersuchungshaft per Haftbefehl anordnen (vgl. § 114 StPO). Der dringende Tatverdacht stellt sich

<sup>379</sup> Kühne Rn. 327; KK-Graf § 112 Rn. 8.

<sup>380</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen Rn. 40 ff., 45, 54.

<sup>381</sup> Paeffgen, S. 193/194.

<sup>382</sup> Seebode in StV 1994, 87.

somit als eine durch wechselseitige Überprüfung gekennzeichnete Annahme und damit als qualifizierte rechtliche Würdigung der zuständigen Staatsorgane dar.

Wenn man nun bedenkt, dass das gesamte Strafverfahren immer mit dem Ziel der Verurteilung oder Freisprechung des Beschuldigten geführt wird<sup>383</sup>, lässt sich die Ähnlichkeit der Sachverhaltswürdigung im Vorverfahren mit derjenigen des Hauptverfahrens - jedenfalls im Hinblick auf die Vorstellungen der im konkreten Fall zuständigen natürlichen Person - wohl kaum leugnen. So betrachtet, kann es auch nicht verwundern, dass die konkreten Ermittlungspersonen, die bereits von der Tatbegehung nahezu überzeugt sind, sich auch in dem frühen Verfahrensstadium stets schon Gedanken über den Ausgang des Strafverfahrens machen. Es ist daher anzunehmen, dass sie die Verurteilung und den Schuldspruch des Betroffenen zumindest in Erwägung ziehen.

### c) **Fazit**

Letztendlich ist zu konstatieren, dass die konkreten Ermittlungspersonen jedenfalls zum Zeitpunkt des Haftbefehlserlasses - wenn auch nicht mit großer Wahrscheinlichkeit - von der Verurteilung ausgehen. Die Annahme des dringenden Tatverdachts beinhaltet neben den intendierten Angaben zur materiell-rechtlichen Strafbedingung der Tatbegehung latent stets auch Vorstellungen über den Schuldnachweis im bevorstehenden Strafverfahren. Somit steht auch die prozessuale Strafbedingung jedenfalls im Raum. Eine strafähnliche, sozialetische Missbilligung des dringend Tatverdächtigen in der Rechtsgemeinschaft kann die Verdachtsannahme jedoch nur erzeugen, wenn ihr Außenwirkung zukommt.

### **3. Die fehlende Außenwirkung der Verdachtsannahme**

Fraglich ist also, ob es sich bei der behördlichen Annahme des dringenden Tatverdachts um eine bloß staatlich-interne oder eine in der Außenwelt erkennbare Rechtsauffassung handelt. Einer Rechtsauffassung kommt Außenwirkung zu, wenn sie durch eine Handlung der Staatsorgane in die Öffentlichkeit transportiert wird. Dies ist beim Schuldspruch, der in der Hauptverhandlung verkündet und begründet werden soll (vgl. §§ 260 I, 268 StPO, § 169 S. 1 GVG), stets der Fall. Bei der Verdachtsannahme ist eine solche Verkündung aber gerade nicht vorgesehen, so dass es an der missbilligenden Außenwirkung fehlen dürfte.

Allerdings ist auch eine ungewollte, von der Verkündung unabhängige Außenwirkung denkbar. In der Literatur wird teilweise die Auffassung vertreten, dass bereits das Ermittlungsverfahren und die Verdachtsannahme, in die Grundrechte aus Art. 2 I i. V. m. 1 I GG

---

<sup>383</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 35; Kindhäuser StPR § 14 Rn. 2; ähnlich Paeffgen aaO. (Fn. 354).

eingreifen und den Beschuldigten dadurch strafähnlich belasten können.<sup>384</sup> Für eine missbilligende Außenwirkung der Verdachtsannahme lässt sich auch *Kühls* Habilitationsschrift zur Unschuldsvermutung von 1983 anführen. Dort wurde herausgearbeitet, dass „die Strafe auch ein in der sozialen Umwelt wirkendes Phänomen ist“<sup>385</sup>. Dem hat *Jung* in seinem Essay „Was ist Strafe?“ aus dem Jahr 2002 zugestimmt. Seiner Meinung nach beinhaltet das Strafmerkmal der „Wirkung auf den Betroffenen“<sup>386</sup> auch die sozialen Reflexe eines strafrechtlichen Vorgehens<sup>387</sup>. Diesen sog. „kommunikativen Effekt einer Reaktion“ könne der Gesetzgeber „nicht so ohne weiteres steuern“,<sup>388</sup> weshalb eine gewisse „moral censure“ - gemeint sind „Tadel und damit auch Stigma“<sup>389</sup> - nicht auf die vom Gesetzgeber als Strafe definierten Sanktionen zu beschränken sei.<sup>390</sup> *Jung* zufolge wirken deshalb bereits die strafverfahrensrechtlichen Eingriffe und das Strafverfahren selbst stets stigmatisierend - das sei es ja gerade, worauf die Einstellung gemäß § 153a StPO beruhe: auf informeller Sanktionierung.<sup>391</sup>

Darauf, dass die Verdachtsannahme bereits eine missbilligende Außenwirkung auslöst, könnte auch hindeuten, dass der Gesetzgeber den sog. Freispruch zweiter Klasse<sup>392</sup> aufgrund seiner Makelwirkung durch das EG OWiG von 1968<sup>393</sup> jedenfalls offiziell abgeschafft hat. Ursprünglich war dieser indirekt in der Vorschrift zur Kostenübernahme bei nicht verurteilendem Verfahrensausgang geregelt (vgl. § 467 II 2 StPO a. F.<sup>394</sup>). Abweichend von dem heute geltenden Grundsatz, dass die Staatskasse bei einem Freispruch stets auch die notwendigen Auslagen des Angeschuldigten zu tragen hat (vgl. § 467 I, III StPO), sollten diese Auslagen nach früherem Recht dem letzten überbürdet werden können, wenn seine Schuld nicht nachgewiesen werden konnte, er also - nur - aus Mangel an Beweisen<sup>395</sup> freizusprechen war. Aus der Sicht der Strafverfolgungsorgane handelt es sich bei einem solchen Freispruch lediglich um nicht bewiesene Strafbarkeit und damit um ein „Abfallprodukt“<sup>396</sup>. Der Freigesprochene ist hierbei gerade nicht unschuldig, sondern bloß nicht nachweislich strafbar. Seine Unschuld

<sup>384</sup> So jedenfalls: Eisenberg/Conen in NJW 1998, 2241/2242; Lindner in AöR 2008, 245 ff.; Bach in Jura 2007, 15; Kühl UV, S. 20 ff.; Jung, S. 19, 60 ff.; Paeffgen, S. 55/56; Freund in GA 1995, 12, 16, 18.

<sup>385</sup> Kühl UV, S. 15.

<sup>386</sup> Jung, S. 22.

<sup>387</sup> Vgl. dazu: Jung, S. 14/15, 16, 31/32, 35 ff., 74.

<sup>388</sup> Jung, S. 51.

<sup>389</sup> Jung, S. 19; ders. in EuGRZ 1996, 370.

<sup>390</sup> Jung, S. 30, 35, 45/46, 50, 78; vgl. auch: Montenbruck ZR II Rn. 415 ff.

<sup>391</sup> Jung, S. 61 ff., 66/67.

<sup>392</sup> Stuckenberg, S. 124; ders. in ZStW 1999, 433, 438; ders., S. 123 ff.; Vogler in ZStW 1970, 774/775; ders. in ZStW 1977, 784 ff.; Kühl UV, S. 5, 42, 125 ff.; vgl. auch: Walter, S. 64; Montenbruck Idpr, S. 35.

<sup>393</sup> BGBI. I, 503; vgl. auch: BT-Drs. 6/1512, S. 2; LR-Hilger § 467 Entstehungsgeschichte mit Verweis auf BT-Drs. 5/2600, 5/2601, S. 19.

<sup>394</sup> Vgl. 3. StrÄndG v. 4.8.1953 Art. 4 Nr. 50 (BGBI. 1953 I, 735 ff., 748).

<sup>395</sup> Vgl. dazu: Meyer-Goßner § 260 Rn. 17; Grabenwarter § 24 Rn. 124; Kühne Rn. 996; Stuckenberg in ZStW 1999, 433; ders., S. 124; Vogler in ZStW 1970, 774/775; Heghmanns/Scheffler-Matthies IX Rn. 133; vgl. auch: Walter, S. 61 ff.; Montenbruck Idpr, S. 70/71; Schulz in GA 2001, 238.

<sup>396</sup> Montenbruck Idpr, S. 52.

wird zwar vermutet (vgl. Art. 6 II EMRK); der Tatrichter ist aber weder in der Beweisaufnahme noch in der Urteilsbegründung zum Beweis der tatsächlichen Unschuld verpflichtet (vgl. §§ 244 II, 267 V 2 StPO).<sup>397</sup> Für den Angeklagten hat dies wiederum zur Folge, dass ihm mit diesem Freispruch stets auch die Möglichkeit genommen ist, „sich vollständig vom Tatverdacht zu reinigen“.<sup>398</sup> Aus diesem Grund wird ein Freispruch zweiter Klasse den Betroffenen kaum entlasten - das Gegenteil ist der Fall! *Walter* formuliert dies treffend: „[E]twas bleibt ja immer hängen“.<sup>399</sup> In diesem Fall ist es der nicht beseitigte Verdacht. Durch ihn bleibt der Vorwurf, eine Straftat begangen zu haben, als sittlicher „Makel“<sup>400</sup> bestehen. Der beschriebene Freispruch wirkt deshalb - wie *Montenbruck* es ausdrückt - nicht „*pro reo*“, sondern gerade „*contra reum*“.<sup>401</sup> *Kühl* spricht sogar von einer „‘lebenslangen’ Belastung“<sup>402</sup>. Aus der fortbestehenden Verdachtsannahme resultiert also im Falle des Freispruchs zweiter Klasse eine sozialetische Missbilligung, die den Bürger in strafähnlicher Weise öffentlich diskriminiert. Diese Wirkung der Verdachtsannahme hat der Gesetzgeber durch die Neuregelung der Kostenvorschrift auch anerkannt.

Gegen eine missbilligende Außenwirkung der Verdachtsannahme spricht im Fall der Untersuchungshaft jedoch, dass das Urteil noch aussteht, und es sich somit nicht - wie bei der Kostenentscheidung im Rahmen des Freispruchs zweiter Klasse - um eine endgültige, unwiderlegbare Beurteilung des Sachverhalts handelt. Der dringende Tatverdacht nach § 112 I 1 StPO ist daher vielmehr wie der Anfangsverdacht (vgl. § 152 II StPO) zu bewerten. Letzter wird von der h. M.<sup>403</sup> als Prozesshandlung zur Vorbereitung der gerichtlichen Entscheidung in der Hauptverhandlung qualifiziert. Dies muss auch für den dringenden Tatverdacht gelten, soweit es allein um seine Annahme geht. Schließlich kann diese, obwohl sie den höchsten Wahrscheinlichkeitsgrad der StPO verlangt, vom Beschuldigten nicht angefochten werden. Bei der bloßen Annahme des dringenden Tatverdachts handelt es sich also zunächst lediglich um ein staatliches Internum.

#### 4. Die Externalisierung der staatlich-internen Verdachtsannahme

Ein anderes Ergebnis kommt in Betracht, wenn die Untersuchungshaft auf der Grundlage des angenommenen dringenden Tatverdachts angeordnet (§ 114 StPO), vollstreckt (§§ 114a,-

<sup>397</sup> Vgl. auch: BVerfGE 25, 327, 331 f.

<sup>398</sup> Paeffgen, S. 240; vgl. auch: Murmann in GA 2004, 78; Stuckenberg, S. 124; ders. in ZStW 1999, 457.

<sup>399</sup> *Walter*, S. 43; vgl. auch: Bohnert, S. 186 ff., 188.

<sup>400</sup> Stuckenberg, S. 124, 538; ders. in ZStW 1999, 457 ff.; Lindner in AöR 2008, 246/247, 253; *Kühl UV*, S. 24, 28, 35, 45, 46, 77; *Montenbruck ZR II Rn.* 415.

<sup>401</sup> *Montenbruck Idpr*, S. 62, 90, 189; vgl. auch: Stuckenberg, S. 552.

<sup>402</sup> *Kühl UV*, S. 28.

<sup>403</sup> Vgl.: BVerfG MDR 1984, 284; Lindner in AöR 2008, 248 ff.; ausführlich: Heghmanns/Scheffler-Jahn I Rn. 153 ff.; krit.: Eisenberg/Conen in NJW 1998, 2244, 2247; Jung, S. 19, 22, 50 ff., 66 ff.

115a, 36 II 1 StPO) und vollzogen (§ 119 StPO i. V. m. dem UVollzG Bln) wird. Eine öffentliche Diskriminierung könnte in diesem Fall dadurch verursacht werden, dass die staatlich-interne Verdachtsannahme durch die Untersuchungshaft nach außen gelangt und ihre Makelwirkung gegenüber dem Beschuldigen - ähnlich wie beim Freispruch zweiter Klasse - entfaltet.

Ausgehend von Art. 20 GG kann als Öffentlichkeit grundsätzlich nur das Volk, mithin die Gemeinschaft der wahlberechtigten Bürger, verstanden werden, deren Meinung im demokratischen Rechtsstaat von erheblicher Bedeutung ist. Wer im konkreten Fall von der Untersuchungshaft Kenntnis erlangt, hängt allerdings von der Person des Betroffenen und der vorgeworfenen Straftat ab. Während bei prominenten Persönlichkeiten (wie z. B. kürzlich im Fall *Kachelmann*) oder bei Vorwürfen von besonderem öffentlichen Interesse (wie z. B. bei dem Verdacht einer Straftat mit terroristischem Hintergrund, vgl. §§ 129a, 129b, 89a StGB) über die Pressemitteilungen der Staatsanwaltschaft und die weitergehende Medienberichterstattung ein unbestimmter Personenkreis vom Tatverdacht bzw. der Untersuchungshaft erfährt, werden im Normalfall nur Angehörige oder Vertrauenspersonen durch den Beschuldigten benachrichtigt (vgl. § 114 b II 1 Nr. 6 StPO). Die Missbilligungswirkung, die mit dem Vorwurf einer Straftat und der Brandmarkung des Verdächtigen als „Krimineller“ einhergeht, ist somit differenziert zu betrachten.<sup>404</sup>

Dass das Strafverfahren bei der Untersuchungshaft oftmals noch nicht abgeschlossen ist, steht der beschriebenen Makelwirkung nicht entgegen. Denn, wenn die Verdachtsannahme den Betroffenen im Falle des Freispruchs bemakeln kann, muss dies erst recht für die Fälle mit (noch) offenem Verfahrensausgang gelten. Dafür spricht auch, dass dem Beschuldigten gegen die Zwangsmaßnahme der Untersuchungshaft - unabhängig vom Verfahrensausgang - Haftprüfung (§ 117 I StPO) und Haftbeschwerde (§§ 304 I, 310 StPO) zustehen. Diese Rechtsbehelfe dienen nach allgemeiner Meinung zwar in erster Linie dazu, die Rechtfertigung des Freiheitsentzugs zu überprüfen.<sup>405</sup> Inzident wird hierbei aber auch die Verdachtsannahme, also der Auslöser der möglichen Missbilligung, einer gerichtlichen (Willkür-)Kontrolle<sup>406</sup> unterzogen. Dass auch der nicht vollzogene Haftbefehl - allerdings nur nach § 304 I StPO<sup>407</sup> - überprüfbar ist, lässt die Annahme zu, dass das behördliche Tatverdachtsurteil schon mit dem Erlass des Haftbefehls in die Öffentlichkeit transportiert werden könnte. Im Folgenden kommt es daher vorrangig auf die Externalisierung des Tatverdachts an.

<sup>404</sup> Vgl. zum labeling approach z. B.: Kaiser § 32 Rn. 9, 13, 14; Eisenberg § 8 Rn. 1 ff. (zur Theorie); Prein/Seus in Schumann, S. 145 ff.; Prein/Schumann in Schumann, S. 181 ff. (zur Verifikation).

<sup>405</sup> Vgl.: BVerfG StV 1992, 235; MünchKollf/Rn. 383 f., 403; Haberstroh in NSTZ 1984, 290.

<sup>406</sup> Vgl. BVerfG; BGH aaO. (Fn. 350).

<sup>407</sup> Vgl.: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 175, 176; Meyer-Goßner § 310 Rn. 7.

### a) Der Erlass des Haftbefehls (§ 114 StPO)

Fraglich ist, ob die Verdachtannahme bereits mit dem Erlass des Haftbefehls in die Öffentlichkeit gelangt und den Beschuldigten dadurch wie eine Strafe diskriminiert.

Normativ betrachtet, stellt der dringende Tatverdacht nur die flexible Eingangsvoraussetzung der Zwangsmaßnahme dar (vgl. § 112 I 1 StPO). Als solche sollte er auch im Haftbefehl, der die Vollstreckung und den Vollzug der Untersuchungshaft rechtfertigt, bezeichnet werden (vgl. § 114 I, II Nr. 2, Nr. 4, 1. Alt. StPO). § 114 StPO dient in erster Linie der inhaltlichen Kontrolle des staatsanwaltschaftlichen Haftbefehlsantrags durch den Haftrichter (vgl. auch Art. 104 III 2 GG).<sup>408</sup> Seine Entscheidung soll wiederum durch die oberen Gerichte geprüft werden können (vgl. insb. §§ 121, 122 ff. StPO). Demnach dürfte dem Erlass des Haftbefehls grundsätzlich keine Außen- bzw. Öffentlichkeitswirksamkeit zukommen.

Zu beachten ist allerdings auch, dass die Schriftform nicht nur die Kontrollierbarkeit des Haftbefehls ermöglicht. Es wird vielmehr auch die bisher nur in der Vorstellung der Strafverfolgungsbehörden existierende Tatbegehung externalisiert. Dies ist wohl auch der Grund dafür, warum der Erlass des Haftbefehls, wenn die Öffentlichkeit, wie z. B. im Fall *Polanski* im September 2009, aus der Presse von ihm erfährt, wohl kaum in der vom Gesetzgeber vorgegebenen Weise verstanden wird. Stattdessen erscheint die Annahme des dringenden Tatverdachts im Haftbefehl gerade nicht (mehr) als bloß eventuelles Tatgeschehen oder als vorläufige Erkenntnis zum Tathergang.

Aller Erfahrung nach wird ein von den Strafverfolgungsbehörden bejahter Tatverdacht in der Öffentlichkeit anders beurteilt als z. B. eine Anzeige, in der ein Bürger der Polizei oder der Staatsanwaltschaft ein vermeintliches Tatgeschehen mitteilt, das noch zur Überprüfung aussteht (vgl. § 160 I StPO). Verglichen damit stellt sich der schriftlich fixierte, dringende Tatverdacht - aus Sicht der Öffentlichkeit - vielmehr als verfestigte Annahme, als Vor-Urteil über den Beschuldigten, dar. Schließlich werden im Haftbefehl der Beschuldigte, die Tat, derer er dringend verdächtig ist, der Haftgrund und die zugrunde liegenden Tatsachen schriftlich aufgeführt (vgl. § 114 I, II StPO). Der dringende Tatverdacht erscheint dadurch als offizielle Äußerung der Strafverfolgungsorgane, die zugleich die Einigkeit von Polizei, Staatsanwaltschaft und Ermittlungsrichter darüber demonstriert, dass eine bestimmte Person mit hoher Wahrscheinlichkeit jedenfalls Täter oder Teilnehmer einer Straftat ist. Bei einem so lautenden Wahrscheinlichkeitsurteil der dafür zuständigen staatlichen Stellen ist der im Raum stehende Missbilligungscharakter nur schwer zu leugnen.

---

<sup>408</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 141 ff.; Meyer-Goßner § 114 Rn. 4; vgl. auch: Wiesneth Rn. 143.



Versteht man den Haftbefehl also als schriftliche Bestätigung der öffentlichen Organe über ein gesetzlich missbilligtes Verhalten, also als Manifestation des dringenden Tatverdachts, muss man folglich auch davon ausgehen, dass er, sobald er in die Öffentlichkeit gelangt, ähnliche Negativreaktionen hervorruft wie die Strafe. Der Beschuldigte ist dann bereits vor dem ordentlichen Schuldspruch gebrandmarkt, stigmatisiert, bemakelt.

#### **b) Die Vollstreckung und Vollziehung des Haftbefehls (§§ 114a ff., 119 StPO)**

Die negativen Folgen in der Öffentlichkeit könnten sich noch verstärken, wenn der gegenüber dem Verdächtigen angeordnete Haftbefehl vollstreckt und vollzogen wird (§§ 114a ff., 119 StPO). Die wäre dann der Fall, wenn die Untersuchungshaft infolge des Freiheitsentzugs öffentlich als eine der Freiheitsstrafe gleichwertige Sanktion aufgefasst werden würde.

Die Vollstreckung des Haftbefehls ist die Verhaftung des Beschuldigten durch die Staatsanwaltschaft (§ 36 II 1 StPO). Auch hierbei kann sich die letzte ihrer Ermittlungsbeamten und der Polizei bedienen. Das Vollstreckungsverfahren nach den §§ 114a-115a StPO wurde durch das am 01.01.2010 in Kraft getretene Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts geklärt und zugunsten des Beschuldigten ausgebaut.<sup>409</sup> Nach der Vorführung und Vernehmung des Beschuldigten (vgl. §§ 115, 115a, 126 StPO) hat der zuständige Richter über die Aufrechterhaltung und den Vollzug des Haftbefehls zu entscheiden (vgl. §§ 120, 116 StPO). Wird der Haftbefehl gegenüber dem Festgenommenen vollzogen, bedeutet dies seine Unterbringung in einer Haftanstalt nach § 119 StPO i. V. m. UVollzG Bln. Durch die Vollstreckung und Vollziehung des Haftbefehls, also die Festnahme und Inhaftierung, wird der Beschuldigte somit vor der Verurteilung, aber nach der (vermeintlichen) Tatbegehung aus dem öffentlichen Leben herausgezogen. Das Faktum des Freiheitsentzugs wird die vom dringenden Tatverdacht ausgehende strafähnliche Diskriminierungswirkung im Fall des bereits bekannten Haftbefehls also noch verstärken.

Im Normalfall, in dem der Haftbefehlserlass nicht zuvor in den Medien thematisiert wurde (vgl. II 4), wird der Tatverdacht erst durch die Vollstreckung und die Vollziehung des Haftbefehls bekannt. Sofern die Verhaftung nicht zufällig unter Beobachtung von Nachbarn oder anderen Personen stattfindet, wird die Diskriminierungswirkung dann zunächst in der Reaktion der benachrichtigten Angehörigen und Vertrauenspersonen bestehen. Weiterhin hängt sie davon ab, wie diese mit der Situation umgehen und ob z. B. Arbeitgeber, Vermieter oder weitere Personen und Institutionen über die Untersuchungshaft informiert werden (müssen).

---

<sup>409</sup> Vgl. hierzu: BT-Drs. 16/11644; Kindhäuser StPR § 9 Rn. 45-50; krit.: Paeffgen in GA 2009, 450 ff.

Der Freiheitsentzug veranlasst auch *Kühl*<sup>410</sup> dazu, von einer „Strafähnlichkeit der Untersuchungshaft“ zu sprechen. Ihm zufolge komme die strafprozessuale Zwangsmaßnahme „in ihren Wirkungen auf die körperliche Bewegungsfreiheit den Wirkungen der Freiheitsstrafe nahezu gleich“. Es fehle ihr aber am spezifischen, die Strafe auszeichnenden Übelscharakter, da sie „vom Gesetzgeber nicht mit einer sozialetischen Missbilligung verbunden“ sei. An anderer Stelle schreibt *Kühl*<sup>411</sup> dann, dass bereits „vorsichtige, distanzierte Verdachtserörterungen“ allemal zur „gesellschaftlichen Vorverurteilung“ ausreichen, da „die Öffentlichkeit auch den leichtesten und vorsichtig formulierten Verdacht als den Verdacht eines Strafgerichts präsentiert bekommt“. Hierbei bezieht er sich zwar auf den Freispruch zweiter Klasse, verkennt dabei jedoch, dass auch die Untersuchungshaft auf einer qualifizierten Verdachtsannahme - wenn auch nicht des Strafgerichts, sondern des Ermittlungsrichters - beruht. Wie oben dargestellt, ist diese Verdachtsannahme grundsätzlich ebenso geeignet, den Beschuldigten zu bemakeln (vgl. II 2 c). Folglich ist nicht einzusehen, warum die Untersuchungshaft nicht genügen soll, um eine dem Freispruch zweiter Klasse äquivalente sozialetische Missbilligung des Beschuldigten in der Öffentlichkeit hervorzurufen. Dies gibt *Kühl* wohl auch indirekt dann zu, wenn er meint, die - obig beschriebenen (vgl. II 3) - „negativen Folgen“ eines Freispruchs zweiter Klasse könnten sich „verstärken“, wenn „strafprozessuale Zwangsmaßnahmen wie Durchsuchungen oder Untersuchungshaft gegen den Beschuldigten ergriffen werden“.<sup>412</sup> *Lindner*<sup>413</sup> vertritt eine ähnliche Meinung. Ihm zufolge impliziere die Untersuchungshaft zwar „ein Maß an Verdacht, das in der faktischen Wirkung nach außen als ‘Vorverurteilung’ erscheinen“ könne. Auch gehe von ihr eine „faktische[n] Makelwirkung“ aus.<sup>414</sup> Solange sie aber nicht die Schuld des Betroffenen unterstelle, habe der Beschuldigte diese Beeinträchtigungen seines Allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedoch zugunsten des Strafverfolgungsinteresses hinzunehmen. *Paeffgen*, der davon ausgeht, dass der Freiheitseingriff der Untersuchungshaft nur zur Verhinderung von „Verfahrenssabotage“<sup>415</sup> gerechtfertigt sei, stellt Ähnliches fest: Zwar werde „die verfahrenssichernde Maßnahme“ durch ihr Anknüpfen an das Merkmal des dringenden Tatverdachts „nicht zur Strafe und auch nicht strafartig“; sie beruhe aber „auf der antizipierten Strafe - und damit an sich auf einer Unrechts- und Schuldannahme“, was den Untersuchungshäftling schon vor Verfahrensabschluss interpersonal und

---

<sup>410</sup> *Kühl UV*, S. 14.

<sup>411</sup> *Kühl UV*, S. 35/36.

<sup>412</sup> *Kühl UV*, S. 23.

<sup>413</sup> *Lindner in AöR* 2008, 249.

<sup>414</sup> *Lindner in AöR* 2008, 253; ähnlich auch: *Haberstroh in NStZ* 1984, 290/291.

<sup>415</sup> *Paeffgen*, S. 169, 195 ff., 227, 234, 265; ders. in *GA* 2009, 456, 465; ders. *SK-StPO Vor § 112 Rn.* 11.

sozial diskreditiere.<sup>416</sup> *Jung*<sup>417</sup>, der noch etwas weiter geht und schon dem Strafprozess an sich wegen seiner tadelnden Wirkungen auf den Bürger strafenden Charakter zumisst („The Process is the Punishment“), sieht in der Untersuchungshaft dann die „Verhängung“ einer „echte[n] Vor-Strafe[n]“.

Letztlich wird man *Jung* Recht geben müssen. Denn, wenn man - wie hier angenommen - davon ausgeht, dass sich die Annahme des dringenden Tatverdachts aus der Sicht der Öffentlichkeit im Haftbefehl manifestiert, wird diese doch durch den freiheitsentziehenden Vollzug der Untersuchungshaft geradezu betätigt. Diese Betätigung des Vorurteils der Strafverfolgungsorgane erweckt dann in der Öffentlichkeit, insbesondere wegen der größeren zeitlichen Nähe zum Ereignis der Tat, den Anschein, dass die (Freiheits-)Strafe der Tat schon durch die Untersuchungshaft auf dem Fuße folge. Da die Freiheitsentziehung im StGB der schwereren Kriminalität vorbehalten ist, wird dem Untersuchungsgefangenen von der Rechtsgemeinschaft regelmäßig auch ein schwererer Vorwurf gemacht werden als demjenigen, dessen Vollzug des Haftbefehls nach § 116 StPO ausgesetzt ist. Die beschriebene Öffentlichkeitswirkung vollzogener Untersuchungshaft wird auch von den Strafverfolgungsorganen anerkannt. Ansonsten würden sie sich - insbesondere im Falle schwerer Straftaten - nicht gezwungen sehen, die Untersuchungshaft zur Beruhigung der Öffentlichkeit, mithin aus einer apokryphen Motivation, zu verhängen.<sup>418</sup>

## 5. Fazit

Der dringende Tatverdacht ist eine aus zwei Elementen bestehende Prognose. Gesetzlich wird zumindest die große Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung verlangt. Bei der Verdachtsannahme durch die Strafverfolgungsorgane wird aber regelmäßig auch der Verfahrensausgang prognostiziert. Nach der h. M. handelt es sich hierbei zwar zunächst noch um ein staatliches Internum, das keine öffentlich diskriminierende oder stigmatisierende Wirkung besitze. Etwas anderes gilt jedoch, wenn man bedenkt, dass der aus der Tatbegehungs- und Verurteilungsprognose bestehende dringende Tatverdacht im Rahmen des Haftverfahrens gemäß §§ 114 ff. StPO rechtlich behandelt und schriftlich fixiert wird. Wenn nicht bereits die Staatsanwaltschaft die Presse ausnahmsweise über den Erlass des Haftbefehls informiert, gelangen die staatlich-internen Annahmen durch die Vollstreckung und die Vollziehung der Untersuchungshaft und der damit einhergehenden Behandlung des Betroffenen durch die Strafverfolgungsorgane nach außen. Dies bewirkt eine Stigmatisierung des Untersuchungshäftlings, und

<sup>416</sup> Paeffgen S. 55/56.

<sup>417</sup> Jung, S. 61 ff., 67.

<sup>418</sup> Vgl. dazu: MünchKStZ/Gepp/Rn. 256; Gebauer, S. 365; Seebode, S. 72; Schloth, S. 41; Wenzel, S. 41; Geppert in Jura 1991, 269; Heinz, Kalmthout/Knapen/Morgenstern (Fn. 360).

zwar in der Hinsicht, dass er wegen der im Haftbefehl festgeschriebenen Tat bereits vor der Verurteilung eine sozialetische Missbilligung erfährt.

Das vom BVerfG postulierte normativ-zweckgebundene Kriterium zur Differenzierung von Verdachts- und Schuldannahmen ist - stellt man auf die sozialetische Missbilligung eines Untersuchungshäftlings in der Öffentlichkeit ab - somit kaum haltbar. Bei vorliegender Betrachtung muss vielmehr von einer tatsächlich-diskriminierenden Wirkungsgleichheit von Untersuchungshaft und Freiheitsstrafe ausgegangen werden. Dies gilt umso mehr, da die Unterscheidung von Verdachts- und Schuldannahmen selbst von den Strafverfolgungsorganen nicht konsequent verfolgt zu werden scheint.

Es bleibt somit festzuhalten, dass jedenfalls die Öffentlichkeit die Verhaftung auf der Basis des Schuldspruchs (Strafhaft nach dem StVollG) nicht von der Verhaftung wegen dringenden Tatverdachts und Haftgrund (Untersuchungshaft nach § 119 StPO i. V. m. UVollzG Bln) trennen kann. Eine sozialetische Missbilligung des Untersuchungshäftlings durch die Rechtsgemeinschaft, die dem prozessordnungsgemäßen Schuldnachweis zeitlich vorausgeht, ist die Folge. Mit der nahezu automatischen Anrechnung der vollzogenen Untersuchungshaft auf die Strafe (§ 51 I StGB) erhält die öffentliche Vorverurteilung dann - wie von *Paeffgen* beschrieben<sup>419</sup> - am Ende des Strafverfahrens ihre Bestätigung. Da dies die Negation des normativen Arguments geradezu perpetuiert, muss die Untersuchungshaft in der Öffentlichkeit als echte Vorstrafe erscheinen.

### III. Die Schuldantizipation innerhalb der Verhältnismäßigkeitsklausel (§ 112 I 2 StPO)

Obwohl im Rahmen der apokryphen Haftgründe (vgl. II 2 a) gezeigt wurde, dass eine Schuldantizipation bei der Anordnung der Untersuchungshaft unzulässig ist, könnten die zuständigen Ermittlungspersonen vom Gesetzgeber an anderer Stelle gerade dazu aufgefordert sein, im konkreten Fall Annahmen zur rechtlichen Würdigung der Tat und zum Verfahrensausgang zu machen. Denn dieser hat mit dem in § 112 I 2 StPO statuierten Haftausschlussgrund<sup>420</sup> geregelt, dass die Untersuchungshaft nicht angeordnet werden darf, „wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht“ (vgl. auch § 120 I 1 StPO).

---

<sup>419</sup> Paeffgen aaO. (Fn. 319).

<sup>420</sup> Meyer-Goßner § 112 Rn. 8; Wiesneth Rn. 135; Kindhäuser StPR § 9 Rn. 35; krit.: Herrmann Rn. 839.

## 1. Die zu erwartende Strafe

Unter der „zu erwartenden Strafe“ (§ 112 I 2, 2. Var. StPO) ist die Abschätzung der „Rechtsfolgenerwartung“<sup>421</sup> zu verstehen. Dabei ist zunächst von dem abstrakten Strafraum auszugehen. Anschließend sind die §§ 46 ff. StGB, soweit es zum konkreten Ermittlungszeitpunkt möglich ist, zu beachten. Das gleiche gilt für die Anrechnung (§ 51 I StGB) und die Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56, 57 StGB). Nach Möglichkeit sollen alle Aspekte beachtet werden, die das Gericht bei seiner Entscheidung am Ende der Hauptverhandlung für maßgeblich halten wird.<sup>422</sup>

Die Gefahr der Schuldantizipation ist bereits darin zu sehen, dass das Merkmal der „zu erwartenden Strafe“ die Strafverfolgungsorgane zu einer möglichst konkreten Einschätzung der Rechtsfolge anspricht. Die letzten werden schließlich geradezu ermutigt, die richterliche Strafzumessung gemäß §§ 46 ff. StGB, die grundsätzlich erst nach Abschluss der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung (vgl. §§ 244 ff. StPO) möglich ist, zu Beginn des Strafverfahrens vorwegzunehmen.

## 2. Die Bedeutung der Sache

Nach der weitreichenden Definition des Merkmals der Straferwartung verwundert es nicht, dass Teile in der Literatur<sup>423</sup> bereits den eigenständigen Anwendungsbereich der „Bedeutung der Sache“ (§ 112 I 2, 1. Var StPO) bezweifeln. Die wohl h. M.<sup>424</sup> will hier insbesondere auf die abstrakte Strafandrohung, die Art des verletzten Rechtsguts, die konkrete Erscheinungsform der Tat, ihre sozialschädlichen Auswirkungen und die tatbezogenen Umstände aus der Person der Beschuldigten eingehen. Auch der „Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung“ soll nicht ausgeschlossen sein.<sup>425</sup> Die Eigenständigkeit des Merkmals sei allerdings nicht aus der Berücksichtigung der „Erregung der Öffentlichkeit“ oder eines medial geschürten Interesses herzuleiten.<sup>426</sup>

Da die „Bedeutung der Sache“ bereits eine Einordnung von Tat und Täter in das soziale Gefüge erfordert, steht auch hier eine Schuldantizipation im Raum. Mit der „Verteidigung der

<sup>421</sup> Kindhäuser StPR § 9 Rn. 34; Meyer-Goßner § 112 Rn. 11, 23 ff.; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 102; MünchKommB/StV 2008, 421, 422.

<sup>422</sup> KK-Graf § 112 Rn. 50; LR-Hilger § 112 Rn. 59.

<sup>423</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 103; Seebode in StV 1994, 87 ff.; vgl. Paeffgen, S. 201

<sup>424</sup> Kindhäuser StPR § 9 Rn. 33; Meyer-Goßner § 112 Rn. 11; LR-Hilger § 112 Rn. 58; MünchKommB/StV 2008, 421, 422.

<sup>425</sup> Meyer-Goßner § 112 Rn. 11; KK-Graf § 112 Rn. 49; LR-Hilger § 112 Rn. 58; OLG Rostock StV 2006, 311, 312; OLG Düsseldorf StV 1994, 86 mit krit. Anm. Seebode; OLG Frankfurt StV 1988, 392, 393 mit krit. Anm. Jehle; NStZ 1986, 568; dagegen auch: SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 16.

<sup>426</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 103; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 15; ders., S. 203/204.

Rechtsordnung“ wird überdies explizit an generalpräventive Interessen, die der Strafe vorbehalten sein sollten, angeknüpft.

### 3. Würdigung und Fazit

Aus gegebenem Anlass sei an dieser Stelle erneut betont, dass der Gesetzgeber eine Strafwirkung der Untersuchungshaft nicht beabsichtigt. Deutlich wird dies schon, wenn man der fakultativen Anordnung der Untersuchungshaft die obligatorische Rechtsfolge der Strafe als direkte und intentionale Übelszufügung gegenüberstellt. Bei der Strafe kann keine Abwägung über das „Ob“ des Strafens durch den Rechtsanwender (mehr) stattfinden, da diese bereits vom Gesetzgeber getroffen und in der konkreten materiellen Strafvorschrift festgeschrieben wurde. Aus diesem Grund überwiegt, sobald dem Bürger die rechtswidrige und schuldhafte Begehung einer Straftat in prozessordnungsgemäßer Weise nachgewiesen wurde, das öffentliche Interesse an der Bestrafung die Integrität seiner Grundrechte. Nach den Strafvorschriften des besonderen Teils (§§ 80 ff. StGB) „wird [...] bestraft“. Das „Wie“ wird hier selbstverständlich - innerhalb des vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmens - vom Rechtsanwender bestimmt. Bei der Untersuchungshaft hingegen ist ein Ermessensspielraum geregelt: Sie „kann“ bzw. „darf nicht angeordnet werden“ (vgl. §§ 112 I 1, 2 StPO). Schon wegen der Unschuldsumutung<sup>427</sup> ist bei Anordnung, Vollziehung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft die materielle Angemessenheit<sup>428</sup> zu beachten. Dem BVerfG zufolge ist das bestehende „Spannungsverhältnis“<sup>429</sup> nach der erwähnten Formel<sup>430</sup>, dass einem Freiheitsentzug zugunsten der Strafrechtspflege stets der grundrechtlich verbürgte Freiheitsanspruch des als unschuldig geltenden Beschuldigten als Korrektiv entgegenzuhalten sei, im konkreten Einzelfall aufzulösen.

Problematisch ist jedoch, dass der Gesetzgeber - durch das in Art. 20 III GG enthaltene Wesentlichkeitsgebot - gezwungen ist, „in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit sie staatlicher Entscheidungen zugänglich sind, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen“<sup>431</sup>. Die Begriffe der „Bedeutung der Sache“ und der „zu erwartenden Strafe“ (vgl. §§ 112 I 2, 120 I 1 StPO) vermögen das dem Freiheitsanspruch gegenüberstehende Interesse an der Strafrechtspflege aber nicht zu konkretisieren. Damit tragen sie nichts zur Abwägung bei. Von *Hilger* werden diese Formulierungen daher

<sup>427</sup> Vgl.: Seebode in StV 1994, 87; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 22; MünchKommB/StPO/Rn. 215; Schlothauer/Weider Rn. 482.

<sup>428</sup> Vgl. dazu: Paeffgen, S. 198 ff.; ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 20 ff.

<sup>429</sup> BVerfG aaO. (Fn. 2).

<sup>430</sup> BVerfG aaO. (Fn. 301).

<sup>431</sup> BVerfGE 116, 24, 58; 84, 212, 226; 49, 89, 126 (m. w. N.); vgl. auch: Badura C 19, F 13; Jarass/Pieroth Art. 20 Rn. 47.

- zu Recht - als „gesetzestechisch nicht gelungen“ und „missverständlich“<sup>432</sup> bezeichnet. *Paeffgen* meint sogar, durch sie werde (ein Teil) der gesetzgeberischen „Verantwortung auf Justiz und Verfolgungsorgane verlagert“<sup>433</sup>. Sollte dies der Fall sein, könnte sich das Verhältnismäßigkeitsprinzip in sein Gegenteil verkehren. Das wiederum wäre denkbar, wenn die Strafverfolgungsorgane durch die misslichen Begriffe gerade dazu ermutigt werden würden, auf die Verurteilung und Bestrafung des Täters zu schließen. Dann würde das Verhältnismäßigkeitsprinzip den als unschuldig geltenden Beschuldigten nicht vor übermäßiger Freiheitsentziehung schützen, sondern ihn stattdessen - ähnlich wie die prospektive Prognose innerhalb der Annahme des dringenden Tatverdachts (vgl. II 2 c, 5) - vorzeitig diskriminieren.

Beiden Merkmalen der gesetzlichen Verhältnismäßigkeitsbeschränkung ist gemein, dass sie von den Strafverfolgungsorganen mehr als nur die abstrakte Prognose eines verurteilenden Verfahrensausgangs verlangen, um die Anordnung der Untersuchungshaft gegenüber den entstehenden „Freiheits- und Folgeeinbußen“<sup>434</sup> zu rechtfertigen. Dies ist schon deshalb problematisch, weil in der Regel keine ausreichende Tatsachengrundlage für eine solche Prognose besteht, so dass sich ein diskretionäres bzw. dezisionistisches Vorgehen, das schon bei der Annahme des dringenden Tatverdachts beschrieben wurde<sup>435</sup>, an dieser Stelle verstärkt auswirkt. Denn die für den Haftbefehl zuständigen Ermittlungspersonen werden hierbei vom Gesetzgeber dazu angehalten, eine Größe zum Vergleich heranzuziehen, deren Gleichwertigkeit zumindest auf normativer Ebene stets bestritten wird.<sup>436</sup> Es liegt daher die Vermutung nahe, dass sich die Strafverfolgungsorgane bei der „Eingriffs-Beurteilung von schuld-antezipierenden Prognosen“<sup>437</sup> und straftheoretischen Intentionen<sup>438</sup>, also apokryphen Gründen<sup>439</sup>, leiten lassen, die wiederum geeignet sind, bei Anordnung, Vollstreckung und Vollziehung des Haftbefehls eine verfrühte sozialethische Missbilligung der Rechtsgemeinschaft zu verursachen. Stützen lässt sich diese Vermutung noch dadurch, dass in der Literatur<sup>440</sup> immer wieder gefordert wird, *de lege lata* eine abstrakte Obergrenze für die Anordnung und den Vollzug der Untersuchungshaft zu schaffen - und dies wohl nicht zuletzt, um zu vermeiden, dass in schuldantizipierender oder straftheoretischer Weise von den gesetzlichen Voraussetzungen der Untersuchungshaft Gebrauch gemacht wird.

<sup>432</sup> LR-Hilger § 112 Rn 57.

<sup>433</sup> SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 9.

<sup>434</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 102; ausführlich: Herrmann Rn. 864 ff.

<sup>435</sup> Vgl.: Paeffgen aaO. (Fn. 381); Seebode aaO. (Fn. 382).

<sup>436</sup> Paeffgen, S. 200; vgl. auch: Herrmann Rn. 849 ff.; Seebode in StV 1994, 87 ff.

<sup>437</sup> Paeffgen, S. 201; ders. SK-StPO § 112 Rn. 18a; so im Ergebnis auch: MünchKollKommStPO/Rn. 220; Jehle in StV 1988, 394; Haberstroh in NSTZ 1984, 290; zur a. A./h. M., vgl.: LR-Hilger § 112 Rn. 59.

<sup>438</sup> Vgl. auch: SK-StPO-Paeffgen, § 112 Rn. 15, 16; ders., S. 203.

<sup>439</sup> Ebenso: MünchKollKommStPO/Rn. 216; vgl. auch: Wenzel, S. 57, 79, 84, 89, 322; Gebauer, S. 380.

<sup>440</sup> Vgl.: SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 18a; ders., S. 57, 202 ff.; Jehle in StV 1988, 394; Seebode in StV 1994, 87 ff.; Wolter in ZStW 1981, 455; Frister, S. 106.

So wird mit der Verhältnismäßigkeitsklausel in § 112 I 2 StPO vom Gesetzgeber zwar der Schutz des Beschuldigten bezweckt. Die Strafverfolgungsorgane sollen hierdurch an den verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz<sup>441</sup> erinnert und zu einer restriktiven Handhabung der eingriffsintensiven Maßnahme der Untersuchungshaft angehalten werden. Denn die Untersuchungshaft soll die ultima ratio der Verfahrenssicherung<sup>442</sup> sein. Für den Untersuchungshäftling aber erweist sich die Verhältnismäßigkeitsklausel dadurch, dass sie die Strafverfolgungsorgane dazu zwingt, die „Bedeutung der Sache“ und die „zu erwartende[n] Strafe“ heranzuziehen, als janusköpfig. Eine nicht intendierte, sozialetische Missbilligung steht somit auch hier im Raum.

#### IV. Die straftheoretischen Inhalte der Haftgründe

Stellt man auf die Zwecke des Gesetzgebers ab, müssten sich Strafe und Untersuchungshaft jedenfalls grob nach ihren grundsätzlichen Wirkrichtungen unterscheiden lassen. Die an das Schuldprinzip gebundene Strafe ist rückwärts gerichtet und demzufolge als repressiv zu bezeichnen, während die an der Unschuldsvermutung zu messende Untersuchungshaft lediglich zur Verfahrens- und Vollstreckungssicherung und damit zu präventiven Zwecken angeordnet werden kann.

Auf diese zweckmäßige Unterscheidung von Strafe und Untersuchungshaft stützt sich auch *Dreher*<sup>443</sup>. Um die Annahme zu widerlegen, dass hinter der Anrechnung von Untersuchungshaft der Gedanke einer „nachträglich vorweggenommenen Strafe“ steht, greift er auf die Idee der Anrechnung zurück. Diese wiederum konkretisiert er mit den den Haftgründen zugrunde liegenden Zwecken. Dabei gibt *Dreher* durchaus zu, dass die Untersuchungshaft, insbesondere bei § 112 III StPO, „nach vorweggenommener Strafe“ aussieht. Es ändere jedoch nichts daran, dass sie stets nur zu dem Zweck angeordnet werden könne, „das Verfahren gegen einen verdächtigen, aber bis zu seiner Verurteilung als unschuldig geltenden Bürger zu sichern“. Wenn dies richtig ist und die einzelnen Haftgründe nur Präzisionen dieses Zwecks sind, müssten die repressiven, also strafenden, Intentionen der Schuldstrafe vorbehalten bleiben.

Problematisch ist jedoch, dass die Unterscheidung repressiv/präventiv<sup>444</sup> aus drei verschiedenen Gründen nicht ganz zutreffend ist. Hierzu zählt erstens, dass das materielle Strafrecht wegen seiner zweispurigen Rechtsfolgen und verschiedenen straftheoretischen Ansätze auch

<sup>441</sup> BVerfGE 19, 342, 347 ff.; 20, 45, 48 ff.; 20, 144, 148 f.; 53, 152, 158f.; StV 2006, 73, 76 f.; StV 2006, 81, 84; StV 2006, 87, 88; StV 2008, 198; vgl.: Maunz-Dürig-Grzeszick Art. 20 VII Rn. 125; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 102; LR-Hilger § 112 Rn. 57; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 20 ff., § 112 Rn. 10; Seebode in StV 1994, 87.

<sup>442</sup> Vgl.: Wolter in ZStW 1981, 456; LR-Hilger Vor § 112 Rn. 37, § 112 Rn. 55.

<sup>443</sup> Dreher in MDR 1970, 967/968 (vgl. bereits Fn. 291).

<sup>444</sup> Vgl. BVerfGE 113, 348, 370 ff.; vgl. auch: Wenzel, S. 107, 131; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 11 ff.



von präventiven Zwecken geprägt ist. Zweitens hat das BVerfG in mehreren Entscheidungen zur Rechtfertigung der Untersuchungshaft den allgemeinen Zweck der „wirksamen“ oder „funktionstüchtigen Strafrechtspflege“ herangezogen.<sup>445</sup> Damit benutzt es einen Oberbegriff, der zwar die umstrittenen neueren Haftgründe (§§ 112 III, 112a StPO) legitimiert, im Gegenzug aber auch straftheoretische Zielsetzungen nicht ausschließt. Ein dritter Grund ist, dass die Untersuchungshaft, sofern es um die Abgrenzung von strafprozessualen und polizeilichen Eingriffsmaßnahmen zur Verbrechensbekämpfung geht, die ebenfalls nach dem Schema repressiv/präventiv erfolgt<sup>446</sup>, eher als strafrechtlich-repressiv bezeichnet wird.

Was dies für die Zwecke der verschiedenen Haftgründe bedeutet, also ob die §§ 112 II Nr. 1-3, III, 112a StPO möglicherweise schon straftheoretische Inhalte befördern, ist im Folgenden zu erörtern. Entgegen der gesetzlichen Reihenfolge soll hier mit den Haftgründen der Tatschwere (§ 112 III StPO) und der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) begonnen werden, da sie in der Literatur dem Vorwurf ausgesetzt sind, als „Formen der Präventivhaft“<sup>447</sup> „außerhalb des Systems der Verfahrens- und Vollstreckungssicherung“<sup>448</sup> zu stehen.

## 1. Die Tatschwere (§ 112 III StPO)

Dadurch, dass § 112 III StPO seinem Wortlaut nach zur Anordnung der Untersuchungshaft lediglich voraussetzt, dass der Beschuldigte wegen einer der aufgeführten schweren Straftaten dringend verdächtig ist, könnte es sich hierbei um die Regelung einer „vorweggenommenen Bestrafung“<sup>449</sup> oder einer „Verdachtsstrafe“<sup>450</sup> handeln. Fraglich ist somit, ob diese Vorschrift, die einen Haftgrund im technischen Sinne vermissen lässt, gerade dadurch straftheoretische Tendenzen in sich birgt.

### a) Die Rechtsprechung des BVerfG

Das BVerfG<sup>451</sup> hat diese Frage in seiner Entscheidung zum Tatschwere-Haftgrund vom 15.12.1965 nicht ausdrücklich beantwortet. Dem konkreten Wortlaut hat es aber seine Geltung abgesprochen.

Zunächst heißt es ganz allgemein, dass sich durch das „Rechtsinstitut der Untersuchungshaft“ das „Spannungsverhältnis zwischen dem Recht des Einzelnen auf persönliche Freiheit

<sup>445</sup> BVerfG aaO. (Fn. 4); krit. dazu: SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 20b.

<sup>446</sup> Jarass/Pieroth Art. 74 Rn. 5, 9; Beulke Rn. 103 ff.; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 12 ff.

<sup>447</sup> SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 11.

<sup>448</sup> AK-Deckers § 112 Rn. 4; vgl. auch: LR-Hilger Vor § 112 Rn. 25, 26/27; Eisenberg § 34 Rn. 70 ff.; Hassemer in StV 1984, 41; Bussmann/England in ZJJ 2004, 280, 283 ff.

<sup>449</sup> Deckers in AnwBl 1983, 422; vgl. auch: Wolter in ZStW 1981, 453; Dreher aaO. (Fn. 291, 443).

<sup>450</sup> Wolter in ZStW 1981, 483; Meyer in FS-Tröndle, S. 65; vgl. auch: Paeffgen, S. 54, 132 ff.; Geppert in Jura 1991, 270.

<sup>451</sup> BVerfGE 19, 342, 347 ff.

und den unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung“ offenbare. Es stehen sich also zwei gleichwertige Rechtsgüter gegenüber. Möchte man nun einerseits „[d]ie rasche und gerechte Ahndung schwerer Straftaten“ gesichert wissen, setze dies voraus, dass es den Strafverfolgungsbehörden erlaubt sein müsse, „den mutmaßlichen Täter schon vor der Verurteilung festzunehmen und bis zum Urteil in Haft zu halten“. Andererseits gibt das BVerfG jedoch Folgendes zu bedenken:

„[D]ie volle Entziehung der persönlichen Freiheit durch Einschließung in eine Haftanstalt [ist] ein Übel, das im Rechtsstaat grundsätzlich nur dem zugefügt werden darf, der wegen einer gesetzlich mit Strafe bedrohten Handlung rechtskräftig verurteilt worden ist. Diese Maßnahme schon gegen einen einer Straftat lediglich Verdächtigen zu ergreifen kann nur in streng begrenzten Ausnahmefällen zulässig sein. Dies ergibt sich auch aus der grundsätzlichen Unschuldsvermutung, die es ausschließt, auch bei noch so dringendem Tatverdacht gegen den Beschuldigten im Vorgriff auf die Strafe Maßregeln zu verhängen, die in ihrer Wirkung der Strafe gleichkommen.“

Diese Aussage klingt zunächst so, als wollte das BVerfG eine Ausnahme zur Unschuldsvermutung statuieren und die Untersuchungshaft in bestimmten Fällen als Verdachtsstrafe legitimieren. Der Eindruck verstärkt sich noch dadurch, dass es nur „der vornehmliche Zweck der Untersuchungshaft“ sei, „die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen“. Weiterhin heißt es, die Anordnung, Aufrechterhaltung und Vollziehung der Untersuchungshaft sei „unverhältnismäßig und daher grundsätzlich unzulässig“, wenn der genannte Zweck nicht mehr realisierbar wäre. Die Worte „vornehmlich“ und „grundsätzlich“ könnten darauf hindeuten, dass im Falle des Verdachts besonders schwerer Straftaten Ausnahmen zulässig sein sollen. Die folgende Formulierung aber beweist, dass das BVerfG nicht in dieser Weise verstanden werden möchte:

„Der neu eingeführte § 112 Abs. 4 StPO [a. F.]<sup>452</sup> müsste dagegen rechtsstaatliche Bedenken erwecken, wenn er dahin auszulegen wäre, daß bei dringendem Verdacht eines der hier bezeichneten Verbrechen gegen das Leben die Untersuchungshaft ohne weiteres, d. h. ohne Prüfung weiterer Voraussetzungen verhängt werden dürfte. Eine solche Auslegung wäre mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.“

Aus den vorstehenden Überlegungen des Gerichts lässt sich schließen, dass die hier erwähnte Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz insbesondere aus der Unschuldsvermutung und dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Verhältnismäßigkeitsprinzip resultiert. Diesen Verfassungsprinzipien ist auch der die Untersuchungshaft rechtfertigende Zweck der Verfahrens- und Vollstreckungssicherung geschuldet<sup>453</sup>, den gerade der Tatschwere-Haftgrund vermissen lässt. Das BVerfG kommt daher zu dem Zwischenergebnis, dass die allein bei dringendem Tatverdacht eines Kapitaldelikts anzuordnende Untersuchungshaft, die § 112 III StPO seinem

<sup>452</sup> Vgl. StPÄG 1964, BGBl. I, 1067: Die Wiederholungsgefahr war in § 112 III StPO und die Tatschwere in § 112 IV StPO geregelt.

<sup>453</sup> BVerfG aaO. (Fn. 6, 31).

Wortlaut nach für möglich hält, gegen die Unschuldsvermutung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip verstoße.

Aus der Unvereinbarkeit einer Vorschrift mit dem Grundgesetz folgt in der Regel ihre Nichtigkeit (vgl. § 31 II 2 BVerfGG). Das BVerfG sieht den Gesetzeswortlaut vorliegend aber als auslegungsfähig an und meint deshalb, § 112 III StPO könne auch verfassungskonform verstanden werden. Nach dem „Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“ dürfe er „den Zweck der Untersuchungshaft nie aus dem Auge“ verlieren. Deshalb seien - zusätzlich zur „Schwere der Verbrechen“ oder zur „Schwere der (noch nicht festgestellten) Schuld“, die die Verhaftung des Beschuldigten nicht allein rechtfertigten - stets Umstände erforderlich, „die die Gefahr begründen, daß ohne Festnahme des Beschuldigten die alsbaldige Aufklärung und Ahndung der Tat gefährdet sein könnte“. Die ehemals geregelte „mehr oder minder deutlich feststellbare ‘Erregung der Bevölkerung’“, die möglicherweise dadurch veranlasst werde, dass ein mutmaßlicher „Mörder“ frei umhergehe“, genüge diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht. Der „nicht mit ‘bestimmten Tatsachen’ belegbare, aber nach den Umständen des Falles doch nicht auszuschließende Flucht- oder Verdunkelungsverdacht“ soll jedoch „u. U. bereits ausreichen“ können. Das gleiche gelte für „die ernstliche Befürchtung, daß der Beschuldigte weitere Verbrechen ähnlicher Art begeht“. Begründet wird dies damit, dass § 112 III StPO in einem „engen Zusammenhang mit Absatz 2“ stehe. Das BVerfG kommt so letztlich zu dem Ergebnis, dass § 112 III StPO zwar nach seinem Wortlaut nicht haltbar sei, sich eine verfassungskonforme Auslegung aber damit rechtfertigen lasse, dass „mit Rücksicht auf die Schwere der hier bezeichneten Straftaten die strengeren Voraussetzungen der Haftgründe des Absatzes 2 gelockert werden sollen, um die Gefahr auszuschließen, daß gerade besonders gefährliche Täter sich der Bestrafung entziehen“. In NJW 1991, 2281, 2282 stellt das Gericht klar, dass die gelockerten Anforderungen, nicht vollständig von der Pflicht zur Darlegung eines Haftgrundes im technischen Sinne befreiten. Im Haftbefehl müssten vielmehr stets Gründe dafür enthalten sein, warum ein Haftgrund im konkreten Fall nicht auszuschließen sei.

Mit der verfassungskonformen Auslegung werden durch das BVerfG also verfahrenspräventive Zwecke in § 112 III StPO hineingelesen. Die Ausgangsfrage nach den straftheoretischen Tendenzen des Haftgrundes stellt sich für das Gericht somit nicht. Dies ist allerdings nicht ganz unproblematisch, da die leichtere Anordnung der Untersuchungshaft indirekt jedenfalls abschreckend wirken kann und unklar bleibt, ob dieser Nebeneffekt gewollt ist.

## b) Argumente gegen die verfassungskonforme Auslegung des BVerfG

Zur Erörterung möglicherweise gewollter straftheoretischer Tendenzen könnte man gelangen, wenn man die teleologische Auslegung, mit der das BVerfG § 112 III StPO vor der Nichtigkeit bewahrt, als unzulässig ansieht. In der Literatur werden hierfür jedenfalls zwei Gründe genannt.

### aa) Keine Rechtfertigungsmöglichkeit der gelockerten Anforderungen

Mehrere Autoren kritisieren die gelockerten Anforderungen, die das BVerfG an die Flucht-, Verdunkelungs- und Wiederholungsfahr stellt. Die nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip vorgenommene Auslegung des § 112 III StPO soll selbst unverhältnismäßig sein.

Dabei kommt es nicht darauf an, ob die verfassungskonforme Auslegung eine (widerlegliche) Vermutung für das Vorliegen eines Haftgrundes<sup>454</sup>, eine Umkehr der Beweislast<sup>455</sup> oder - so wohl die h. M. - lediglich eine Begründungserleichterung<sup>456</sup> statuiert. Für *Münchhalffen/Gatzweiler*<sup>457</sup> ist vielmehr schon die insgesamt „wenig ergiebige[n] Auslegung“ des Tatschwere-Haftgrundes, die eine verhältnismäßig „geringe oder entfernte Gefahr“ für das Strafverfahren zur Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft genügen lässt, Grund genug, „de lege ferenda eine Korrektur“ zu fordern, bei der § 112 III StPO gänzlich entfällt. Für *Paeffgen*<sup>458</sup> widerspricht die „hochproblematische Entscheidung“ dem „das Haftrecht beherrschende[n] Grundsatz der Verhältnismäßigkeit“, weil sie mit ihrer „Breviloquenz-Gestattung“ die Rechtsanwender zur Vermutung eines Rumpf-Haftgrundes verleite. Auch andere Stimmen in der Literatur sprechen sich im Ergebnis für eine Streichung von § 112 III StPO aus.<sup>459</sup> Die wohl h. M. lässt - im Anschluss an das BVerfG - jedoch eine restriktive Handhabung<sup>460</sup> der fraglichen Norm genügen. Dagegen spricht jedenfalls, dass die Katalogtaten zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung - wie es auch das BVerfG betont - noch auf

<sup>454</sup> Vgl.: OLG Bremen StV 1983, 288, 289; OLG Düsseldorf MDR 1983, 152; AK-Deckers § 112 Rn. 29; ders. in AnwBl 1983, 420; Geppert in Jura 1991, 269, 271; Weigend in FS-Müller, S. 750.

<sup>455</sup> OLG Bremen StV 1983, 288, 289; OLG Düsseldorf MDR 1983, 152; StraFo 2000, 67; AK-Deckers § 112 Rn. 29; ders. in AnwBl 1983, 421; Wolter in ZStW 1981, 483; LR-Hilger Vor § 112 Rn. 25, § 112 Rn. 53.

<sup>456</sup> Vgl.: BVerfG NJW 1991, 2281, 2282; OLG Frankfurt StV 2000, 374, 375; OLG Köln NStZ 1996, 403; StV 1994, 584; Paeffgen in StV 1998, 38; Dahs in NJW 1966, 762; AK-Deckers § 112 Rn. 30; ders. in AnwBl 1983, 420; Kindhäuser StPR § 9 Rn. 25; KK-Graf § 112 Rn. 42; Ranft Rn. 649.

<sup>457</sup> Münchhalffen/Gatzweiler Rn. 223; a. A. aber: Meyer-Goßner § 112 Rn. 37; Kindhäuser StPR § 9 Rn. 25.

<sup>458</sup> Paeffgen in StV 1998, 37, 38, 41; ähnlich: ders. SK-StPO § 112 Rn. 42c, 43a, 43b, 43c; ders., S. 111 ff.

<sup>459</sup> SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 43c (m. w. N.); ders., S. 114 ff., 163; Deckers in AnwBl. 1983, 421; Dahs in NJW 1966, 764; Weigend in FS-Müller, S. 751; so im Ergebnis auch: Wolter in ZStW 1981, 484; Freund in GA 1995, 20; Schloth, S. 163 ff., 165, 168.

<sup>460</sup> Vgl. dazu: Meyer-Goßner § 112 Rn. 37, 38; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 88; Kindhäuser StPR § 9 Rn. 25; Kühne Rn. 420; vgl. auch: Dahs in NJW 1995, 555; AK-Deckers § 112 Rn. 30.

„Verbrechen wider das Leben“ begrenzt waren.<sup>461</sup> Der Gesetzgeber nahm jedoch nach dieser Entscheidung noch Erweiterungen vor, die eher kritisch gesehen werden.<sup>462</sup> So wurde - im Zuge des RAF-Terrorismus - durch das Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung, des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Bundesrechtsanwaltsordnung und des Strafvollzugsgesetzes vom 18.08.1976<sup>463</sup> zunächst § 129a StGB ergänzt. Die §§ 226, 306b StGB sind seit dem sog. Verbrechensbekämpfungsgesetzes vom 28.10.1994<sup>464</sup> in § 112 III StPO enthalten. Bei diesen Verbotssätzen zeigen außerdem die weiten Strafraumen an, dass ihre Verwirklichung nicht in jedem Fall der besonderen Schwere eines Verbrechens (gegen das Leben) entsprechen muss. Die Geltung der verfassungskonformen Auslegung wird daher, jedenfalls was die Erweiterungen des § 112 III StPO betrifft, zu Recht bezweifelt.

### bb) Überschreitung der vom Wortlaut gesetzten Grenze

Ein weiterer Grund, den die Literatur<sup>465</sup> gegen die Rechtsprechung des BVerfG angeführt, ist, dass sie die Grenze zulässiger Auslegung überschreite und eine verfassungswidrige Umdeutung vornehme.

Der Literatur könnte hier deshalb schon zuzustimmen sein, weil die Untersuchungshaft gemäß § 112 III a. E. StPO auch dann angeordnet werden darf, „wenn ein Haftgrund nach Absatz 2 nicht besteht“. Da die Grenze verfassungskonformer Auslegung in der Regel spätestens dort zu ziehen ist, wo dem durch den Wortlaut gekennzeichneten, ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers widersprochen wird, könnte das zuständige Judikativorgan seine Kompetenzen zulasten der Legislative überschritten und dadurch das Gewaltenteilungsprinzip des Art. 20 II GG<sup>466</sup> verletzt haben.

Dass der Gesetzgeber mit § 112 III StPO keine Subsidiaritätsklausel, sondern eine eigenständige Haftregelung für die Fälle des Verdachts schwerer Delikte, also einen Haftgrund, der selbständig neben den anderen Haftgründen steht<sup>467</sup>, schaffen wollte, zeigt auch die historische Auslegung. Bereits die ursprüngliche Fassung der RStPO vom 01.02.1877<sup>468</sup>, die am

<sup>461</sup> Vgl.: BGBl. 1964 I, 1067; BVerfGE 19, 342, 343; Schloth, S. 42; Dünnebier in NJW 1966, 231; Roxin/Schünemann § 30 Rn. 10; Weigend in FS-Müller, S. 751.

<sup>462</sup> Vgl.: Dahs in NJW 1995, 555; Roxin/Schünemann § 30 Rn. 10; Schloth, S. 58 ff., 65 ff.; Wolter in ZStW 1981, 483; LR-Hilger § 112 Rn. 53; Freund in GA 1995, 20; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 43b; ders., S. 118; Weigend in FS-Müller, S. 751; Schlothauer/Weider Rn. 644.

<sup>463</sup> BGBl. I, 2181, 2182; Schloth, S. 58 ff.; krit. zum sog. Anti-Terroristen-Gesetz: Dahs in NJW 1976, 2145 ff.

<sup>464</sup> Vgl.: BGBl. I, 3186; BT-Drs. 12/6853; Schloth, S. 16 ff., 65 ff.; krit. dazu: Dünkel in NK 4/1994, 25; Dahs in NJW 1995, 553, 555.

<sup>465</sup> Roxin/Schünemann § 30 Rn. 10; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 42c, 43a; ders. in StV 1998, 38; ders., S. 123 ff.; vgl. auch: Dünnebier in NJW 1966, 233 f.; Deckers in AnwBl 1983, 421; ders. AK § 112 Rn. 29; Dahs in NJW 1966, 762, 763; Freund in GA 1995, 20.

<sup>466</sup> Vg. dazu: Maunz-Dürig- Grzeszick Art. 20 V Rn. 66 ff.; Badura D 47 ff., 63.

<sup>467</sup> KK-Graf § 112 Rn. 43; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 44.

<sup>468</sup> RGBl. I, 253.

01.10.1879 in Kraft trat, regelte die Untersuchungshaft. Da die letzte neben den Voraussetzungen des dringenden Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit zunächst nur die sog. klassischen Haftgründe der Flucht- und Kollusionsgefahr normierte<sup>469</sup>, wird die Untersuchungshaft seither als „Institut zur Effektivierung der Strafverfolgung“<sup>470</sup> angesehen. Ganz neu sind aber auch die Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr (§§ 112 III, 112a StPO) nicht. Sie wurden bereits 1935 kodifiziert. Die nationalsozialistische Regierung ergänzte 112 I 1 RStPO dazu wie folgt:

„[...] oder daß er die Freiheit zu neuen strafbaren Handlungen missbrauchen werde oder wenn es mit Rücksicht auf die Schwere der Tat und die durch sie hervorgerufene Erregung der Öffentlichkeit nicht erträglich wäre, den Angeschuldigten in Freiheit zu lassen“.<sup>471</sup>

Die erste der ergänzten Alternativen bezeichnet die Wiederholungsgefahr, die zweite den Tatschwere-Haftgrund. Wegen ihres Anknüpfens an eine durch die besonders schweren Straftaten hervorgerufene Erregung der Öffentlichkeit bezeichnete man die zweite Alternative auch als „Haftgrund der kochenden Volksseele“<sup>472</sup>. Gemein ist beiden Alternativen, dass sie es vermeiden, den die Untersuchungshaft auslösenden Tatverdacht auf konkrete Straftatbestände zu beschränken, um sich so ihrer Schwere zu versichern. Diese gefährliche Offenheit wurde teilweise als eine dem politischen Zeitgeist des Nationalsozialismus und dem „völkischen Rechtsdenken“ geschuldete Willkür des Gesetzgebers bewertet.<sup>473</sup> Heute wird die Erweiterung des klassischen Haftrechts aber nicht (mehr) als typisch nationalsozialistisch aufgefasst<sup>474</sup> - auch wenn das Gegenteil zunächst naheliegender erscheint. Schließlich wurde der Tatschwere-Haftgrund nach dem Zweiten Weltkrieg in den westlichen Besatzungszonen Deutschlands als nationalsozialistische Regelung aus der Prozessordnung entfernt.<sup>475</sup> Kurze Zeit später schloss das RechtseinheitsG vom 12.09.1950<sup>476</sup> die beiden neuen Haftgründe deutschlandweit aus und stellte den Zustand von 1926<sup>477</sup> wieder her. Letzter hielt knapp 15 Jahre an. Mit der sog. kleinen Strafprozessreform, dem StPÄG vom 19.12.1964<sup>478</sup>, das am 01.04.1965 in Kraft trat, nahm der Gesetzgeber dann die Tatschwere und die Wiederholungsgefahr wieder in das Recht der Untersuchungshaft auf (§ 112 IV und III StPO a. F.). In den Motiven hieß es, man wolle mit der Reform ganz allgemein die Untersuchungshaft einschrän-

<sup>469</sup> LR-Hilger Vor § 112 Entstehungsgeschichte; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 2; Schloth, S. 27.

<sup>470</sup> SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 2.

<sup>471</sup> RGBI. I, 839, 844, 847; vgl.: Schmitt in JZ 1965, 193, 194; Schloth, S. 212.

<sup>472</sup> Schloth, S. 32; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 2, § 112 Rn. 43a; vgl.: Wolter in ZStW 1981, 483.

<sup>473</sup> Schloth, S. 34; vgl. auch: Gebauer, S. 6; Klug, S. 437.

<sup>474</sup> Vgl.: Humbert in Jura 2005, 377; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 1; ders., S. 129; Baumann in JZ 1969, 135.

<sup>475</sup> Vgl.: Schloth, S. 37.

<sup>476</sup> BGBI. I, 455, 483.

<sup>477</sup> SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 2a; Schloth, S. 38.

<sup>478</sup> BGBI. I, 1067; ausführlich dazu: Fuhrmann in JR 1963, 379 ff.; vgl. aber auch: Deckers in AnwBl 1983, 420 ff.; Meyer/u. a. in ZStW 1970, 1117; Dünnebier in NJW 1966, 231 ff.; Dahn in NJW 1966, 761 ff.

ken.<sup>479</sup> Die Wiedereinführung des Tatschwere-Haftgrundes sollte einerseits der apokryphen Annahme der Fluchtgefahr entgegenwirken.<sup>480</sup> Andererseits wurde explizit verlangt, „den Haftbefehl auch dann zuzulassen, wenn keiner [...] der Haftgründe gegeben ist“<sup>481</sup>. Ausschlaggebend hierfür war „der besonders hohe Respekt, der dem Rechtsgut des menschlichen Lebens entgegenzubringen ist“<sup>482</sup>. Außerdem wurde damit argumentiert, dass die „Strafe“ bei diesen Taten schon aus bloßem Gerechtigkeitsempfinden „auf dem Fuße folgen müsse“.<sup>483</sup> Denn „[d]ie öffentliche Meinung ertrage es ... nicht, daß ... der Täter eines schweren ... Delikts ... auf freien Fuß gesetzt werde“.<sup>484</sup>

Aus der Entstehungsgeschichte des fraglichen Haftgrundes lässt sich folglich schließen, dass bei der Wiedereinführung der Tatschwere im Jahr 1964 gerade die Schaffung eines automatischen Haftgrundes<sup>485</sup>, der in den Katalogfällen unabhängig von den klassischen Haftmerkmalen gilt, vom Gesetzgeber beabsichtigt war. Mit der Literatur ist also davon auszugehen, dass das BVerfG bei der verfassungskonformen Auslegung eine Umdeutung des Gesetzeswortlauts vorgenommen und damit seine Befugnisse als Judikativorgan überschritten hat.

### cc) Fazit

§ 112 III StPO ist somit auf seinen Wortlaut zurückgeworfen. Da er für die Rechtsfolge der Untersuchungshaft, die der (Freiheits-)Strafe in ihrem freiheitsentziehenden Charakter gleicht (Kap. 2 IV 2, V), nunmehr den bloßen Verdacht einer Katalogtat genügen lässt, liegt eine Rechtfertigung mit außerhalb des Verfahrensrechts befindlichen - eventuell sogar straftheoretischen - Zwecken nahe.

### c) Würdigung im Hinblick auf straftheoretische Zwecke

Fraglich ist jedoch, welche straftheoretischen Zwecke bei § 112 III StPO eine Rolle spielen.

#### aa) Positive und negative Spezialprävention

Da § 112 III StPO besonders hochrangige Rechtsgüter, wie das menschliche Leben, schützen soll, könnten spezialpräventive Zwecke ausschlaggebend sein. In diesem Fall müsste mit der Tatschwere-Inhaftierung gerade das resozialisierende Einwirken auf den Beschuldigten

<sup>479</sup> Vgl.: Deckers in AnwBl 1983, 421.

<sup>480</sup> Schloth, S. 41; Dünnebier in NJW 1966, 232 f.; Dachs in NJW 1966, 762; krit.: SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 41.

<sup>481</sup> BT-Drs. 4/1020, 2; vgl. dazu: Dünnebier in NJW 1966, 232.

<sup>482</sup> BT-Drs. 4/1020, 2; vgl. dazu: Dünnebier in NJW 1966, 232; Deckers in AnwBl. 1983, 421.

<sup>483</sup> Schloth, S. 43, 50; Dünnebier in NJW 1966, 232; Baumann in JZ 1969, 135.

<sup>484</sup> Dünnebier in NJW 1966, 232; vgl. auch: Schmitt in JZ 1965, 195; Schloth, S. 43, 50.

<sup>485</sup> Schmitt in JZ 1965, 195; Deckers in AnwBl 1983, 422; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 41; ders., S. 113; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 88; Schloth, S. 46 ff.; Schmitt in JZ 1965, 195; a. A.: LR-Hilger § 112 Rn. 51.

aus Anlass der Tat (positive Spezialprävention) oder seine Inhaftierung zum Schutz der Rechtsgemeinschaft (negative Spezialprävention) bewirkt werden sollen.

Bevor dem Gesetzgeber die Verfolgung straftheoretischer Zwecke unterstellt werden kann, ist jedoch zu klären, ob es überhaupt möglich ist, den dringenden Tatverdacht mit dem Vorwurf einer strafatbestandlichen Pflicht gleichzusetzen und die Untersuchungshaft als „verkappte pönale Sanktion“<sup>486</sup> anzusehen. Schließlich stehen einer solchen Annahme nicht nur die vom BVerfG betonte Unschuldsvermutung und das Verhältnismäßigkeitsprinzip, sondern auch die klassische strafrechtliche Zurechnungslehre entgegen.

Die aus dem strafrechtlichen Rechtsgüterschutz folgende Lehre von der objektiven Zurechnung<sup>487</sup> besagt, dass eine strafrechtliche Rechtsfolge nur denjenigen treffen soll, der ein rechtlich missbilligtes Risiko gesetzt hat, das sich nach adäquat-kausalem Geschehensablauf im tatbestandmäßigen Erfolg verwirklicht hat.

Zwar hat der Beschuldigte mit der Tatbegehung bereits ein Risiko geschaffen. Da ihm Rechtswidrigkeit und Schuld aber noch nicht nachgewiesen wurden, enthält der bloße Tatverdacht keine Missbilligung. Aus der Sicht eines an der Straftataufklärung interessierten Gesetzgebers (vgl. §§ 152 II, 160, 163 StPO) wird der Tatverdacht sogar eher erwünscht als missbilligt sein. Schließlich kann er auch durch ein Geständnis hervorgerufen werden. Außerdem liegt das tatverdachtliche Risiko oftmals außerhalb der Beherrschbarkeit des Beschuldigten. Denn bei der Annahme des dringenden Tatverdachts handelt es sich - wie bereits dargestellt (vgl. II 2 b, III 3) - um eine reflexive Konstruktion der am Ermittlungsverfahren beteiligten empirischen Personen. Der dringende Tatverdacht stellt somit zwar ein Risiko dar; er wird aber weder rechtlich missbilligt noch allein von Beschuldigten gesetzt. Seine Existenz ist dem Beschuldigten folglich nicht objektiv zurechenbar. Deshalb kann er auch dem Vorwurf einer strafatbestandlichen Pflicht nicht entsprechen. Einen Normbefehl mit dem Inhalt: „Mach dich nicht verdächtig!“ könnte der Einzelne doch nicht befolgen.<sup>488</sup> Ob die Verfolgung jeglicher Strafzwecke mit der Untersuchungshaft dadurch ausgeschlossen ist, mag hier dahinstehen. Jedenfalls ein straftheoretisches Einwirken im Sinne der positiven Spezialprävention, bei dem der Untersuchungshäftling im Fokus steht, scheint beim Fehlenden der objektiven Zurechenbarkeit wenig erfolgversprechend zu sein.

Eine Ausnahme könnte allerdings bei der negativen Spezialprävention<sup>489</sup> in Form der Straftatverhütung durch Einsperrung des Straftäters zum Schutz der Allgemeinheit („selective in-

---

<sup>486</sup> Paeffgen, S. 117.

<sup>487</sup> Roxin in ZStW 2004, 929 ff.; vgl. auch: ders. StR AT I § 11 Rn. 44 ff.

<sup>488</sup> Vgl. Paeffgen, S. 117; so im Ergebnis auch Frister, S. 78.

<sup>489</sup> BVerfGE 45, 187, 257; vgl. auch: Streng Sanktionen Rn. 26, 41; Meier Sanktionen, S. 18, 25.



capacitation<sup>490</sup>) gegeben sein. Schließlich handelt es sich hierbei um einen Strafzweck, der auch bei der Maßregel der Sicherungsverwahrung an erster Stelle steht (vgl. Kap. 1 II 3). Da der Untersuchungshäftling, jedenfalls solange ihm die körperliche Fortbewegungsfreiheit vollständig entzogen ist, an der Begehung von Straftaten gehindert ist, ist die negative Spezialprävention bei der freiheitsentziehenden Untersuchungshaft stets mitverwirklicht. Eine (kurzfristige) Unschädlichmachung des Verdächtigen zum Schutz der Allgemeinheit ist mithin gegeben. Der Schutzaspekt scheint bei § 112 III StPO aber nicht im Vordergrund zu stehen.

### **bb) Negative und positive Generalprävention**

Da bei § 112 III StPO der hohe Respekt vor den mit dem menschlichen Leben gleichgestellten Rechtsgütern (vgl. §§ 129a, 226, 306b StGB) vor allem vor der Rechtsgemeinschaft erwiesen werden soll, deutet diese Regelung vielmehr auf den die Allgemeinheit ansprechenden Strafzweck der Generalprävention hin.

Die negative Generalprävention, bei der es um die Abschreckung noch unentschlossener, tatgeneigter Personen geht, ist zwar durch Erleichterung der Haftanordnung verwirklicht (IV 1 a). Die den gesetzgeberischen Motivationen von 1964 zugrunde liegende Annahme, dass die öffentliche Meinung die sanktionslose Existenz eines Kapitaldelikts nicht ertrage, scheint jedoch eher auf die Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Rechtsordnung und das Einüben normgemäßen Verhaltens im Sinne der positiven Generalprävention abzielen.

Die Zurechnungslehre steht diesem an die Allgemeinheit gerichteten Strafzweck zwar entgegen. Unterbinden kann sie seine Wirkungen aber nicht. Es wurde bereits erläutert, dass der Gesetzgeber (diskriminierende) Reaktionen der Öffentlichkeit auf die Rechtsfolge der Untersuchungshaft nicht verhindern kann (II 3, 5, III 3).

Für den generalpräventiven Zweck der Normgeltung spricht hier, dass sich Teile der Literatur durch § 112 III StPO an den „penetrant nationalsozialistischen Haftgrund der Erregung der Öffentlichkeit“<sup>491</sup> erinnert fühlen. Wenn man weiterhin bedenkt, dass gerade der geständige oder so gut wie überführte Täter eines Kapitaldelikts aus Gründen des Friedensschutzes, des Gerechtigkeitsempfindens und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung nicht in der Gesellschaft belassen werden soll,<sup>492</sup> könnte es dem Gesetzgeber bei § 112 III StPO gerade um die

---

<sup>490</sup> Vgl. bereits Fn. 69.

<sup>491</sup> Dahs in NJW 1966, 763/764; Deckers in AnwBl 1983, 421; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 43a.

<sup>492</sup> Vgl. dazu: Dünnebieber in NJW 1966, 232; Dahs in NJW 1966, 763; Schloth, S. 43.

- vom BVerfG abgelehnte - Vermeidung einer Beunruhigung der öffentlichen Meinung bzw. den sog. Haftgrund „der ‘Unerträglichkeit’“<sup>493</sup> gegangen sein.

Eine solche Regelung dürfte aufgrund ihres ordnungsrechtlichen Schwerpunkts jedoch nicht mehr der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zuzuordnen sein. Nach Art. 72, 74 I Nr. 1, 4 Var. GG setzt die Zuordnung einer Norm zu den bundesgesetzlichen Regelungen der Untersuchungshaft (§§ 112 ff. StPO) jedenfalls einen Bezug zum „gerichtlichen Verfahren“ voraus. Dieser kann bei der Bewahrung der Ordnung zwar nicht ausgeschlossen werden. Wird nämlich die (vermeintliche) Begehung eines der aufgezählten Kapitaldelikte bekannt, so ist sie durchaus geeignet, die Öffentlichkeit derart zu erregen, dass eine aufgebrachte Mehrheit das staatliche Gewaltmonopol bedrohen und dadurch das justizförmige Verfahren beeinträchtigen kann. Beispielsweise *Paeffgen* beschreibt die Erregung der Öffentlichkeit als „massenpsychologisches Phänomen“<sup>494</sup>, das in der Lage sei, alle rechtsstaatlichen Errungenschaften, die im Volksbewusstsein oft nur rationalistisch hingenommenen würden, ins Wanken zu bringen. Allerdings scheint bei einer solchen Regelung nicht der Verfahrensschutz, sondern der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Vordergrund zu stehen. Daher müsste sie im Polizei- und Ordnungsrecht, mithin im Landesrecht, zu verorten sein (vgl. Art. 70 I GG).

Als „typisch polizeirechtliche Konstruktion der Gefahrenabwehr“<sup>495</sup> müsste solch eine Regelung die Inanspruchnahme des Beschuldigten als Störer voraussetzen (vgl. § 13 ff. ASOG Bln). Letztes würde jedoch an der fehlenden Verursachung scheitern. Der Tatverdacht mag zwar der Auslöser sein; die Beunruhigung der Allgemeinheit wird jedoch nicht vom Tatverdächtigen selbst hervorgerufen, sondern - wie *Paeffgen*<sup>496</sup> richtig beschreibt - von den Opfern der Tat, den Medien und etwaigen kleinbürgerlichen Organisationen produziert. Überdies sei sie als kollektives Phänomen „extrem manipulierbar“<sup>497</sup>. Da der Beschuldigte in diesem Fall also kein Störer ist und seine Inanspruchnahme als Nicht-Störer ausscheiden muss, sofern konkretisierbare Teile der störenden Allgemeinheit verantwortlich gemacht werden können, passt die fragliche Regelung also auch nicht in das System des Polizei- und Ordnungsrechts.

Interpretiert man aber die Vermeidung einer Beunruhigung der öffentlichen Meinung nicht so sehr im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit und Ordnung, sondern mehr in Richtung des ebenfalls vom Gesetzgeber erwähnten Rechtsfriedens und Gerechtigkeitsempfindens, bleibt eine letzte Verständnismöglichkeit der Norm übrig, die für *Meinen*<sup>498</sup> zugleich „der eigentli-

<sup>493</sup> Dünnebier in NJW 1966, 233; ihm folgend: Dahn in NJW 1966, 762.

<sup>494</sup> Paeffgen, S. 116.

<sup>495</sup> Vgl. z. B. Paeffgen, S. 115/116; Schloth, S. 192.

<sup>496</sup> Paeffgen, S. 116.

<sup>497</sup> Paeffgen, S. 132.

<sup>498</sup> Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 88; so im Ergebnis wohl auch Montenbruck in ZR II Rn. 417.

che Grund für die Existenz“ des § 112 III StPO ist. So kann sich der Gesetzgeber bei der Regelung eines automatischen Haftgrundes wegen des Verdachts schwerer Straftaten von der Überlegung leiten lassen haben, dass bei ausbleibender staatlicher Intervention der Anschein erweckt würde, der Staat wolle die schweren Straftaten nicht ernsthaft bekämpfen. Der Verzicht auf eine solche Haftregelung zur Kriminalitätsbekämpfung<sup>499</sup> würde eine Gefährdung des staatlichen Gewaltmonopols bedeuten. Legt man diese Motivation zugrunde, scheint es bei § 112 III StPO zwar um strafrechtliche Prävention zu gehen. Die Prävention des Strafverfahrens strebt der Gesetzgeber aber nicht an. Er bezieht sich vielmehr auf den Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit in die Geltung und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung. Hierbei handelt es sich aber gerade um eine materiell-rechtliche Erwägung, nämlich um den straftheoretischen Zweck der positiven Generalprävention, wie ihn auch das BVerfG<sup>500</sup> beschreibt.

#### d) Fazit

Die verfassungskonforme Auslegung des Tatschwere-Haftgrundes durch das BVerfG kollidiert mit dem gesetzgeberischen Willen und ist daher als unhaltbar zu qualifizieren. Wegen der Loslösung vom verfahrenssichernden Zweck ist eine negativ-spezialpräventive Zielsetzung zwar denkbar. Nach grammatikalischer und historischer Auslegung lässt sich § 112 III StPO aber eher im Sinne des straftheoretischen Zwecks der positiven Generalprävention verstehen.<sup>501</sup> Die oben angeführten Bezeichnungen der Verdachtsstrafe oder vorweggenommenen Strafe sind insofern nicht völlig unberechtigt.

## 2. Die Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO)

Gemäß § 112a StPO kann die Untersuchungshaft angeordnet werden, wenn dringender Tatverdacht hinsichtlich einer der Katalogtaten des § 112a I 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StPO vorliegt und die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte weitere erhebliche Straftaten gleicher Art begehen wird. Da Tatverdacht und Haftgrund dem Wortlaut nach zusammenfallen, könnte hier eine „vorweggenommene Strafhaft“<sup>502</sup> oder „Verdachtstrafe“<sup>503</sup> vorliegen. Ebenso wie bei § 112 III StPO könnte der fehlende Verfahrensbezug auf straftheoretische Tendenzen hindeuten.

<sup>499</sup> Vgl. dazu: AK-Deckers § 112 Rn. 29; Hassemer in StV 1984, 41; ders. in StV 2006, 324.

<sup>500</sup> BVerfGE 45, 187, 256; vgl. auch: Jakobs StR AT 1. Abschn. Rn. 4-16.

<sup>501</sup> So im Ergebnis wohl auch: AK-Deckers § 112 Rn. 9, 29; Freund in GA 1995, 21; Wolter in ZStW 1981, 483; a. A. aber: SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 11; ders., S. 15.

<sup>502</sup> Wolter in ZStW 1981, 485, 487; vgl. auch: AK-Deckers § 112a Rn. 6; SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 5a; Meyer/Roxin ZStW 1970, 1125; Roxin/Schünemann § 30 Rn. 12; Schmitt in JZ 1965, 195, 196.

<sup>503</sup> Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79; Klug, S. 438, 439; Wolter in ZStW 1981, 485; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 7.

### a) Die Rechtsprechung des BVerfG

Trotz des fehlenden Verfahrensbezugs hat das BVerfG den Haftgrund der Wiederholungsgefahr in zwei Entscheidungen als mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen.

In der ersten, bereits ausführlich dargestellten Entscheidung zum Haftgrund der Tatschwere vom 15.12.1965<sup>504</sup> äußert sich das BVerfG mit einem obiter dictum auch zu dem noch auf Sittlichkeitsdelikte begrenzten Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112 III StPO a. F.<sup>505</sup>), der nahezu der heutigen Regelung des § 112a I 1 Nr. 1 StPO entspricht. Hier stellt es kurz fest, dass die Wiederholungsgefahr nicht dem „vornehmliche[n] Zweck“ der Untersuchungshaft diene. Dieser nämlich liege darin, „die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen“. Da § 112 III StPO a. F. aber „den Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten“ bezwecke und damit einen „präventiv-polizeilichen Gesichtspunkt“ verfolge, gehe er über den „eigentliche[n] Rechtfertigungsgrund der Untersuchungshaft“ hinaus. Seine Verhältnis- und Verfassungsmäßigkeit hat einen anderen Grund:

„Er kann jedoch damit gerechtfertigt werden, daß es hier um die Bewahrung eines besonders schutzbedürftigen Kreises der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten geht; auch erscheint es zweckmäßiger, diesen Schutz den bereits mit der Aufklärung der begangenen Straftat befaßten Strafverfolgungsbehörden und damit dem Richter anzuvertrauen als der Polizei.“

In der zweiten Entscheidung vom 30.05.1973 bestätigt das BVerfG<sup>506</sup> sein obiter dictum zu § 112a I 1 Nr. 1 StPO und erklärt anschließend § 112a I 1 Nr. 2 StPO für verhältnis- und verfassungsmäßig. Wie in der obigen Entscheidung betont es hier zunächst ganz allgemein, dass „die unabweisbaren Bedürfnisse an einer wirksamen Strafverfolgung“ zu den überwiegenden Gemeinwohlbelangen zu zählen seien. Bei Beachtung des „Verhältnismäßigkeitsgebot[s]“ stelle sich die Untersuchungshaft somit als „notwendiges Mittel zur Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und zur Sicherstellung der späteren Strafvollstreckung“ dar, das „keinen verfassungsrechtlichen Bedenken“ ausgesetzt sei. Anschließend führt das Gericht - soweit ersichtlich - erstmalig explizit die „funktionsfähige Strafrechtspflege“ zur Rechtfertigung der Untersuchungshaft an:

„In dem Bedürfnis, eine funktionsfähige Strafrechtspflege zu gewährleisten, macht sich mittelbar das übergreifende Interesse der Rechtsgemeinschaft an wirksamer Verbrechensbekämpfung geltend. Dieses Interesse kann auch unmittelbar freiheitsbeschränkende Maßnahmen rechtfertigen.“

<sup>504</sup> BVerfGE 19, 342, 349/350 (vgl. schon Fn. 451).

<sup>505</sup> Vgl. StPÄG vom 19.12.1964: BGBl. I, 1067 (Fn. 478).

<sup>506</sup> BVerfGE 35, 185 ff., 190-192.

Das Zitat bestätigt indirekt die Aussage der ersten Entscheidung, wonach der Haftgrund der Wiederholungsgefahr über den eigentlichen Zweck der Untersuchungshaft hinausgehe. Das bekannte Argumentationsschema, das ausschließlich am Interesse der Verfahrens- und Vollstreckungssicherung ausgerichtet ist, wird verlassen. Über den Zweck der funktionsfähigen Strafrechtspflege gelangt das BVerfG zu demjenigen der wirksamen Verbrechensbekämpfung. So ist es in der Lage, die Wiederholungsgefahr als „weiteren Haftgrund“ (vgl. § 112a I 1 StPO) anzuerkennen, „obwohl hierbei nicht die Sicherung des Strafverfahrens, sondern der Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten, also ein präventiver Gesichtspunkt, maßgebend ist“. Konkret gehe es bei dem von § 112a I 1 Nr. 1 StPO „umschriebenen Bereich der Sittlichkeitsdelikte“ um die „Bewahrung eines besonders schutzbedürftigen Kreises der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten“.

Eine Überleitung zu § 112a I 1 Nr. 2 StPO findet sich in der Formulierung, dass es nicht ausgeschlossen sei, „die Wiederholungsgefahr auch bei anderen Delikten als Haftgrund gelten zu lassen“. Zur Begründung dient der Gesetzesvorbehalt im Freiheitsrecht der EMRK:

„Art. 5 Abs. 1 Buchstabe c der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (BGBl. 1952 II, S. 685) bestimmt ganz allgemein, daß dem Einzelnen die Freiheit entzogen werden darf, wenn begründeter Anlaß zu der Annahme besteht, daß es notwendig ist, den Betroffenen an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern.“

Allerdings stelle das Grundgesetz hinsichtlich der Ausdehnung der Haftregelung strengere Anforderungen an den Gesetzgeber als die EMRK. Das „Sicherungsbedürfnis der Gemeinschaft“ könne „den verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsanspruch des noch nicht verurteilten, lediglich verdächtigen Beschuldigten“ daher nur „unter bestimmten Voraussetzungen“ überwiegen. Diese seien gegeben, wenn sich die Anlasstat „nach ihrem gesetzlichen Tatbestand“ und durch den „in der Höhe der Strafandrohung zum Ausdruck kommenden Unrechtsgehalt“ als Tat auszeichne, die den „Rechtsfrieden empfindlich stört“. Das BVerfG geht davon aus, dass der Gesetzgeber diesem Erfordernis dadurch genügt habe, dass in § 112a I 1 Nr. 2 StPO eine „Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr“ drohen muss (vgl. § 112a I 1 a. E. StPO). Hierdurch steige die Wahrscheinlichkeit, dass „die Tat, deren der Beschuldigte dringend verdächtigt ist, auch in ihrer konkreten Gestalt, insbesondere nach Art und Ausmaß des angerichteten Schadens, die Rechtsordnung schwerwiegend beeinträchtigt“ (vgl. § 112a I 1 Nr. 2 StPO). Da der Gesetzgeber in § 112a II StPO überdies eine Subsidiaritätsklausel vorgesehen und den „Vollzug der Haft“ - über § 121 StPO hinaus - auf ein Jahr beschränkt hat (vgl. § 122a StPO), wird auch § 112a I 1 Nr. 2 StPO vom BVerfG letztlich als verhältnis- und verfassungsmäßig angesehen. Äußerungen zu möglicherweise bestehenden straftheoretischen Tendenzen erübrigen sich für das BVerfG daher auch bei § 112a StPO.

## b) Argumente gegen die Vorgehensweise des BVerfG

Zur Erörterung potentieller straftheoretischer Motivationen könnte man jedoch gelangen, wenn man die „funktionsfähige Strafrechtspflege“ und die „wirksame[r] Verbrechensbekämpfung“ hier nicht - wie das BVerfG - als „präventiv-polizeilichen Gesichtspunkt“ qualifiziert.

### aa) Einwände gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit

In der Literatur deuten insbesondere die formellen, sich auf die Gesetzgebungskompetenzen (vgl. Art. 70 ff. GG) beziehenden Einwände darauf hin, dass dem BVerfG nicht gefolgt werden kann. Dadurch, dass das Gericht den Zweck der Verfahrenssicherung nicht - wie bei § 112 III StPO - in § 112a StPO hineingelesen hat, ist diese Vorschrift, die die Untersuchungshaft als „Sicherungshaft“<sup>507</sup> oder „Vorbeugehaft“<sup>508</sup> ausgestaltet, dem Vorwurf der Systemwidrigkeit<sup>509</sup> in besonderer Weise ausgesetzt.

Grundsätzlich besteht für die Regelungen der Untersuchungshaft eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes (vgl. Art. 72 I, 74 GG). Da die §§ 112 ff. StPO der Sicherung des Strafverfahrens dienen, sind sie dem gerichtlichen Verfahren (Art. 74 I Nr. 1, 4. Var. GG), genauer dem Strafverfahren, zuzuordnen. Beim Strafverfahren bzw. seiner Prävention handelt es sich um eine Materie, von der der Bundesgesetzgeber in abschließender Weise Gebrauch gemacht hat (Art. 72 I GG).

In den oben dargestellten Entscheidungen zur Wiederholungsfahr äußert sich das BVerfG nicht zu den Art. 70 ff. GG, sondern hält lediglich eine Zuständigkeit der Strafverfolgungsbehörden respektive des Richters für „zweckmäßiger“. Damit setzt es zwar ein Bundesgesetz voraus. Folgt man dem Gericht auch in der Auslegung des § 112a StPO, kann sich dies allerdings nicht aus Art. 74 I Nr. 1, 4. Var. GG ergeben. Denn bei § 112a StPO geht es um die allgemeinen Zwecke der „funktionsfähige[n] Strafrechtspflege“ und „wirksame[n] Verbrechensbekämpfung“, genauer um die „Bewahrung eines besonders schutzbedürftigen Kreises der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten“. Mit dem Schutz vor drohenden Straftaten bzw. der Gefahr einer Wiederholung wird das für Strafver-

<sup>507</sup> Schmitt in JZ 1965, 194, 196; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 7; Klug, S. 437; LR-Hilger § 112a Rn. 9/10; Seebode in HRRS 5/2008, 237; AK-Deckers § 112a Rn. 3; Humberg in Jura 2005, 377; Nerée in StV 1993, 212; Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79; Wolter in ZStW 1981, 484; SK-StPO-Paefgen § 112a Rn. 3; Weigend in FS-Müller, S. 741; Geppert in Jura 1991, 269, 271.

<sup>508</sup> Baumann in JZ 1969, 135, 136, 137, 139; Klug, S. 437, 439, 440; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 89; Demko in HRRS 3/2004, 102; Meyer/Roxin ZStW 1970, 1125; Weigend in FS-Müller, S. 741; Seebode in HRRS 5/2008, 237; Nerée in StV 1993, 212; Humberg in Jura 2005, 377; Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79; Wolter in ZStW 1981, 484; vgl.: Seebode, S. 74; Geppert in Jura 1991, 269, 271.

<sup>509</sup> Baumann in JZ 1969, 139; LR-Hilger § 112a Rn. 10; Roxin/Schünemann § 30 Rn. 12; Seebode in HRRS 5/2008, 237; ders., S. 74 ff.; Humberg in Jura 2005, 377; vgl. auch: Dahs HB Rn. 343; Klug, S. 437, 439, 440; Weigend in FS-Müller, S. 741, 742; Ranft Rn. 652; SK-StPO-Paefgen § 112a Rn. 3; ders., S. 138 ff.; Dünkel in NK 4/1994, 25; Abenhausen in Jung, S. 158.

folgung und Strafverfahren relevante Kriterium des Anfangsverdachts (vgl. § 152 II StPO) aufgegeben. Eine Ausnahme existiert in den Fällen der vorsorgenden Verbrechensbekämpfung - z. B. bei der vorbeugenden Telekommunikationsüberwachung<sup>510</sup> - nur dann, wenn die „Vorsorge für die Verfolgung noch gar nicht begangener, sondern in ungewisser Zukunft bevorstehender Straftaten“ günstig auf die „Durchführung künftiger Strafverfahren“ wirkt. Im Hinblick auf § 112a StPO gibt das BVerfG aber selbst zu, dass es sich hier um einen (polizeilich)-präventiven Gesichtspunkt handle, der mit dem Strafverfahren (oder seinem Schutz) nichts zu tun habe. Sofern entgegengehalten wird, dass § 112a StPO der Verfahrenssicherung aber deshalb diene, weil ein neuer Tatverdacht das anhängige Verfahren verlängern könne<sup>511</sup>, handelt es sich um ein bloßes „Verlegenheitsargument“<sup>512</sup>. Gemäß §§ 3, 237 StPO besteht die Möglichkeit der Verfahrensverbindung. Für eine Bundeszuständigkeit wird außerdem die ungeschriebene Annexkompetenz<sup>513</sup> bemüht. Betont wird, dass die StPO bereits präventive Regelungen enthalte (vgl. §§ 81b, 2. Alt., 81g, 111a, 126a, 132a, 484, 492 ff. StPO).<sup>514</sup> Dies darf jedoch, wenn vom Anfangsverdacht abstrahiert wird, keine Rolle spielen. Vieles spricht also dafür, dass eine Gesetzgebungskompetenz des Bundes im Fall des § 112a StPO nicht über das „gerichtliche Verfahren“ (Art. 74 I Nr. 1, 4. Var. GG) zu konstruieren ist.<sup>515</sup> Dem steht auch der angeführte Gesetzesvorbehalt des Art. 5 I 2 lit. c), 2. Alt. EMRK nicht entgegen. Denn er ermöglicht Freiheitseingriffe strafprozessualer und polizeilicher Natur<sup>516</sup> und ist als Regelung übernationalen Rechts überdies nicht in der Lage dem nationalen Gesetzgeber Kompetenzen zu verschaffen.

Sieht man § 112a StPO nun - wie z. B. *Paeffgen*<sup>517</sup> - als „originäre Polizei-Aufgabe“ an, wäre eine kompetenzielle Zuständigkeit der Länder begründet (vgl. Art. 70 I GG). § 112a StPO brächte also zwangsläufig eine Überschreitung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zulasten der Länder mit sich. Abgesehen von der verfassungsrechtlichen Problematik bestünde außerdem das Problem, dass ein dringender Tatverdacht nicht mit einer Störer-Eigenschaft gleichgesetzt werden kann (vgl. IV 1 c bb). Gegen eine polizeiliche Regelung spricht aber vor allem, dass sie dem kriminalpolitischen Bedürfnis nach einer bundesrechtlichen Regelung zum Zwecke „wirksamer Verbrechensbekämpfung“ nicht gerecht wird.

<sup>510</sup> BVerfGE 113, 348, 368 ff.; krit. dazu: SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 14c.

<sup>511</sup> So z. B.: Meyer/Schmidt in ZStW 1970, 1122; Schloth, S. 141.

<sup>512</sup> Seebode, S. 76.

<sup>513</sup> LR-Hilger § 112a Rn. 11; krit.: SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 17, § 112a Rn. 4; ders., S. 149 ff., 150/151; a. A.: Schloth, S. 158/159.

<sup>514</sup> So z. B. Humberg in Jura 2005, 378; krit. aber: Paeffgen, S. 145 ff.; ders. SK-StPO § 112a Rn. 6.

<sup>515</sup> A. A. Schloth, S. 158/159.

<sup>516</sup> Vgl.: LR-Hilger § 112a Rn. 12a; Baumann in JZ 1969, 136; a. A. aber: Meyer-Goßner § 112a Rn. 1.

<sup>517</sup> SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 14 ff., 14b, 15 (m. w. N.); ders., S. 138 ff.

Die Existenz eines solchen Bedürfnisses wird schon dadurch signalisiert, dass lediglich eine Mindermeinung<sup>518</sup> die Streichung von § 112a StPO zur Vermeidung eines Etikettenschwindels erstrebt, während die h. L. - im Anschluss an das BVerfG - eine restriktive Handhabung des § 112a StPO propagiert.<sup>519</sup> Auch dem Gesetzgeber dürfte es um eine bundesrechtliche, kriminalpräventive Regelung gegangen sein. Schließlich hat er den Haftgrund nicht versehentlich in § 112a StPO, also in einer gesonderten Vorschrift, außerhalb von § 112 StPO geregelt. Vielmehr wollte er so seinen differenten Zweck hervorheben. Dass es sich hierbei nicht um einen polizeilich-präventiven handelt, präzisiert er in § 122a StPO. Während die Sondervorschrift für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr den „Vollzug der Haft“ auf ein Jahr begrenzt, wird in der äquivalenten Regelung für die übrigen Haftgründe explizit auf den „Vollzug der Untersuchungshaft“ abgestellt (§ 121 I StPO). Vergleicht man die beiden Zitate, verwendet der Gesetzgeber im Fall des § 112a StPO mit der „Haft“ einen eher pönal anmutenden Begriff. Dass über § 112a I 2 StPO neuerdings auch rechtskräftig abgeurteilte Straftaten für den Haftgrund ausschlaggebend sein sollen, bestärkt dies noch. Wenn man weiterhin bedenkt, dass die Straftat im Falle der Untersuchungshaft schon begangen ist<sup>520</sup>, kann § 112a StPO, sofern eine bundesrechtliche Regelung gewollt ist, nur unter das allgemeine „Strafrecht“ (Art. 74 I Nr. 1, 2. Var. GG) subsumiert werden.

#### **bb) Einwände gegen die materielle Verfassungsmäßigkeit**

Dieses Ergebnis wird von den gegen die materielle Verfassungsmäßigkeit des § 112a StPO erhobenen Einwänden gestützt. Die Ansicht, dass insbesondere § 112a I 1 Nr. 2 StPO an „völlig inhomogene[n]“<sup>521</sup> Anlasstaten anknüpfe und der Haftgrund insgesamt nicht in der Lage sei, seinen Zweck, einen besonders schutzwürdigen Bevölkerungskreis zu bewahren, zu erfüllen,<sup>522</sup> führt zwar zur Unverhältnismäßigkeit. Gleichzeitig signalisiert dies aber auch, dass bereits der Zweck das Problem ist. Nicht umsonst wird in dem Verzicht auf den Verfahrensbezug auch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung erblickt.<sup>523</sup> Vor allem letzter deutet straftheoretische Erwägungen an.

<sup>518</sup> Wolter in ZStW 1981, 487; Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79.

<sup>519</sup> Vgl. z. B.: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 93, 94, 97; Schlothauer/Weider Rn. 646 ff., 650, 654; Herrmann Rn. 809 ff.; Schmitt in JZ 1965, 194.

<sup>520</sup> So wohl auch BVerfGE 19, 342, 350 (vgl. bereits Fn. 504).

<sup>521</sup> SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 7c, vgl. auch: LR-Hilger § 112a Rn. 17.

<sup>522</sup> Vgl. dazu: Roxin/Schünemann § 30 Rn. 12; Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79; SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 3, 4; ders., S. 157.

<sup>523</sup> Vgl.: Demko in HRRS 3/2004, 102; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 7, 8, 95; Wolter in ZStW 1981, 485; AK-Deckers § 112a Rn. 6; Hassemer in StV 1984, 41; Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79; Klug, S. 438; Paeffgen, S. 144, 159 ff., 163. A. A. (h. M.): Meyer-Goßner § 112a Rn. 1; Dreher in MDR 1970, 967; Herrmann Rn. 805, 806; Wiesneth Rn. 123; Humberg in Jura 2005, 378/379; Kühne Rn. 421; Schloth, S. 160 ff.; Geppert in Jura 1991, 269, 271; Frister, S. 102.



### cc) **Fazit**

Da eine Bundeszuständigkeit für die Regelung des § 112a StPO nur über das allgemeine „Strafrecht“ (Art. 74 I Nr. 1, 2. Var. GG) konstruiert werden kann, ist die Verfolgung bestimmter materiell-rechtlicher, genauer straftheoretischer Zwecke, mit der Untersuchungshaft angezeigt. Die Annahme eines Verstoßes gegen die Unschuldsvermutung bestätigt dies.

Dass die Zwecke der General- und negativen Spezialprävention unabhängig von der Verantwortlichkeit und Schuld des Betroffenen erreicht werden können und deshalb auch beim Verdacht nicht völlig sinnlos erscheinen, wurde bereits bei § 112 III StPO gezeigt und braucht hier nicht erneut dargestellt werden (IV 1 c aa, bb).

### c) **Würdigung im Hinblick auf straftheoretische Zwecke**

Fraglich ist jedoch, welcher präventive Strafaspekt von einer historisch-teleologischen Auslegung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr bestätigt wird.

#### aa) **Positive Generalprävention**

Eine generalpräventive Ausrichtung im Sinne des Schutzes des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung könnte man vermuten, wenn man mit *Schloth*<sup>524</sup> davon ausgeht, dass insbesondere in politischen Krisenzeiten umstrittene Tatbestände des materiellen Rechts Eingang in die §§ 112 III, 112a StPO finden.

Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr wurde - wie bereits erwähnt (IV 1 b bb) - erstmals durch den nationalsozialistischen Gesetzgeber geregelt. Bis zum RechtseinheitsG von 1950 war er nur in der sowjetisch besetzten Zone eliminiert.<sup>525</sup> Das StPÄG von 1964 integrierte die Wiederholungsgefahr und die Tatschwere abermals in die StPO (vgl. § 112 III, IV StPO a. F.). Auch die Wiederholungsgefahr sollte der unerwünschten, apokryphen Annahme der Fluchtgefahr entgegenwirken.<sup>526</sup> Zum Zeitpunkt der Wiedereinführung war der Haftgrund hinsichtlich seiner Anlasstaten noch auf die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung begrenzt. Der enge Anwendungsbereich führte vermutlich dazu, dass Bundesjustizminister *Bucher*<sup>527</sup> die Übernahme der präventiven Regelung in die StPO, die noch von der Justizkommission des Reichstags abgelehnt wurde,<sup>528</sup> trotz systematischer Probleme zuließ:

<sup>524</sup> Schloth, S. 203.

<sup>525</sup> Vgl.: Humberg in Jura 2005, 377; Schloth, S. 37; SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 1.

<sup>526</sup> Meyer/Jescheck bzw. Baldus in ZStW 1970, 1121/1122, 1128; Schmitt in JZ 1965, 194; Baumann in JZ 1969, 137, 136; Schloth, S. 41; vgl. auch: Dünnebier in NJW 1966, 232; AK-Deckers § 112a Rn. 2.

<sup>527</sup> Zitiert nach LR-Hilger § 112a Rn. 9; vgl. auch: Meyer/Schmidt in ZStW 1970, 1122; Schloth, S. 49.

<sup>528</sup> Vgl.: Schloth, S. 29; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 14b, § 112a Rn. 1; Weigend in FS-Müller, S. 742.

„Das ist zwar systematisch nicht in Ordnung, da es sich hier eigentlich nicht um die Frage der Untersuchungshaft, sondern um eine Frage der Sicherungshaft handelt; wir haben aber davon abgesehen, hier perfektionistisch zu sein, es als Sicherungshaft zu bezeichnen und durch das ganze Gesetz hindurch entsprechende redaktionelle Änderungen vorzunehmen“.

Durch das StPÄG vom 07.08.1972<sup>529</sup> wurde § 112 III StPO a. F. erstmals um andere Delikte erweitert. Gleichzeitig wandelte man ihn in die eigenständige Vorschrift des § 112a StPO um. Die Anlasstaten wurden nach Nr. 1 und Nr. 2 unterschieden. Während die ursprünglichen Anlasstaten, die Sittlichkeitsdelikte, in Nr. 1 ihren Platz bekamen, fasste man die neu eingefügten, schwerer wiegenden Körperverletzungs-, Diebstahls-, Raub-, Betrugs-, Brandstiftungs- und BtMG-Delikte unter dem Begriff der sog. typischen Hang- und Serielikte<sup>530</sup> in Nr. 2 zusammen. Die gesetzgeberische Unterscheidung zwischen den Sexual- und den Serielikten ist jedoch ironisch: Während der dringende Tatverdacht einer Anlasstat nach § 112a I 1 Nr. 1 StPO die Rückfälligkeit bereits impliziert<sup>531</sup>, wird für § 112a I 1 Nr. 2 StPO, also für die typischen Serielikte, stets eine wiederholte Begehung der Anlasstat gefordert<sup>532</sup>. Unabhängig davon muss in beiden Fällen zusätzlich die Gefahr einer erheblichen und gleichartigen Straftat des Verdächtigen vor seiner rechtskräftigen Aburteilung anhand von „bestimmten Tatsachen“ gesondert belegt werden (vgl. § 112a I 1 StPO). Nach § 112a I 2 StPO a. F. sollte eine Wiederholungsgefahr in den Fällen der Nr. 2 insbesondere dann gegeben sein, wenn „der Beschuldigte innerhalb der letzten fünf Jahre wegen einer Straftat gleicher Art rechtskräftig zu Freiheitsstrafe verurteilt“ worden war. Schon dies könnte dafür sprechen, dass die Katalogtaten nicht nur inhomogen und unverhältnismäßig, sondern auch hinsichtlich ihrer Wiederholungsgefahr wenig empirisch fundiert<sup>533</sup> sind.

Der Gesetzgeber hat auch nach 1972 nicht von Änderungen und Ausweitungen der Norm abgesehen, was insbesondere wegen der von BVerfG und h. L. angemahnten restriktiven Handhabung (vgl. IV 2 a, b bb) nicht unproblematisch erscheint. Durch das 4. StrRG vom 23.11.1973<sup>534</sup> erhielt § 112a I 1 Nr. 1 StPO hinsichtlich der Sexualdelikte seine heutige Fassung (vgl. §§ 174, 174a, 176-179 StGB). Das Gesetz zur Neuordnung des Betäubungsmittelrechts vom 28.07.1981<sup>535</sup> fügte die §§ 29 I Nr. 1, 4, 10, III, 30 I BtMG in § 112 I 1 Nr. 2 StPO ein. Das „Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches, der Strafprozessordnung und des Ver-

<sup>529</sup> BGBl. I, 1361/1362; vgl. auch: Schloth, S. 52-56.

<sup>530</sup> BT-Drs. 6/3561; Nerée in StV 1993, 215; Meyer-Goßner § 112a Rn. 7; SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 11; KK-Graf § 112a Rn. 6; vgl. auch: Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 78.

<sup>531</sup> Vgl. dazu: Egg in Kriminalistik 1999, 367-373; Schneider in MschrKrim 2002, 251-270; Nerée in StV 1993, 214; Behm in StraFo 2008, 73; Wiesneth Rn. 162; Humberg in Jura 2005, 380.

<sup>532</sup> Vgl.: Humberg in Jura 2005, 380/381; SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 7b, 11; Heghmanns/Scheffler-Meinen Rn. 91, 92; Wiesneth Rn. 163; Kühne Rn. 422; LR-Hilger § 112a Rn. 26.

<sup>533</sup> SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 3, 9a; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 92; OLG Bremen in StraFo 2008, 72 ff. mit Anm. Behm; Herrmann Rn. 814; Schmitt in JZ 1965, 196.

<sup>534</sup> BGBl. I, 1725, 1731.

<sup>535</sup> BGBl. I, 681, 702.

sammlungsgesetzes und zur Einführung der Kronzeugenregelung bei terroristischen Straftaten“ vom 09.06.1989<sup>536</sup> brachte den qualifizierten - aber nicht individualschützenden - Landfriedensbruch (§ 125a StGB) in § 112a I 1 Nr. 2 StPO unter. Das OrgKG vom 15.07.1992<sup>537</sup> ergänzte die §§ 29a I, 30a I BtMG. Mit dem sog. Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994<sup>538</sup> wurde § 112a I 2 StPO gestrichen, was die Anwendung des Haftgrundes bei Serielikten - zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität - vereinfachen sollte. Das 33. StrÄndG vom 01.07.1997<sup>539</sup> nahm eine Änderung der in Nr. 1 bezeichneten Sexualstraftaten vor, die durch das 6. StrRG vom 26.01.1998<sup>540</sup> wieder rückgängig gemacht wurde. Das „Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen“ (40. StrÄndG) vom 22.03.2007<sup>541</sup> erweiterte § 112a I 1 Nr. 1 StPO um die Qualifikationen des umstrittenen<sup>542</sup> Stalking-Tatbestandes (§ 238 II, III StGB). Durch das sog. 2. Opferrechtsreformgesetz vom 29.07.2009<sup>543</sup> erhält § 112a I StPO wieder einen zweiten Satz. Dieser erlaubt es nunmehr ausdrücklich, in den Fällen der Nr. 2 andere Straftaten zu berücksichtigen, und zwar auch dann, wenn sie bereits rechtskräftig abgeurteilt worden sind. § 112a I 2 StPO beendet damit den vorher bestehenden Streit zur Berücksichtigung von Straftaten aus anderen Verfahren.<sup>544</sup> Im Gegensatz zu seinem Vorgänger aus dem Jahr 1972 bringt er aber keine Restriktivierung der ohnehin stark ausgedehnten Regelung des § 112a I 1 Nr. 2 StPO mit sich, sondern erweitert ihren Anwendungsbereich noch in problematischer Weise.<sup>545</sup> Eine vorerst letzte Änderung erfährt § 112a StPO schließlich durch das GVVG vom 30.07.2009<sup>546</sup>. Es fügt das Verbot der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat als Anlasstat in § 112a I 1 Nr. 2 StPO ein (§ 89a StGB).

Wenn man nach all dem bedenkt, dass die abschließende Regelung der Katalogtaten die Anordnung von Untersuchungshaft begrenzen soll, § 112a StPO aber - nicht nur durch besonders schwere Straftaten - stetig erweitert wurde, sind Aspekte der positiven Generalprävention nicht zu leugnen.<sup>547</sup> *Hassemer* beruft sich insofern auf den „verbreiteten Glauben an die Lös-

<sup>536</sup> BGBl. I, 1059; krit dazu: Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 72 ff, 78/79.

<sup>537</sup> BGBl. I, 1302, 1309.

<sup>538</sup> BGBl. I, 3186, 3131; krit. dazu: Dahs aaO. (Fn. 464).

<sup>539</sup> BGBl. I, 1607.

<sup>540</sup> BGBl. I, 164, 187.

<sup>541</sup> BGBl. I, 354, 355.

<sup>542</sup> Vgl. z. B.: Mitsch in NJW 2007, 1237 ff.; Valerius in JuS 2007, 319 ff.

<sup>543</sup> BGBl. I, 2280, 2281.

<sup>544</sup> Vgl. dazu: Paeffgen/OLG Schleswig in NSTz 2003, 79 mit abl. Anm. Paeffgen; OLG Hamm StV 1997, 310 mit krit. Anm. Hohmann; ausführlicher: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 93/94; Herrmann Rn. 814.

<sup>545</sup> Vgl. auch: Schlothauer/Weider Rn. 656; SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 11.

<sup>546</sup> BGBl. I, 2437, 2439.

<sup>547</sup> Vgl. dazu: Demko in HRRS 3/2004, 102; Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79; Wolter in ZStW 1981, 485; Paeffgen, S. 144, 159.

barkeit von Kriminalitätsproblemen mit Mitteln des Strafrechts“.<sup>548</sup> Auch *Schloth* stellt auf die normstabilisierende generalpräventive Funktion ab und rechtfertigt über sie schließlich auch die Gesetzgebungskompetenz des Bundes.<sup>549</sup> Denn die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung wäre, insbesondere in politischen Krisenzeiten, erschüttert, wenn ein Tatverdächtiger wegen einer der in § 112a I 1 Nr. 1, 2 StPO aufgelisteten schwereren Straftaten nicht nur auf freien Fuß bliebe, sondern noch während des andauernden Strafverfahrens weitere Straftaten gleicher Art beginge. Ein jedenfalls symbolischer<sup>550</sup> Schutz des Vertrauens der Bevölkerung in die funktionierende Rechtspflege ist also nicht von der Hand zu weisen. Auch bei § 112a StPO spielen somit Intentionen der positiven Generalprävention eine Rolle.

### bb) Negative Spezialprävention

Bei der Wiederholungsfahr könnte aber der spezialpräventive Aspekt einer Unschädlichmachung durch Inhaftierung im Vordergrund stehen. Dazu müsste es darum gehen, den Beschuldigten, der eine Gefahr für die Allgemeinheit darstellt, vorzeitig dem Gemeinschaftsleben zu entziehen, also zum Schutz möglicher Verbrechenopfer zu exkludieren.

Hierfür spricht, dass bereits im Zusammenhang mit dem StPÄG von 1964 der Vorschlag erging, diese Form der Untersuchungshaft als „Sicherungshaft“ in § 126b StPO zu regeln.<sup>551</sup> Eine entsprechende Normierung hat sich zwar nicht durchgesetzt. Dass der Gesetzgeber den straftheoretisch-sichernden Zweck dennoch nicht aufgegeben hat, soll exemplarisch an zwei neueren Gesetzen zur Erweiterung der Katalogtaten dargestellt werden.

Zu nennen ist zunächst das „Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen“ aus dem Jahr 2007, das § 238 II, III StGB in die Katalogtaten des § 112a I 1 Nr. 1 StPO eingefügt hat. Diese Erweiterung dient der sog. Deeskalationshaft<sup>552</sup>. Den Motiven ist zu entnehmen, dass einem Stalking-Opfer, dem „fortwährend nachgestellt, aufgelaert oder [zu dem] auf andere Weise mit hoher Intensität Kontakt“ gesucht wird, „in gravierenden Fällen nur dadurch wirksam geholfen werden“ kann, „dass die bereits eingetretene Eskalation durch die Verhängung von Untersuchungshaft unterbrochen wird“.<sup>553</sup>

Bei dem GVG vom 30.07.2009, das die Katalogtaten des § 112a I 1 Nr. 2 StPO um § 89a StGB ergänzt, ist es ähnlich. *Paeffgen*<sup>554</sup> hat hier die Möglichkeit, „mutmaßliche Terroristen

<sup>548</sup> Hassemer in StV 1984, 41; vgl. auch: AK-Deckers § 112 Rn. 4; Klug, S. 439/440.

<sup>549</sup> Schloth, S. 136 ff., 158/159; vgl. auch: Weigend in FS-Müller, S. 743.

<sup>550</sup> Vgl.: SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 9a; Montenbruck ZR II Rn. 417 ff., 434 ff., 435.

<sup>551</sup> BT-Drs. 4/1020, 3; vgl. auch: Dünnebier in NJW 1966, 231, 232; Schloth, S. 44,45; Wolter in ZStW 1981, 487; Baumann in JZ 1969, 137, 138, 139. Zu §§ 112, 126a StPO: Bohnert in JR 2001, 402 ff.

<sup>552</sup> BT-Drs. 15/5410; Mitsch in NJW 2007, 1241; Herrmann Rn. 821, 823.

<sup>553</sup> BT-Drs. 16/3641.

<sup>554</sup> SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 2, 14a.

längerfristig wegsperren zu können“ als „vermutliche[n] Hauptzweck dieser Norm“ ausgemacht. Dem kann mit Blick auf die gesetzgeberischen Motivationen zugestimmt werden:

„Da es sich bei den Straftaten, deren Vorbereitung durch § 89a StGB unter Strafe gestellt wird, ausnahmslos um solche handelt, die mit schwersten Folgen für die Opfer verbunden sind, muss es zum Schutz der Allgemeinheit vor solchen Taten möglich sein, gegen wiederholt oder fortgesetzt vorbereitend tätig werdende Beschuldigte einen Haftbefehl wegen Wiederholungsgefahr zu erlassen.“<sup>555</sup>

An den §§ 89a, 238 II, III StGB zeigt sich somit, dass § 112a StPO die vorbeugende Verwahrung<sup>556</sup> zum Schutz besonderer Mitglieder der Gesellschaft oder der Gesellschaft im Allgemeinen vor (schwereren) Straftaten erstrebt. Er kann folglich auch im Sinne des Strafzwecks der negativen Spezialprävention verstanden werden.<sup>557</sup>

#### d) Fazit

Das BVerfG stellt bei § 112a StPO nicht auf die Verfahrens- und Vollstreckungssicherung ab, sondern lässt mit der funktionsfähigen Strafrechtspflege und wirksamen Verbrechensbekämpfung einen verfahrensunabhängigen, präventiven Zweck im Recht der Untersuchungshaft zu. Dieser Zweck ist jedoch nicht in erster Linie dem Polizei- und Ordnungsrecht zuzuordnen. Vielmehr kommt es bei der Verbrechensbekämpfung auf die materiell-rechtlichen Erwägungen der Straftheorien an. Positive Generalprävention und negative Spezialprävention sind denkbar. Und, auch wenn es noch nie jemandem gelungen ist, zu erklären, wieso Rückfallgefährdete nach einem Jahr nicht mehr gefährlich sein sollen (vgl. § 122a StPO),<sup>558</sup> scheinen hier - jedenfalls bei den neueren Gesetzesänderungen - spezialpräventive Zwecke im Vordergrund zu stehen. Der Vorwurf, bei § 112a StPO handle es sich um eine Verdachtsstrafe, genauer um eine vorweggenommene Strafhaft in der Form der Sicherungshaft oder der vorbeugenden Verwahrung, ist daher nicht zu widerlegen.

### 3. Verdunkelungsgefahr (§ 112 II Nr. 3 StPO)

Folgt man dem BVerfG, ergeben sich aus dem Haftgrund der Verdunkelungsgefahr keine Strafwirkungen. § 112 II Nr. 3 StPO diene ersichtlich dem vornehmlichen Zweck und eigentlichen Rechtfertigungsgrund der Untersuchungshaft, „die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen“.<sup>559</sup> In der

<sup>555</sup> BT-Drs. 16/11735, S. 18.

<sup>556</sup> Meyer-Goßner § 112a Rn. 1; LR-Hilger § 112a Rn. 10; vgl. auch: Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 7; Humberg in Jura 2005, 378; Paeffgen, S. 144, 159 ff.; ders. SK-StPO § 112a Rn. 3, Vor § 112 Rn. 5f, 7; Dreher in MDR 1970, 967; krit.: Baumann in JZ 1969, 139.

<sup>557</sup> Vgl. dazu insb.: Wolter in ZStW 1981, 485; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 7; Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer StV 1989, 79; Weigend in FS-Müller, S. 741, 742, 743; Hassemer in StV 2006, 324.

<sup>558</sup> SK-StPO-Paeffgen § 112a Rn. 22.

<sup>559</sup> BVerfGE 19, 342, 349 (vgl. auch: Fn. 6, 31).

Literatur<sup>560</sup> wird der Zweck dahingehend präzisiert, dass es in diesem Fall um die ordnungsgemäße Tatsachenermittlung, also den Schutz der Beweismittel vor Verlust oder Verfälschung, gehe.

Ein anderes Ergebnis könnte man aber erhalten, wenn man mit *Frister*<sup>561</sup> darauf abstellt, dass die Gefahr einer der in § 112 II Nr. 3a-c StPO normierten Verdunkelungshandlungen schon aus dem dringenden Tatverdacht resultiere. Letzter wird hier als „Prognoseindiz“ für eine bevorstehende Verdunkelungshandlung aufgefasst. Dies ist der Fall, weil nur der Tatverdächtige wegen Verdunkelungshandlungen nach § 112 II Nr. 3 StPO in Anspruch genommen werden kann und ihm bereits dadurch die Begehung der Straftat unterstellt wird. Dass § 112 II Nr. 3 StPO dem Untersuchungshäftling damit grundlos eine schlechtere Position zumesse als einem unverdächtigen Dritten, demonstriert *Frister* am Beispiel des § 112 II Nr. 3c StPO. Obwohl der Dritte als Angestifteter ebenso in der Lage sei, auf die Beweismittel einzuwirken, werde lediglich der Beschuldigte, also der Anstifter der Verdunkelungshandlung, in Anspruch genommen. Dies ändere sich selbst dann nicht, wenn der Dritte zur Verdunkelung ansetzen würde. Sein Verhalten bliebe - abgesehen von § 258 StGB - ohne Konsequenzen. Der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr stütze sich folglich darauf, dass der Beschuldigte aufgrund seiner (vermeintlichen) Tatbeteiligung und seines daraus resultierenden Wissens stets versucht sei, das Strafverfahren zu manipulieren. Er beruhe also auf „Zurechnungserwägungen“, die einen Eingriff in die Grundrechte des Beschuldigten nicht zu rechtfertigen vermögen. Ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung sei inhärent. Dem könne man aber entgehen, wenn mit der Verdunkelungsgefahr nur an konkrete Handlungen angeknüpft und sie auch auf nicht Verdächtige ausgedehnt werden würden.

Mit seiner Stellungnahme zu § 112 II Nr. 3 StPO macht *Frister* darauf aufmerksam, dass Verdachts- und Schuldannahmen in diesem Fall der Untersuchungshaft auf prekäre Weise vermischt werden können. In der Literatur hat seine Annahme jedoch nicht viel Zustimmung gefunden.<sup>562</sup> Die geringe Resonanz ist wahrscheinlich der historisch-teleologischen Bedeutung des Haftgrundes der Verdunkelungsgefahr geschuldet. Seit 1879 wird hiermit vom Gesetzgeber die Sicherung des Strafverfahrens bezweckt (IV 1 b bb). Zwar mag man kritisieren, dass der fragliche Haftgrund von den Gerichten bei bestimmten Delikten des Wirtschafts- und

---

<sup>560</sup> Weigend in FS-Müller, S. 740; Geppert in Jura 1991, 269; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 29; ders., S. 100 ff.; Seebode, S. 70; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 76; Dreher in MDR 1970, 967; krit., aber zustimmend: Hassemer in StV 1984, 40, 42.

<sup>561</sup> *Frister*, S. 117 ff.

<sup>562</sup> Ähnlich nur: Weigend in FS-Müller, S. 749; a. A. aber: Hassemer in StV 1984, 40; Stuckenberg, S. 110/111; Paeffgen, S. 100 ff., 104/105; Volk in ZStW 1992, 842; im Ergebnis wohl auch Mrozynski in JZ 1978, 256.

Vermögensstrafrechts lediglich vermutet<sup>563</sup> und wohl nicht selten zur Geständniserlangung<sup>564</sup> eingesetzt wird. Dem Gesetzgeber können hier jedoch keine straftheoretischen Intentionen unterstellt werden. Um den Zweck der Verfahrenssicherung zu wahren, sollte § 112 II Nr. 3 StPO allerdings restriktiv ausgelegt und nur angenommen werden, wenn bestimmte Tatsachen die Verdunkelungshandlung oder ihre Vorbereitung belegen. Mit diesem teleologisch-restriktiven Verständnis wäre auch *Fristers* Einwand der vorweggenommenen Unrechts- bzw. Schuldannahme entkräftet und der Missbrauch zu apokryphen Zwecken ausgeschlossen.

#### 4. Flucht und Fluchtgefahr (§ 112 II Nr. 1 und 2 StPO)

Bei den Haftgründen der Flucht und der Fluchtgefahr stellt das BVerfG<sup>565</sup> in gleicher Weise auf die Verfahrens- und Vollstreckungssicherung ab. Für die Literatur<sup>566</sup> dient § 112 II Nr. 1, 2 StPO der Sicherung der Anwesenheit des Beschuldigten in der Hauptverhandlung. Teilweise wird dies sogar als einzig legitimer Zweck der Untersuchungshaft qualifiziert.<sup>567</sup>

Eine Ansicht in der Literatur<sup>568</sup> möchte die Anwendung des §§ 112 ff. StPO - entgegen der Rechtsprechung des BVerfG - auf die Zeit vor der rechtskräftigen Entscheidung begrenzt wissen. Dieser Meinung zufolge könne die Untersuchungshaft allein die Sicherung des Erkenntnisverfahrens bezwecken. Schon aus begrifflichen Gründen soll einer Fluchtgefahr, die auf der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe basiert, daher nicht mehr mit der Untersuchungshaft, sondern allein mit der Vollstreckungshaft gemäß § 457 II 1 StPO begegnet werden. Dieser Einwand ist zwar berechtigt, im Ergebnis aber wenig praktikabel und daher abzulehnen.

Wichtig ist vielmehr, dass § 112 II Nr. 2 StPO - entgegen einiger Annahmen in der Rechtsprechung<sup>569</sup> - nicht allein auf eine hohe Straferwartung gestützt werden darf. Sollte dies der Fall sein, könnten apokryphe, straftheoretische Erwägungen der Strafverfolgungsorgane eine Rolle spielen. Dass dies jedoch nicht den gesetzgeberischen Vorstellungen entspricht, zeigt sich am Haftausschlussgrund<sup>570</sup> der Verhältnismäßigkeit (vgl. § 112 I 2 StPO). Er soll die

<sup>563</sup> Vgl. dazu: OLG Köln NJW 1961, 1880, 1881; Dahs in FS-Dünnebier, S. 234; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 81; Münchhalffen/Gatzweiler Rn. 205; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 32, 32a; Abenhausen in Jung, S. 171/172.

<sup>564</sup> Vgl. dazu: Weigend in FS-Müller, S. 745 (m. w. N.), 749.

<sup>565</sup> BVerfGE 19, 342, 349; 35, 185, 190 (vgl. auch: Fn. 6, 31).

<sup>566</sup> Weigend in FS-Müller, S. 740, 751/752; Geppert in Jura 1991, 269; Hassemer in StV 1984, 40, 42; Dreher In MDR 1970, 967; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 24; ders., S. 92, 95; Seebode, S. 70.

<sup>567</sup> Weigend in FS-Müller, S. 752.

<sup>568</sup> SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 5a-d; Weigend in FS-Müller, S. 741; Wolter in ZStW 1981, 453; Wenzel, S. 141/142, 160/161; vgl. dazu auch: LR-Hilger Vor § 112 Rn. 3-5 (m. w. N.).

<sup>569</sup> Vgl.: OLG Celle NJW 1950, 240; OLG Oldenburg StV 1983, 248; OLG Karlsruhe wistra 2005, 316, 317; krit. dazu: Dahs HB Rn. 339; ders. in FS-Dünnebier 1982, S. 228-234; ders. in AnwBl 1983, 418 ff.; Parigger in AnwBl 1983, 423, 424/425; SK-StPO-Paeffgen § 112 Rn. 25, 25a; Münchhalffen/Gatzweiler Rn. 188 ff.; Schlothauer/Weider Rn. 565 ff.; Herrmann Rn. 729 ff.; Heghmanns/Scheffler-Meinen IV Rn. 68; Wiesneth Rn. 154; LR-Hilger § 112 Rn. 39; Stuckenberg, S. 110.

<sup>570</sup> Vgl. z. B. Meyer-Goßner aaO. (Fn. 420).

Rechtsanwender unter anderem zur genauen Erörterung der für und gegen die Fluchtgefahr sprechenden Tatsachen zwingen.<sup>571</sup> Stellt man also auf die vom Gesetzgeber vorgegebene Zweckrichtung ab, lassen auch die Haftgründe der Flucht und der Fluchtgefahr keine straftheoretischen Erwägungen zu, sondern dienen allein der Anwesenheitssicherung.

## 5. Fazit

Die oben vorausgesetzte Trennung von repressivem materiellem Strafrecht und präventivem formellen Strafrecht existiert zwar grundsätzlich. Eine scharfe Abgrenzung ist hier aber ebenso wenig vorhanden wie beim repressiven Strafrecht und präventiven Polizei- und Ordnungsrecht. Dies führt insbesondere bei § 112a StPO zu einem Kompetenzwirrwarr<sup>572</sup>, das nur schwer aufzulösen ist.

Soweit die Haftgründe der Verfahrens- und - folgt man dem BVerfG - auch der Vollstreckungssicherung dienen, können vorweggenommene Strafzwecke ausgeschlossen werden. Da die Haftgründe der Flucht und der Fluchtgefahr (§ 112 II Nr. 1, 2 StPO) vornehmlich die Anwesenheit des Beschuldigten in der Hauptverhandlung, aber auch die Möglichkeit der Strafvollstreckung sichern sollen, ist dies bei ihnen zweifellos der Fall. Der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr (§ 112 II Nr. 3 StPO) hingegen muss restriktiv gehandhabt werden, damit er ausschließlich der Beweissicherung und somit dem straffreien Zweck der Verfahrenssicherung dient.

Mit den umstrittenen, aber vom BVerfG anerkannten, präventiven Haftgründen der Tat schwere (§ 112 III StPO) und der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) geht der Gesetzgeber jedoch über den Zweck der Verfahrens- und Vollstreckungssicherung hinaus. Hier lassen sich die materiell-rechtlichen, straftheoretischen Zwecke der negativen Spezial- und der positiven Generalprävention erkennen.

## V. Zusammenfassung und Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es sich bei der bloßen Annahme des dringenden Tatverdachts durch die Strafverfolgungsorgane zunächst um ein staatliches Internum, also eine vorläufige Rechtsauffassung ohne Außen- und Diskriminierungswirkung handelt. Gelangt die Verdachtsannahme aber mit Anordnung, Vollstreckung und Vollzug des Haftbefehls z. B. durch Pressemitteilungen der Staatsanwaltschaft, Beobachtungen der Nachbarn oder Benachrichtigungen des Inhaftierten selbst in die Öffentlichkeit, bewirkt sie eine sozialetische Missbilligung des als unschuldig geltenden Beschuldigten. Da die Öffentlichkeit nicht

---

<sup>571</sup> Vgl.: Meyer-Goßner § 112 Rn. 24; Schlothauer/Weider Rn. 515 ff; Mückhalff/Gatzweiler Rn. 157 ff.

<sup>572</sup> Seebode, S. 75.



zwischen Verdachts- und Schuldannahmen differenziert, entspricht bereits die im Haftbefehl festgeschriebene, behördliche Verdachtsannahme einer Vorverurteilung. Wird der Haftbefehl anschließend vollzogen und der Beschuldigte inhaftiert, steht die freiheitsentziehende Untersuchungshaft einer Vorstrafe gleich.

Bei einer gründlichen Auslegung nach der gesetzgeberischen Motivation lassen sich in den Haftgründen der Tatschwere (§ 112 III StPO) und der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) vor allem die Zwecke der positiven General- und negativen Spezialprävention feststellen. Das BVerfG hat diese möglicherweise ausschlaggebenden straftheoretischen Zielsetzungen allerdings gar nicht erst in Erwägung gezogen. Daher kann es am normativen Argument festhalten. Die hiesigen Annahmen bleiben infolgedessen spekulativ, jedenfalls bis das BVerfG erneut mit den §§ 112 III, 112a StPO befasst wird. Hoffnung hierfür gibt es eventuell deshalb, weil die restriktiv auszulegenden Haftgründe seit den Entscheidungen von 1965 und 1972 einige nicht ganz unbedeutende Erweiterungen erfahren haben.

Ob und inwiefern die aus den §§ 112 ff. StPO resultierenden straftheoretischen Effekte vom nichtverurteilten Bürger hinzunehmen sind, muss im nächsten Kapitel geklärt werden.

## **Viertes Kapitel**

### **Untersuchungshaft und Verfassungs- bzw. Menschenrechte**

#### **I. Die problematischen Wirkungen der Untersuchungshaft**

Aufgrund des freiheitsentziehenden Charakters der Untersuchungshaft wurde im zweiten Kapitel eine subjektiv-tatsächliche Strafähnlichkeit der Untersuchungshaft festgestellt. Im dritten Kapitel konnte mit der Betätigung der staatlich-internen dringenden Verdachtsannahme durch die Untersuchungshaft eine Externalisierung und infolgedessen eine gesellschaftlich-diskriminierende Wirkung, mithin eine sozialetische Missbilligung des Untersuchungshäftlings durch die Rechtsgemeinschaft, eruiert werden. Schon diese Wirkungen könnten die Untersuchungshaft strafähnlich erscheinen lassen. Fraglich ist daher, ob sie bei verfassungs- und menschenrechtlicher Betrachtung ebenso ignoriert werden, wie die herausgearbeiteten, straftheoretischen Wirkungen der §§ 112 III, 112a StPO (vgl. Kap. 3 IV 1, 2), so dass eine mögliche Strafähnlichkeit auch hier spekulativ bleibt.

#### **II. Die Freiheitsentziehung**

Schon im tatsächlichen Übel des Freiheitsentzugs könnte die Untersuchungshaft einer Strafe gleichen. Denn der als unschuldig geltende Beschuldigte, dem gegenüber ein nicht außervollzugsetzungsfähiger Haftbefehl (§§ 112 ff. StPO i. V. m. UVollzG Bln) ergangen ist, befindet sich ebenso in einer Haftanstalt wie der zu einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe verurteilte Strafgefangene (vgl. §§ 80 ff. StGB i. V. m. StVollzG). Fraglich ist daher, ob schon der freiheitsentziehende Charakter, also die Tatsache, dass der nicht verurteilte Untersuchungshäftling seine persönliche Freiheit in gleicher Weise aufgeben muss wie der verurteilte Strafgefangene, die Untersuchungshaft zur Strafe machen kann.

#### **1. Verfassungsrechtliche Betrachtung**

Verfassungsrechtlich betrachtet, ähneln sich Untersuchungshaft und Strafe schon dadurch, dass sie den identischen Schutzbereich<sup>573</sup> der in den Art. 2 II 2, 104 GG garantierten persönlichen Freiheit gleichermaßen betreffen.

Die Freiheit der Person gilt gemäß Art. 2 II 2 GG als „unverletzlich“. Vom BVerfG wird das nahezu an der Spitze der Verfassung stehende Grundrecht als „objektive Wertentscheidung“<sup>574</sup> bezeichnet, der „unter den grundrechtlich verbürgten Rechten ein besonderes Ge-

<sup>573</sup> Pieroth/Schlink Rn. 440; Maunz-Dürig-Dürig Art. 104 Rn. 1.

<sup>574</sup> BVerfGE 10, 302, 322.

wicht“<sup>575</sup> zugemessen wird. Der Freiheit der Person kommt jedoch nicht nur aufgrund ihrer Position in der Verfassung, sondern auch aufgrund ihrer Entstehungsgeschichte besondere Bedeutung zu. Schließlich handelt es sich um eine der ältesten Grundrechtsgewährleistungen überhaupt, sozusagen um ein „Ur-Grundrecht“<sup>576</sup>. Ihr Schutzbereich lässt sich deshalb nur historisch definieren. Auch heute noch wird die Freiheit der Person im Sinne der englischen „Habeas Corpus Akte“<sup>577</sup> von 1679 ausgelegt und als körperliche Bewegungsfreiheit zum Schutz gegen willkürliche Festnahme<sup>578</sup> verstanden. Bei „Verhaftung, Festnahme und ähnliche[n] Maßnahmen des unmittelbaren Zwangs“<sup>579</sup> soll staatliche Willkür<sup>580</sup> ausgeschlossen sein. Dies ergibt sich für das BVerfG bereits aus dem „unlösbaren Zusammenhang“ von Art. 2 II 2 und Art. 104 GG.<sup>581</sup>

Wird nun die Untersuchungshaft angeordnet oder eine Strafe verhängt, handelt es sich beide Male um Haft. Eingriffsqualität hat die Haft als Ganzes: ihre normative Grundlage, jeder Einzelakt der Verwaltungsbehörden respektive Gerichte, ebenso wie die faktische Durchführung dieser Akte.<sup>582</sup> Durch sie wird die körperliche Bewegungsfreiheit unmittelbar, final und intentional beeinträchtigt. Bei Untersuchungshaft und Strafe liegt mithin ein klassischer Grundrechtseingriff<sup>583</sup> in den Schutzbereich der Art. 2 II 2, 104 GG vor.

Art. 104 GG unterscheidet die Freiheitseingriffe nach ihrer Intensität. Der besonders intensive Grundrechtseingriff der Freiheitsentziehung unterliegt nach Art. 104 II-IV GG strengeren Voraussetzungen als die weniger gravierende Freiheitsbeschränkung des Art. 104 I GG. Erster ist gegeben, wenn eine Person gegen oder ohne ihren Willen durch die öffentliche Gewalt an einem eng umgrenzten Ort festgehalten wird, wodurch „die - tatsächlich und rechtlich an sich gegebene - körperliche Bewegungsfreiheit nach jeder Richtung hin aufgehoben“<sup>584</sup> ist. Sieht man bei Untersuchungshaft und Strafe nun von der Möglichkeit der Außervollzugsetzung des Haftbefehls (vgl. § 116 StPO) bzw. der Strafaussetzung zur Bewährung (vgl. §§ 56 ff. StGB) ab, ist auch dies gleichermaßen der Fall. Folglich handelt es sich sowohl bei der Untersuchungs- als auch bei der Strafhaft regelmäßig um den besonders intensiven Eingriff der Freiheitsentziehung. Dies ändert sich auch dann nicht, wenn man mit der Mindermeinung<sup>585</sup> zu-

<sup>575</sup> BVerfGE 65, 317, 322; vgl. auch: 105, 239, 247; 109, 190, 239; 128, 326, 372.

<sup>576</sup> Amelung in Jura 2005, 447, 448.

<sup>577</sup> Pieroth/Schlink Rn. 441; Badura H 22; Stern StaatsR III/2, S. 1201; Hantel in JuS 1990, 865.

<sup>578</sup> Sachs GR B 2 Rn. 113; Hantel in JuS 1990, 866; Stern StaatsR III/2, S. 1791 betont den Schutz durch das Gericht; Maunz-Dürig-Dürig Art. 104 Rn. 2 sieht Willkürherrschaft des NS-Regimes als Ursache an.

<sup>579</sup> BVerfGE 105, 239, 247.

<sup>580</sup> Stern StaatsR IV/1, S. 1070, 1087; Maunz-Dürig-Dürig Art. 104 Rn. 2; Montenbruck ZR II Rn. 10, 327.

<sup>581</sup> BVerfGE 105, 239, 247; StV 2008, 25, 26; vgl. auch: Maunz-Dürig-Dürig Art. 104 Rn. 1.

<sup>582</sup> Sachs GR B 2 Rn. 122; Pieroth/Schlink Rn. 445, 446.

<sup>583</sup> Vgl. dazu: BVerfGE 105, 279, 300; Kielmansegg in JuS 2009, 21.

<sup>584</sup> BVerfGE 105, 239, 248; 94, 166, 198.

<sup>585</sup> Vgl. dazu: Jarass/Pieroth Art. 104 Rn. 11; Hantel in JuS 1990, 869 ff.; Wenzel, S. 6.

sätzlich die gewisse Mindestdauer der Maßnahme verlangt. Aus der Strafverfolgungsstatistik von 2010 ergibt sich zwar, dass die Untersuchungshaft regelmäßig kürzer war als die erkannte Strafe und in der Mehrzahl der Fälle vor einem Monat endete.<sup>586</sup> Gleichwohl ist sie von den bloß freiheitsbeschränkenden Maßnahmen, wie z. B. der Vorführung nach § 230 II, 1. Alt. StPO<sup>587</sup>, zu unterscheiden. Trotz der prinzipiellen zeitlichen Differenz sind Untersuchungshaft und Strafe, genauer Strafhaft, bei verfassungsrechtlicher Betrachtung also gleichermaßen als freiheitsentziehende Maßnahmen und damit als besonders intensive Eingriffe in das hochrangige Schutzgut der persönlichen Freiheit zu qualifizieren.

Das hohe Gewicht der persönlichen Freiheit und die besondere Intensität des Eingriffs sind wohl auch der Grund dafür, dass das BVerfG die obig bezeichnete subjektiv-tatsächliche Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe nicht unberücksichtigt lässt. Besonders deutlich wird das Gericht in einer neueren Entscheidung zur Anrechnung. Hier ist es - wie bereits einige Stimmen in der Literatur - davon ausgegangen, dass eine Nichtanrechnung den Betroffenen strafgleich benachteiligen kann:

„Hat ein Gericht eine zeitige Freiheitsstrafe verhängt, legitimiert das rechtskräftige Urteil höchstens bis zum einmaligen Ablauf des ausgesprochenen Zeitraums den Eingriff in das Freiheitsgrundrecht des Betroffenen. Unterbleibt eine gebotene Anrechnung, wird das Urteil insoweit doppelt vollstreckt.“<sup>588</sup>

In der Entscheidung zu § 112 III StPO hat das BVerfG<sup>589</sup> die Untersuchungshaft sogar explizit als „Übel“ bezeichnet und damit einen Begriff verwandt, der den Straftheorien zuzuordnen ist (vgl. Kap. 1 II 1) und somit strafende Konnotationen aufweist.

Blickt man aber auf die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Grundrechtseingriffe, kann an der Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe nicht festgehalten werden (vgl. Kap. 2 IV 2 b). Denn trotz ihres besonderen Werts und der Unverletzlichkeit sieht die Verfassung in der persönlichen Freiheit - anders als bei Art. 1 I GG<sup>590</sup> - die „Schranke“<sup>591</sup> des „förmlichen Gesetzes“<sup>592</sup> vor (vgl. Art. 2 II 3, 104 I 1 GG). Ihr entsprechen die Regelungen von Untersuchungshaft (§§ 112 ff. StPO) und Strafe (vgl. §§ 80 ff. StGB) noch gleichermaßen. Das gilt auch für die Anforderungen des qualifizierten Gesetzesvorbehalts in Art. 104 II-IV GG. Somit stehen die Vorschriften zwar hinsichtlich der formellen Verfassungsmäßigkeit auf einer Stufe. Im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit können sie jedoch nur in

<sup>586</sup> Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung, Tab. 6.1; so im Ergebnis auch: Wenzel, S. 64 ff.; krit. hierzu aber: Heinz, Kalmthout/Knapen/Morgenstern (Fn. 360).

<sup>587</sup> Hantel in JuS 1990, 870; a. A. aber Maunz-Dürig-Dürig Art. 104 Rn. 12.

<sup>588</sup> BVerfG Beschl. v. 14.1.2005, Az.: 2 BvR 1825/03 Rn. 13 (vgl. bereits Fn. 222).

<sup>589</sup> BVerfGE 19, 342, 347 (vgl. Fn. 451).

<sup>590</sup> Vgl. dazu: GK-Kunig Art. 1 Rn. 4; Ziegler in KritV 2004, 56.

<sup>591</sup> Pieroth/Schlink Rn. 223.

<sup>592</sup> BVerfG StV 2008, 25, 26; vgl. dazu auch: Hantel in JuS 1990, 867; Stern StaatsR IV/1, S. 1082/1083, 1105 ff.; Maunz-Dürig-Dürig Art. 104 Rn. 14.

unterschiedlicher Weise gerechtfertigt werden. Während das in Art. 20 III enthaltene Verhältnismäßigkeitsprinzip<sup>593</sup> als generelle „Schranken-Schranke für legislatorische Freiheits-Begrenzungen“<sup>594</sup> bei der Untersuchungshaft stets zu einer Abwägung von individuellem Eingriffs- (Art. 2 II 2, 104 GG) und kommunitaristischem Schutzgut (Art. 20 III GG) zwingt, geht bei der Strafe aufgrund der Zurechnung der strafbaren Handlung über das Schuldprinzip (Art. 20 III, 2 I, 1 I GG) das Allgemeininteresse ausnahmslos<sup>595</sup> vor. Der Gesetzgeber kann die Freiheitsentziehungen aus diesem Grund nur mit verschiedenen legitimen Zwecken rechtfertigen; gemeint sind die Verfahrenssicherung und die sozialetische Missbilligung. Nur unter der Prämisse des normativen Arguments macht schließlich auch die folgende Aussage des BVerfG Sinn:

„Die Schwere des Eingriffs in die Rechtsstellung des Bürgers ist kein geeignetes Kriterium für die Bestimmung des sachlichen Anwendungsbereichs des Art. 103 Abs. 2 GG. Dies ist kein Merkmal, das Strafe kennzeichnet.“<sup>596</sup>

Es kann also festgehalten werden, dass das BVerfG einerseits zwar die besondere Intensität des mit der Untersuchungshaft verbundenen Grundrechtseingriffs anerkennt, andererseits aber davon ausgeht, dass die bloße Freiheitsentziehung die Untersuchungshaft nicht zur Strafe machen kann. Deshalb spielt die subjektiv-tatsächliche Strafähnlichkeit der Untersuchungshaft bei verfassungsrechtlicher Betrachtung letztendlich keine Rolle.

## 2. Menschenrechtliche Betrachtung

Bei menschenrechtlicher Betrachtung könnte dies jedoch anders sein. Dem EGMR, der die konventionsgerechte Gewährleistung der Menschenrechte in Europa überwacht, steht es frei, die strafprozessualen Garantien autonom auszulegen. Dies gilt auch für den Begriff der „strafrechtliche[n] Anklage“ („*determination of a criminal charge*“ / „*bien-fondé de toute accusation en matière pénale*“) aus Art. 6 I 1 EMRK:

“The Court has on several occasions affirmed the principle that this concept is ‘autonomous’, within the meaning of Article 6 § 1 of the Convention.”<sup>597</sup>

Der Gerichtshof zieht diesen Begriff zur Einordnung von Sanktionen heran. Daher kann er - anders als das BVerfG - neben den rechtlichen auch auf die tatsächlichen Wirkungen einer

<sup>593</sup> BVerfG aaO. (Fn. 1).

<sup>594</sup> SK-StPO-Paefgen Vor § 112 Rn. 20.

<sup>595</sup> Vgl. dazu: Frister, S. 28 ff., 37/38.

<sup>596</sup> BVerfGE 109, 133, 175; vgl. dazu auch: Meyer in FS-Tröndle, S. 67/68, 69.

<sup>597</sup> EGMR Urt. v. 12.7. 2001, Az.: 44759/98 Rn. 24 m. w. N. (Ferrazzini/I) [= NJW 2002, 3453 ff.]; vgl. dazu auch: Satzger § 11 Rn. 59; IK-Vogler Art. 6 Rn. 191; Esser, S. 401 ff.; Jung in EuGRZ 1996, 372; ders., S. 9/10, 51/52, 53.

staatlichen Maßnahme abstellen. Hierzu hat er ein Prüfungsschema entwickelt, das nicht zuletzt dem Fairnessprinzip des Art. 6 I EMRK geschuldet ist.

Der nur schwer zu konkretisierende Anspruch auf ein faires Verfahren („*fair trial*“<sup>598</sup>), steht im Mittelpunkt aller Justizgrundrechte der EMRK. Nach ständiger Rechtsprechung des EGMR setzt er Waffengleichheit zwischen Ankläger und Angeklagtem voraus („*equality of arms*“).<sup>599</sup> Dies hat zur Folge, dass der Gerichtshof jede Konventionsverletzung stets auch auf ihre Relevanz für das gesamte Verfahren prüft, um am Ende festzustellen, ob der Nachteil einer Partei von solcher Bedeutung ist, dass das Verfahren in seiner Gesamtheit als unfaires qualifiziert werden muss. Im Fairnessprinzip manifestiert sich die Vorstellung des EGMR vom Strafverfahren als kontradiktorisches Parteiverfahren<sup>600</sup> nach anglo-amerikanischem Vorbild. Der Anwendungsbereich des Art. 6 I EMRK ist für die „strafrechtliche Anklage“ deshalb stets eröffnet, wenn die fragliche Maßnahme als eine solche mit strafendem Charakter bewertet wird. Dann stellt die Konvention dem Betroffenen eine Vielzahl unterschiedlicher Verfahrensgrundsätze und individueller Schutzrechte zur Seite (vgl. Art. 6 I, II, III EMRK).

Von besonderem Interesse für das dem Begriff der „strafrechtlichen Anklage“ (Art. 6 I 1 EGMR) zu Grunde liegende Strafverständnis des EGMR sind die Aussagen, die der Gerichtshof im Fall *Öztürk* gegen die Bundesrepublik Deutschland<sup>601</sup> gemacht hat. Sie bestätigen das charakteristische, im Fall *Engel* gegen die Niederlande<sup>602</sup> entwickelte, dreistufige Prüfungsschema zur „strafrechtlichen Anklage“, das dem Spannungsverhältnis zwischen positivem Recht und tatsächlicher Wirkung einer Sanktion durch Flexibilität Rechnung trägt.

Auf der ersten Stufe nimmt der Straßburger Gerichtshof eine formalrechtliche Einordnung vor. Dabei stellt er darauf ab, ob es sich bei der fraglichen Vorschrift nach positivem, innerstaatlichem Recht um eine solche des Strafrechts („*criminal law*“) handelt.

„The first matter to be ascertained is whether or not the text defining the offence in issue belongs, according to the legal system of the respondent State, to criminal law; [...]“<sup>603</sup>

Da die formalrechtliche Einordnung nur relativen Wert hat („*relative value*“)<sup>604</sup>, prüft der EGMR auf der zweiten Stufe, ob sich die streitige Norm nach Tatbestand und Rechtsfolge als

<sup>598</sup> Weigend in StV 2000, 384; Satzger § 11 Rn. 57 ff.; SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn. 70 ff.; Grabenwarter § 24 Rn. 60 ff.

<sup>599</sup> EGMR Urt. v. 12.7.2007, Az.: 74613/01, Rn. 82 m. w. N. (Jorgic/D).

<sup>600</sup> SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn. 71; Esser, S. 406 ff.

<sup>601</sup> EGMR Urt. v. 21.2.1984, Az.: 8544/79, Rn. 46 ff. [= EuGRZ 1985, 62 ff.; Serie A, Bd. 73.] (*Öztürk/D*); vgl. dazu auch: Jung, S. 49 ff.

<sup>602</sup> EGMR Urt. v. 8.6.1976, Az.: 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, Rn. 82 ff. [= Serie A, Bd. 22, S. 34/35] (*Engel/NL*).

<sup>603</sup> EGMR aaO. Rn. 50 (*Öztürk/D*); vgl. auch EGMR aaO. Rn. 82 (*Engel/NL*).

<sup>604</sup> EGMR aaO. Rn. 52 (*Öztürk/D*); EGMR aaO. Rn. 82 (*Engel/NL*).

Straftat bezeichnen lässt und ob diesbezüglich normativer Konsens in den Mitgliedstaaten besteht („*the very nature of offence*“):

„The second criterion stated above - the very nature of the offence, considered also in relation to the nature of the corresponding penalty - represents a factor of appreciation of greater weight.<sup>605</sup>

Auf der dritten Stufe beurteilt der EGMR letztlich die Wirkungen der konkreten Sanktion, um sie bei besonderer Schwere („*degree of severity of the penalty*“) den Strafen zuzuordnen:

„However, supervision by the Court does not stop there. Such supervision would generally prove to be illusory if it did not also take into consideration the degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring. In a society subscribing to the rule of law, there belong to the ‘criminal’ sphere deprivations of liberty liable to be imposed as a punishment, except those which by their nature, duration or manner of execution cannot be appreciably detrimental. The seriousness of what is at stake, the traditions of the Contracting States and the importance attached by the Convention to respect for the physical liberty of the person all require that this should be so [...].“<sup>606</sup>

Diese autonome Vorgehensweise führt im Ergebnis dazu, dass der EGMR die im Fall *Öztürk* verhängte Geldbuße (§ 17 OWiG i. V. m. § 24 StVG, §§ 1 II, 49 I Nr. 1 StVO) - im Gegensatz zu BVerfG und BGH<sup>607</sup> - als Maßnahmen mit punitivem Charakter qualifiziert. Argumentiert wird damit, dass die Geldbuße repressive und präventive Zwecke verwirkliche, was wiederum schwerwiegende Rückwirkungen auf die Lage des Betroffenen verspreche:

„Nonetheless, the Court would firstly note that, according to the ordinary meaning of the terms, there generally come within the ambit of the criminal law offences that make their perpetrator liable to penalties intended, inter alia, to be deterrent and usually consisting of fines and of measures depriving the person of his liberty. [...] Whilst the latter penalty appears less burdensome in some respects than Geldstrafen, it has nonetheless retained a punitive character, which is the customary distinguishing feature of criminal penalties.“<sup>608</sup>

Ähnlich ist es im Fall *Engel*. Da der Gerichtshof die physische Freiheit des Einzelnen („*respect for the physical liberty of the person*“) als besonders hohes Gut einstuft,<sup>609</sup> ordnet er die militärische Disziplinarmaßnahme des Arrests, jedenfalls bei einer Dauer von drei oder vier Monaten („*three or four months' committal*“), dem Strafrecht zu:

„On the other hand, the ‘charges’ against Mr. de Wit, Mr. Dona and Mr. Schul did indeed come within the ‘criminal’ sphere since their aim was the imposition of serious punishments involving deprivation of liberty [...].“<sup>610</sup>

<sup>605</sup> EGMR aaO. Rn. 52 (Öztürk/D); EGMR aaO. Rn. 82 (Engel/NL).

<sup>606</sup> EGMR aaO. Rn. 82 (Engel/NL); vgl. auch: EGMR aaO. Rn. 50, 53 (Öztürk/D).

<sup>607</sup> BVerfGE 27, 18, 33; BGHSt 11, 263, 264; vgl. dazu: Roxin StR AT I § 2 Rn. 130-133.

<sup>608</sup> EGMR aaO. Rn. 53 (Öztürk/D).

<sup>609</sup> EGMR aaO. Rn. 82 (Engel/NL).

<sup>610</sup> EGMR aaO. Rn. 85 (Engel/NL); a. A. aber: Roxin StR AT I § 2 Rn. 134-137.

Vor diesem Hintergrund erscheint es nicht überzeugend, wohl aber pragmatisch, dass der EGMR bei der Untersuchungshaft („*detention on remand*“ oder „*pre-trial detention*“) anders vorgeht.<sup>611</sup> Trotz des mit ihr verbundenen intensiven Eingriffs in die Freiheitssphäre des Beschuldigten sieht der Gerichtshof bei der Untersuchungshaft - aufgrund ihres vorläufigen Charakters („*interim orders*“) - regelmäßig von einer Subsumtion unter die „strafrechtliche Anklage“ des Art. 6 I 1 EMRK ab.<sup>612</sup> Dem in Art. 7 EMRK enthaltenen Begriff der „Strafe“ dürfte die Untersuchungshaft insofern erst recht nicht unterfallen, da die Schwere der Maßnahme hier nicht entscheidend ist („*The severity of the measure is not, however, in itself decisive, since, for instance, many non-penal measures of a preventive nature may have a substantial impact on the person concerned*“).<sup>613</sup> Überdies ist die Untersuchungshaft - wie erwähnt (vgl. Kap. 3 IV 2 a, b bb) - in Art. 5 I 2 lit. c), III EMRK geregelt, so dass schon kein Raum für eine Qualifikation nach Art. 6 I 1 EMRK oder Art. 7 EMRK besteht. Der freiheitsentziehende Charakter der Untersuchungshaft begründet somit auch für den EGMR keine Strafähnlichkeit.

### 3. Fazit

Wegen des regelmäßig mit der Untersuchungshaft verbundenen intensiven Freiheitseingriffs lässt sich weder aus verfassungsrechtlicher noch aus menschenrechtlicher Sicht auf einen Strafcharakter schließen. Die subjektiv-tatsächliche Strafähnlichkeit der Untersuchungshaft bleibt also (vorerst) unberücksichtigt.

## III. Die öffentliche Diskriminierung

Fraglich ist jedoch, ob die gesellschaftliche Diskriminierung, die aus der Externalisierung der staatlich-internen Verdachtsannahme folgt (vgl. Kap. 3 II 4), der Untersuchungshaft einen strafenden Charakter verleiht. Dies könnte dann der Fall sein, wenn hierin ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung zu sehen wäre.

### 1. Verfassungsrechtliche Betrachtung

Die von der Untersuchungshaft ausgehende Diskriminierungswirkung lässt sich zwar problemlos unter die von der Unschuldsvermutung verbotenen Wirkungen subsumieren. Denn im Ergebnis stellt das BVerfG bei der Unschuldsvermutung wohl auf ein Verbot strafgleicher oder jedenfalls strafähnlicher Sanktionen ohne oder vor gesetzlichem Beweis der Schuld ab.

<sup>611</sup> Vgl. dazu: EGMR Urt. v. 27.6.1968, Az.: 1936/63 Rn. 23, 24 (Neumeister/A); Urt. v. 15.11.2005, Az.: 67175/01 Rn. 47, 48 (Reinprecht/A); eher krit.: IK-Kühne Art. 6 Rn. 420.

<sup>612</sup> Vgl. dazu: EGMR Entsch. v. 18.9.2006, Az.: 26315/03 (Dogmoch/D) m. w. N. [= EuGRZ 2007, 170 ff.].

<sup>613</sup> EGMR Urt. v. 17.12.2009, Az.: 19359/04 Rn. 120 (M./D) m. w. N.



Dies ergibt sich insbesondere aus der die Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf Einstellungs- und Kostenentscheidungen (§§ 383 II, 471 III Nr. 2 StPO) betreffenden Entscheidung vom 26.03.1987<sup>614</sup>. Hier wurden - ausgehend von den drei vorhergehenden Entscheidungen zur Unschuldsvermutung<sup>615</sup> - zwei Formulierungen entwickelt, die das BVerfG seither regelmäßig verwendet. Die erste Formulierung, die auch als „allgemeines Verbot nicht rechtskräftig bewiesener Äußerungen zur Schuld“<sup>616</sup> bezeichnet wird, lautet:

„Die Unschuldsvermutung erzwingt so ein prozeßordnungsgemäßes Verfahren zum Beweis des Gegenteils, bevor wegen eines Tatvorwurfs Entscheidungen getroffen werden, die die Feststellung der Schuld erfordern. Sie schützt den Beschuldigten auch vor Nachteilen, die Schuldpruch oder Strafe gleichkommen, denen aber kein rechtsstaatliches Verfahren zur Schuldfeststellung vorausgegangen ist.“<sup>617</sup>

Die zweite Aussage begrenzt die zeitliche Geltung der Unschuldsvermutung über das „verfahrensbezogene[s] Verbot nicht schuldgetragener Strafen“<sup>618</sup> auf die erstinstanzliche Schuld-spruchreife:

„Nach allem verbietet die Unschuldsvermutung zum einen, im konkreten Strafverfahren ohne gesetzlichen, prozeßordnungsgemäßen - nicht notwendiger Weise rechtskräftigen - Schuld nachweis Maßnahmen gegen den Beschuldigten zu verhängen, die in ihrer Wirkung einer Strafe gleichkommen und ihn verfahrensbezogen als schuldig behandeln [...].“<sup>619</sup>

Das in BVerfGE 82, 106, 117 ausdrücklich bezeichnete Verbot der „strafähnlichen Sanktion“, das den Schutz vor strafgleichen Nachteilen oder Wirkungen verschaffen soll, geht also aus beiden Zitaten gleichermaßen hervor.

Trotz dieser auf den ersten Blick konkret anmutenden Formulierungen ist die Bedeutung der Unschuldsvermutung bis heute wenig geklärt<sup>620</sup>. Die Rechtsprechung des BVerfG hierzu wird als „vorsichtig“<sup>621</sup> und „nicht präzise“<sup>622</sup> kritisiert. Dies lässt sich im Hinblick auf die die Untersuchungshaft betreffenden Entscheidungen nur bestätigen. Zwar betont das Gericht in ständiger Rechtsprechung, dass die Unschuldsvermutung für den Untersuchungsgefangenen streite.<sup>623</sup> Beispiele für ihre konkrete Wirkung finden sich jedoch nicht. So hat das BVerfG die

<sup>614</sup> BVerfGE 74, 358 ff.

<sup>615</sup> BVerfGE 19, 342, 347 (Untersuchungshaft bei Tatschwere); 22, 254, 265 (Kostenauflegung bei Freispruch); 35, 311, 320 (Anhalten eines Briefes mit beleidigendem Inhalt).

<sup>616</sup> Seher in ZStW 2006, 113.

<sup>617</sup> BVerfGE 74, 358, 371; vgl. auch: BVerfGE 82, 106, 114/115; 110, 1, 22/23; NStZ 2004, 514, 515.

<sup>618</sup> Seher in ZStW 2006, 112.

<sup>619</sup> BVerfGE 74, 358, 371; vgl. auch: 82, 106, 117; BVerfGE; 110, 1, 22/23.

<sup>620</sup> Schulz in GA 2001, 227; Geppert in Jura 1993, 161; Roxin/Schünemann § 11 Rn. 2; vgl. auch: Stuckenberg, S. 4; ders. in ZStW 1999, 422; ders. in GA 2001, 585; ders. in StV 2007, 657; Schulz in GA 2001, 226; Frister in Jura 1988, 357; Meyer in FS-Tröndle, S. 61, 74; Kühl UV, S. 9; Demko in HRRS 7/2007, 286 ff., 292; Mrozynski in JZ 1978, 256; SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 21; Seher in ZStW 2006, 102, 104.

<sup>621</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 428.

<sup>622</sup> Lindner in AöR 2008, 242.

<sup>623</sup> Vgl. z. B.: BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; 20, 144, 147; 35, 311, 320; StV 2000, 322, 323; NStZ 2004, 514, 515.

Unschuldsvermutung in den Entscheidungen zum Haftgrund der Tatschwere<sup>624</sup>, zum Anhalten eines Briefes<sup>625</sup> oder zur nachteiligen Entlohnung der Arbeit des Untersuchungshäftlings gegenüber dem Strafgefangenen<sup>626</sup> explizit erwähnt. Von einer Beeinträchtigung hat es allerdings nicht gesprochen. In den Fällen der überlangen Verfahrensdauer wird dies besonders deutlich. Dort heißt es, dass es nach rechtsstaatlichen Grundsätzen schon im Hinblick auf die Unschuldsvermutung nur in besonderen Ausnahmefällen denkbar sei, einen Beschuldigten über mehrere Jahre hinweg unter dem Druck vollzogener Untersuchungshaft<sup>627</sup> oder eines ausgesetzten Haftbefehls<sup>628</sup> zu lassen. Am Ende wird wegen einer fehlerhaften Abwägung aber stets eine Verletzung des Grundrechts aus Art. 2 II 2 GG bejaht. Die Unschuldsvermutung wird nicht mehr erwähnt. Es bleibt daher unklar, wovor das Verbot der „strafähnlichen Sanktion“ den Untersuchungsgefangenen im konkreten Fall schützen soll.

#### a) **Kodifikation und Grundrechtscharakter**

Das Verständnis der Strafähnlichkeit hängt entscheidend davon ab, ob man der Unschuldsvermutung, der vom BVerfG in ständiger Rechtsprechung<sup>629</sup> Verfassungsrang zugesprochen wird, eine grundrechtliche Dimension zuschreibt oder sie lediglich über das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG) bestimmt.

Das BVerfG selbst hat zur verfassungsrechtlichen Ableitung der Unschuldsvermutung auf verschiedene Normen abgestellt. Der Schwerpunkt liegt wohl beim Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 III GG).<sup>630</sup> Seit der Entscheidung zu den Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf Einstellungs- und Kostenentscheidungen vom 26.03.1987<sup>631</sup>, in der das BVerfG eine Verletzung der Unschuldsvermutung wegen tatgerichtlicher Schuldfeststellungen bejaht, hat es bei der Herleitung der Unschuldsvermutung - neben Art. 20 III GG - öfter auch Grundrechte herangezogen. Ausdrücklich erwähnt werden das „Gebot der Menschenwürde“<sup>632</sup>, der Schuldgrundsatz des materiellen Strafrechts<sup>633</sup> und Art. 2 I GG<sup>634</sup>. Auch von einem „Grundrechtsverstoß gegen die Unschuldsvermutung“<sup>635</sup> ist die Rede.

<sup>624</sup> BVerfGE 19, 342, 347 (vgl. Fn. 451).

<sup>625</sup> BVerfGE 35, 311, 320.

<sup>626</sup> BVerfG NStZ 2004, 514, 515.

<sup>627</sup> BVerfG StV 2000, 322, 323; StV2005, 220, 224; StV 2009, 479, 480.

<sup>628</sup> BVerfGE 53, 152, 162.

<sup>629</sup> BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 114; Urt. v. 5.5.2001, Az.: 2 BvR 413/00, Rn. 13; StV 2008, 368, 369.

<sup>630</sup> BVerfGE 19, 342, 347; 25, 327, 331; 53, 152, 162; 74, 358, 370; 82, 106, 115; 110, 1, 22; StV 2005, 220, 224; StV 2008, 368; vgl. auch: Maunz-Dürig-Grzeszick Art. 20 VII Rn. 148; Grabenwarter § 24 Rn. 120.

<sup>631</sup> BVerfGE 74, 358 ff. (vgl. Fn. 614).

<sup>632</sup> Vgl. BVerfGE 74, 358, 371; ebenso auch BGHSt 14, 358, 364.

<sup>633</sup> Vgl. z. B.: BVerfGE 74, 358, 371; 82, 104, 114 f.

<sup>634</sup> BVerfGE 74, 358, 369; 82, 106, 114; StV 2008, 368, 369.

<sup>635</sup> BVerfG Urt. v. 5.5.2001, Az.: 2 BvR 413/00, Rn. 12, 14; vgl. auch NJW 1992, 2011.

Die Undeutlichkeit bei der Klassifikation rührt in erster Linie vermutlich daher, dass eine ausdrückliche Kodifikation der Unschuldsvermutung im GG nicht existiert. In einigen Landesverfassungen wurde die Unschuldsvermutung zwar geregelt (vgl. Art. 9 II VvB, Art. 53 II BbgVerf, Art. 6 III LVHB, Art. 20 II 1 HessVerf, Art. 6 IV 2 RhPVerf, Art. 14 II SVerf). Auch ist sie dort fast ausnahmslos im Abschnitt über die Grundrechte und Grundpflichten zu finden. Wegen ihrer territorialen Gebundenheit und Unterschiedlichkeit im Umgang mit dem Beschuldigten bieten die Landesverfassungen jedoch für das bundesrechtliche Rechtsinstitut der Untersuchungshaft und seine Wirkungen allenfalls eine grobe Orientierung.

Weiterhin setzen einige Vorschriften der StPO die Unschuldsvermutung voraus (vgl. z. B. §§ 136 II, 136a, 160 II, 170 II 1, 244, 261, 267 StPO); diese Regelungen verraten aber nichts darüber, wie die Unschuldsvermutung zu verstehen ist. Zudem handelt es sich bei der StPO um niederrangiges Recht, das schon deshalb nichts zum Verständnis der mit Verfassungsrang ausgestatteten Unschuldsvermutung beitragen kann.

Das gleiche müsste für Art. 6 II EMRK gelten. Die EMRK wurde als völkerrechtlicher Vertrag<sup>636</sup> am 04.11.1950 von den Mitgliedern des Europarats in Rom in englischer und französischer Sprache geschlossen (vgl. Art. 59 a. E. EMRK). Die Bundesrepublik transformierte ihn im Zuge der Ratifizierung durch Gesetz in deutsches Recht (vgl. Art. 59 I 2 GG). Infolgedessen gilt die EMRK zwar seit dem 05.12.1952 in der Bundesrepublik, jedoch nur in der Form des einfachen Bundesrechts<sup>637</sup>. Seit der Entscheidung des BVerfG vom 26.03.1987 sollen „Inhalt und Entwicklungsstand der Europäischen Menschenrechtskonvention“ aber auch „bei der Auslegung des Grundgesetzes“ beachtet werden.<sup>638</sup> Art. 6 II EMRK kann folglich für das verfassungsrechtliche Verständnis der Unschuldsvermutung herangezogen werden.

Gemäß Art. 6 II EMRK gilt „[j]ede Person, die einer Straftat angeklagt ist, [...] bis zum gesetzlichen Beweis ihrer Schuld als unschuldig“. In den Originalsprachen des Vertragstextes ist dies folgendermaßen formuliert:

“Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.“

“Toute personne accusée d’une infraction est présumée innocente jusqu’à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.“

<sup>636</sup> Satzger § 11 Rn. 7; Weigend in StV 2000, 384.

<sup>637</sup> BGBl. II, 685; Laue in Jura 2005, 89/99; Kühne Rn. 29; Weigend in StV 2000, 384, 386/387; vgl. BVerfGE 10, 271, 274; 64, 135, 157; lehnt Konventionsverletzung als Beschwerdegegenstand ab; vgl. dazu: Limbach in EuGRZ 2000, 417, 418; a. A.: Pache in EuR 2004, 393, 394.

<sup>638</sup> BVerfGE 74, 358, 370; 111, 307, 315 ff. (Görgülü) [= NJW 2004, 3407, 3409/3410]; vgl.: BVerfGE 82, 106, 120; 128, 326, 366 ff.; Weigend in StV 2000, 384; ausführlich dazu: Seher in ZStW 2006, 128 ff.

Ob die Unschuldsvermutung Grundrechtscharakter besitzt, geht also auch hieraus nicht hervor, sondern hängt vielmehr davon ab, wie man den Begriff der Unschuld versteht.

#### aa) Extensive Ansichten

Für eine grundrechtliche Dimension der Unschuldsvermutung könnte eine ältere literarische Mindermeinung sprechen. So sieht z. B. *Marxen*<sup>639</sup> in der Unschuldsvermutung ein „übergreifendes, für die neuzeitliche Form des Zusammenlebens konstitutives Rechtsprinzip“, das im Zusammenhang mit einem „allgemeinverbindliche[n] Verfahren“ den Rechtsfrieden garantiert. Die „ordnungsgemäße Durchführung eines Verfahrens“ wird für ihn daher zur „Existenzbedingung der Straftat“.<sup>640</sup> In ähnlicher Weise ist auch die Meinung, nach der die Unschuldsvermutung die „Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung“<sup>641</sup> sichere, zu verstehen. In beiden Fällen wird Art. 6 II EMRK wörtlich genommen. Dies führt dazu, dass die vermutete Unschuld zugunsten des Beschuldigten, solange als existent angenommen werden muss, bis ihm von einem zuständigen Gericht in einem ordnungsgemäßen Verfahren durch rechtskräftiges Urteil die Schuld nachgewiesen wurde. *Paeffgen*, der in der Unschuldsvermutung eine „Bonitätsvermutung“<sup>642</sup> sieht, deren Wirkung einer auflösenden Bedingung<sup>643</sup> untersteht, bringt dies in seinen „Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts“ auf den Punkt:

„Die Vermutungswirkung ist [...] auflösend bedingt - durch die Rechtskraft eines verurteilenden Erkenntnisses. Denn erst zu diesem Zeitpunkt steht mit - relativer - Sicherheit die Verbindlichkeit der Entscheidung - und damit ihre juristische Richtigkeit und Maßgeblichkeit - fest.“<sup>644</sup>

Relativiert wird diese Aussage jedoch dadurch, dass die Vermutung der Unschuld ab dem „Zeitpunkt, in dem das Gericht in die Urteilsberatung eintritt“, nur in abgemilderter Form gelten könne.<sup>645</sup> Die Unschuldsvermutung sei aber keine „Beweislastregel“, sondern eine „*Praesumption eigener Art*“, die den Bürger schütze, indem sie den staatlichen Leviathan als wirklichkeitsgestaltende Rechtsregel bändige.<sup>646</sup>

Im Ergebnis begründen die Anhänger dieser Ansicht die Unschuldsvermutung fast ausschließlich mit der Menschenwürde (Art. 1 I GG) und dem durch sie verbürgten Achtungsan-

<sup>639</sup> Marxen in GA 1980, 373.

<sup>640</sup> Marxen in GA 1980, 375.

<sup>641</sup> Ostendorf in StV 1990, 232; Vogler in FS-Kleinkecht, S. 436, 438; ders. in FS-Tröndle, S. 438; ders. in NStZ 1987, 129; vgl. auch: Haberstroh in NStZ 1984, 292; Mrozynski in JZ 1979, 256 f.; IK-Kühne Art. 6 Rn. 437/438.

<sup>642</sup> Paeffgen, S. 47, 49.

<sup>643</sup> Paeffgen, S. 50.

<sup>644</sup> Paeffgen, S. 50; vgl. auch: ders. SK-StPO Art. 6 Rn. 182.

<sup>645</sup> Paeffgen, S. 51.

<sup>646</sup> Paeffgen, S. 52/53; ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 26; eher zurückhaltend: Kaiser in FS-Eser, S. 1358.

spruch des Beschuldigten.<sup>647</sup> Teilweise werden auch das Schuldprinzip<sup>648</sup> und das allgemeine Persönlichkeitsrecht<sup>649</sup> herangezogen.

Legt man den vom BVerfG genutzten Begriff der Strafähnlichkeit nun im Sinne dieser extensiven Ansicht aus, wäre - wegen der Verpflichtung zur Annahme der realen Unschuld - allerdings nicht nur die festgestellte öffentliche Diskriminierung des Untersuchungshäftlings, sondern jegliche Verdachts- und Schuldzuschreibung vor der rechtskräftigen Verurteilung verfassungsrechtlich verboten. Zu dem Problem, dass gerade die angenommene sozialetische Missbilligung des Untersuchungshäftlings nicht vollends vom Gesetzgeber oder Rechtsanwender zu steuern ist (vgl. Kap. 3 II 3), kommt diese Meinung mithin gar nicht erst.

### bb) Restriktive Ansichten

Von den Vertretern der restriktiven Ansicht wird bemängelt, dass mit der vorstehenden, sehr weiten Meinung ein konstitutiver Strafbegriff<sup>650</sup> einhergehe. Demzufolge könne eine Straftat überhaupt erst nach prozessordnungsgemäßer, rechtskräftiger Verurteilung entstehen. Es seien daher nicht nur präventive Maßnahmen, wie die Untersuchungshaft, ausgeschlossen.<sup>651</sup> In letzter Konsequenz müssten sogar alle „strafrechtlichen Akten zuzuklappen“<sup>652</sup> und „alle Verfahren einzustellen“<sup>653</sup> sein, da bereits die Annahme des Anfangsverdachts (vgl. § 152 II StPO) verboten wäre. Eine so zu verstehende „Pflicht zur Unschuldsvermutung“, bei der kein Strafverfahren mehr geführt werden könnte, sei ein „Un-Sinn“.<sup>654</sup> Die Anhänger der restriktiven Ansichten stellen deshalb nicht (direkt) auf eine grundrechtliche Basis ab.

So ist beispielsweise *Frister* in seiner Dissertation „Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts“ von 1988, in der er die „Unschuldsvermutung als verfahrensmäßige[r] Sicherung des Schuldprinzips“<sup>655</sup> begreift, sogar zu dem Ergebnis gekommen, dass schon dem Schuldprinzip keine bestimmten Grundrechte zugrunde liegen könnten. Zwar versteht er die Strafe - wie das BVerfG (vgl. Kap. 1 I 1) - als „staatliche[n] Eingriff in die Rechtsgüter einer Person, der mit der Intention der Übelzufügung aufgrund eines vergangenen Verhaltens vorgenommen wird“<sup>656</sup>. Das die

<sup>647</sup> Marxen in GA 1980, 372; Haberstroh in NSTz 1984, 289, 290/291; Vogler in FS-Kleinknecht, S. 436; Paeffgen, S. 46 ff., 52, 64 ff., 68; ders. SK-StPO Vor § 112 Rn. 22; so im Ergebniswohl auch: Schulz in GA 2001, 226 ff., 234, 239; Montenbruck Idpr, S. 73/74; a. A. wohl aber ders. ZR II Rn. 415.

<sup>648</sup> Vogler in FS-Kleinknecht, S. 436; Paeffgen, S. 68.

<sup>649</sup> Haberstroh in NSTz 1984, 291; vgl. auch Marxen in GA 1980, 379.

<sup>650</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 426; ders. in StV 2007, 658; vgl. auch: Frister in Jura 1988, 359.

<sup>651</sup> Vgl. dazu: Frister, S. 88; ders. in Jura 1988, 359; Geppert in Jura 1993, 161.

<sup>652</sup> Geppert in Jura 1993, 161.

<sup>653</sup> Bohnert, S. 245.

<sup>654</sup> Bohnert, S. 243; vgl. auch: Forschner in Brandt, S. 380; Stuckenberg in ZStW 1999, 446, 457; ders., S. 534.

<sup>655</sup> Frister, S. 89; ders. in Jura 1988, 359/360.

<sup>656</sup> Frister, S. 29 ff.

Strafe rechtfertigende Schuldprinzip begründet er jedoch nicht mit den Art. 1 I, 2 I, 20 III GG. Stattdessen zieht er hierzu die allgemeine Dogmatik der Rechtfertigung von Grundrechtseingriffen heran.<sup>657</sup> Demnach überwiege das öffentliche Interesse an der Bestrafung die Rechtsgüter des Einzelnen bereits wegen des Grundsatzes „Keine Strafe ohne Schuld“ a priori. Verantwortlich hierfür seien „vom Verfassungsgeber vorgefundene Zurechnungsprinzipien“<sup>658</sup>. Sie beinhalten für *Frister* nichts anderes als die „historisch überkommene Wertentscheidung, daß es einer besonderen Legitimation dafür bedarf, den einzelnen zur Verfolgung dieses [öffentlichen] Interesses in Anspruch zu nehmen“.<sup>659</sup> Unter Ablehnung absoluter<sup>660</sup> und spezialpräventiver<sup>661</sup> Strafzwecke wird das öffentliche Interesse an der Bestrafung dann schnell generalpräventiv erklärt: Gefahren, „die sich aus der Rechtsverletzung für die Anerkennung und Beachtung der verletzten Norm durch die Allgemeinheit ergeben“, sollen abgewehrt werden (kurz: Abwehr von „Gefahren für die Normakzeptanz“).<sup>662</sup> Folglich ist die als „verfahrensmäßige Sicherung des Schuldprinzips“<sup>663</sup> verstandene Unschuldsvermutung, die allein eine Eingriffsbeschränkung zugunsten des nicht rechtskräftig Verurteilten bewirken soll,<sup>664</sup> nicht in der Lage dazu, schon eine bestimmte Art von Eingriffen zu verbieten. Wie beim Schuldprinzip knüpft *Frister* auch hier erst an die Ebene der Rechtfertigung an:

„Die Inanspruchnahme eines nicht rechtskräftig Verurteilten darf nicht mit der Zurechnung von Gefahren für die Normakzeptanz gerechtfertigt werden.“<sup>665</sup>

In letzter Konsequenz führt dies zu dem „befremdlichen Ergebnis“<sup>666</sup> dass § 112 II Nr. 3 StPO entweder aufzugeben oder auf Nichtverdächtige auszudehnen sei. In der Anrechnung der Untersuchungshaft (§ 51 StGB), bei der ausnahmsweise - trotz rechtskräftiger Verurteilung - eine Entschädigung erfolge, sieht *Frister* hingegen kein Problem.<sup>667</sup> Selbst wenn die Untersuchungshaft nach der Verurteilung mit Gefahren für die Normakzeptanz gerechtfertigt werde, verletze dies die Unschuldsvermutung nicht. Schließlich sei die Schuld des Betroffenen zu diesem Zeitpunkt bereits bewiesen und die Unschuldsvermutung wirke nicht zurück. Das Schuldprinzip könne im Falle einer Verurteilung gar nicht mehr betroffen sein.

---

<sup>657</sup> *Frister*, S. 30.

<sup>658</sup> *Frister*, S. 36.

<sup>659</sup> *Frister* in *Jura* 1988, 360.

<sup>660</sup> *Frister*, S. 14/15, 35.

<sup>661</sup> *Frister*, S. 34/35.

<sup>662</sup> *Frister*, S. 35.

<sup>663</sup> *Frister*, S. 89; ders. in *Jura* 1988, 359.

<sup>664</sup> *Frister*, S. 86; ders. in *Jura* 1988, 359.

<sup>665</sup> *Frister*, S. 92.

<sup>666</sup> *Frister*, 120; vgl. auch Volk in *ZStW* 1992, 842 (vgl. dazu bereits Fn. 561).

<sup>667</sup> *Frister*, S. 127 ff.

Auch *Stuckenberg* spricht der Unschuldsvermutung eine grundrechtliche Fundierung ab. Verstanden als „Verbot der Desavouierung des Verfahrens“, sei sie am besten auf eine „Verbesonderung des Rechtsstaatsprinzips in das Gebot des fairen Verfahrens“ zurückzuführen.<sup>668</sup> Nach der Struktur gesetzlicher Vermutungen könne das Vermutungsobjekt nicht an der materialen oder realen Unschuld ausgerichtet sein.<sup>669</sup> Die Unschuldsvermutung sei keine logische Aussage, sondern eine „normative Setzung“<sup>670</sup> mit „kontrafaktische[r] Wirkung“<sup>671</sup>. Allein die tautologische Annahme der formellen Unschuld könne deshalb das Vermutungsobjekt widerspruchsfrei konkretisieren. Sie besagt, dass „bis zur verfahrensmäßigen Feststellung der Schuld jedermann als jemand zu behandeln ist, dessen Schuld noch nicht verfahrensmäßig festgestellt ist“<sup>672</sup>. Wegen ihres fehlenden materiellen Inhalts wird die rechtliche Vermutung der Unschuld von *Stuckenberg* letztendlich - wie schon von *Frister* - als „Sicherung des Schuldprinzips“ verstanden.<sup>673</sup> *Stuckenberg* knüpft jedoch nicht an das Verbot einer bestimmten Rechtfertigung von Eingriffen, sondern an den Gegenbeweis<sup>674</sup> an. Damit dieser erbracht werden kann, setze die Unschuldsvermutung stets einen „geordneten Entscheidungsfindungsvorgang“ voraus.<sup>675</sup> Schließlich komme es bei einem modernen, „in der wahrheitsdefiniten Aussage des Ergebnisses der Beweisaufnahme“ gipfelnden Verfahren nicht allein auf das tatsächliche Ereignis der Straftat (materielle oder reale Schuld), sondern auch auf davon unabhängige Vorschriften, wie z. B die Beweisverwertungsverbote, die die formelle Schuld betreffen, an.<sup>676</sup> Im Ergebnis bleibt es also bei der freien richterlichen Beweiswürdigung des § 261 StPO, der zur Verurteilung die zweifelsfreie Überzeugung des Richters<sup>677</sup> genügen lässt. Die Funktion der Unschuldsvermutung wird von *Stuckenberg* letztlich im „Schutz des Verfahrens selbst“ bzw. der künstlichen Verzögerung ihres Ausgangs gesehen:

„In der Erhaltung der verfahrenskonstitutiven Ungewißheit des Ausgangs findet die Unschuldsvermutung ihre originäre Aufgabe.“<sup>678</sup>

Richtig ist dies vor allem, wenn man bedenkt, dass der Beschuldigte die Straftat schon vor dem Beginn des Strafverfahrens begangen hat. Hier bildet die Unschuldsvermutung „ein Ge-

<sup>668</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 459; ders., S. 519 ff.

<sup>669</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 440 ff., 446/447.

<sup>670</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 442.

<sup>671</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 450.

<sup>672</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 447.

<sup>673</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 451; ders., S. 505 ff.; *Frister*, S. 89; ders. in *Jura* 1988, 359/360 (Fn. 655).

<sup>674</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 442f., 452.

<sup>675</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 452.

<sup>676</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 452/453.

<sup>677</sup> Meyer-Goßner § 261 Rn. 2; 11 ff., 26 ff.

<sup>678</sup> Stuckenberg in ZStW 1999, 454.

engewicht zur Eindruckskraft des hoheitlich festgestellten [...] Tatverdachts“.<sup>679</sup> Der von *Stuckenberg* propagierte Schutz des Verfahrens vor Desavouierung zeichnet sich somit insbesondere durch die Offenheit des Verfahrensausgangs aus:

„Das Verbot der Desavouierung des Verfahrens bedingt, daß dem Verfahrensausgang nicht vorgegriffen, daß der Verfahrensablauf nicht verzerrt und schließlich das Verfahrensergebnis nicht nachträglich entwertet werden darf.“<sup>680</sup>

Historisch wird das vorgegebene Verständnis der Unschuldsvermutung in der „Epoche der Aufklärung“ verortet. Verstanden als „emphatisches Ausdrucksmittel für reformpolitische Forderungen“ könnten ihr zwar keine besonderen Grundsätze zur Regelung des Verfahrens entnommen werden; vielmehr sei sie zur jeweils geltenden Verfahrensgestalt „*akzessorisch*“.<sup>681</sup> *Stuckenberg* meint, dass im Ergebnis sogar ein Verfahren, „das im Wege des Orakels oder des Gottesurteils über Erfolgs- oder Sippenhaftung befindet“, von der Unschuldsvermutung geschützt wäre.<sup>682</sup>

Schließt man sich also der restriktiven, grundrechtsunabhängigen Meinung an, sind lediglich Verdachtsstrafen<sup>683</sup>, straftheoretische Erwägungen<sup>684</sup> und gesetzliche Schuldvermutungen<sup>685</sup>, mithin zweckgebundene Strafwirkungen, als von der Unschuldsvermutung verbotene „strafähnliche[n] Sanktionen“ zu qualifizieren. Die Annahme des Tatverdachts wird hier aber - als Kehrseite<sup>686</sup> zur Unschuldsvermutung - geradezu vorausgesetzt.<sup>687</sup> Da „die Legitimation des Strafprozesses nicht davon abhängt, ob der Beschuldigte sich nachträglich als schuldig oder unschuldig erweist“<sup>688</sup>, können etwaige Grundrechtsbeeinträchtigungen, die bei der Durchführung des Verfahrens erfolgen, keine Rolle spielen. *Stuckenberg* gibt daher zu, dass der Anwendungsbereich der Unschuldsvermutung nach diesem Verständnis im Verhältnis zu den Grundrechten und den anderen Verfahrensgarantien gering sei. Er geht sogar so weit, die Unschuldsvermutung für „verzichtbar“<sup>689</sup> zu halten. Zum Schutz des von der Untersuchungshaft betroffenen Beschuldigten ist sie es auch. Denn die Untersuchungshaft ist hier, soweit die Haftgründe nicht pönal erklärt oder zu illegitimen, den Verfahrensausgang antizipierenden Zwecken missbraucht werden, stets mit der Unschuldsvermutung vereinbar. Die sozialet

<sup>679</sup> *Stuckenberg* in ZStW 1999, 455; ähnlich auch: *Montenbruck* ZR II Rn. 415.

<sup>680</sup> *Stuckenberg* in ZStW 1999, 455.

<sup>681</sup> *Stuckenberg* in ZStW 1999, 456.

<sup>682</sup> *Stuckenberg* in ZStW 1999, 456.

<sup>683</sup> *Frister*, S. 69 ff.; *Stuckenberg* in ZStW 1999, 453, 456.

<sup>684</sup> *Frister*, S. 92 (nur für Generalprävention) *Stuckenberg* in ZStW 1999, 451, 456, 458.

<sup>685</sup> *Stuckenberg* in ZStW 1999, 453; vgl. auch: *Frister*, S. 46 ff.

<sup>686</sup> *Stuckenberg* in GA 2001, 586; vgl. auch ders. in ZStW 1999, 455 (Fn. 679).

<sup>687</sup> *Bohnert*, S. 244; *Geppert* in *Jura* 1993, 161; *Montenbruck* ZR II Rn. 415; ebenso auch: *SK-StPO-Paeffgen* Vor § 112 Rn. 22, 26; *IK-Kühne* Art. 6 Rn. 469; *Stuckenberg* in GA 2001, 586.

<sup>688</sup> *Stuckenberg* in ZStW 1999, 458.

<sup>689</sup> *Stuckenberg* in ZStW 1999, 454; vgl. auch S. 453; krit dazu: *Schulz* in GA 2001, 228.



sche Missbilligung, die der Untersuchungshäftling durch die Externalisierung des dringenden Tatverdachts erfährt, bleibt unberücksichtigt. Die Unschuldsvermutung geht folglich nicht über die Schutzwirkungen des Verhältnismäßigkeitsprinzips hinaus.

**cc) Die Auflösung des Meinungsstreits anhand der Rechtsprechung des BVerfG zum Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56f I 1 Nr. 1 StGB)**

Da das BVerfG den Begriff des durch die Unschuldsvermutung verbotenen strafähnlichen Eingriffs nicht definiert, soll im Folgenden anhand der Rechtsprechung zum Bewährungswiderruf wegen erneuter Straffälligkeit (§ 56f I 1 Nr. 1 StGB) entschieden werden, ob die Meinung des BVerfG eher den extensiven, den Grundrechtsschutz bejahenden oder den restriktiven Ansichten, die jedenfalls den direkten Schutz der Grundrechte im Zusammenhang mit der Unschuldsvermutung ablehnen, zuzuordnen ist. Die Rechtsprechung zum Bewährungswiderruf bietet sich hierfür in besonderer Weise an, weil das BVerfG den Streit darüber, ob diese Schlechterstellung des Betroffenen unabhängig von einem Urteil angeordnet werden darf, auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EGMR entschieden hat.

Voraussetzung für den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung ist gemäß § 56f I 1 Nr. 1 StGB, dass „der Verurteilte in der Bewährungszeit eine Straftat begeht“. Dies wirft im Hinblick auf die Unschuldsvermutung folgende Frage auf: Ist eine rechtskräftige Verurteilung wegen der neuen Straftat (Anlasstat) nötig oder genügt für den Widerruf der Bewährung schon ein Verdacht bezüglich der Anlasstat?

Die ältere und seit einiger Zeit als überholt geltende extensive Ansicht<sup>690</sup> möchte den Widerruf der Bewährung nur infolge eines rechtskräftigen Urteils zulassen. Argumentiert wird mit dem Wortlaut des Art. 6 II EMRK. Wenn man die Vorschrift ernst nehmen wolle, könne erst nach rechtskräftigem Abschluss der Hauptverhandlung, nämlich nach Klärung aller formellen und materiellen Strafvoraussetzungen, von einer Straftat gesprochen werden (konstitutiver Strafbegriff). Ähnlich mutet das Verständnis der Unschuldsvermutung als Garantie der „Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung“<sup>691</sup> an. Es beschränkt sich zwar auf das rein formale Ergebnis der Verfahrensdurchführung, schließt die Annahme einer Straftat vor rechtskräftiger Entscheidung des zuständigen Gerichts aber in gleicher Weise aus, da jedes vorgezogene Abstellen auf die Schuld die Unschuldsvermutung leer laufen ließe. Würde

<sup>690</sup> OLG Celle in StV 1990, 504; OLG München NJW 1991, 2302/2303; OLG Koblenz StV 1991, 172/173; OLG Schleswig StV 1991, 173/174; Blumenstein in NStZ 1992, 132/133; SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn. 203.

<sup>691</sup> Vgl. hierzu: Vogler in FS-Tröndle, S. 423 ff., 436, 438; Mrozynski JZ 1978, 255 ff., 257 ff.; IK-Kühne Art. 6 Rn. 437 f., 461; Blumenstein in NStZ 1992, 132/133; Ostendorf in StV 1990, 230, 232; krit. aber: ders. in StV 1992, 288 ff.

also die Bewährung bei bloßem Verdacht einer Anlasstat widerrufen, wirke dies wie eine „strafähnliche Sanktion“<sup>692</sup>. Schließlich habe der Betroffene mit der Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56, 57 StGB) bereits eine gesicherte Rechtsposition<sup>693</sup> erworben, die ihn vor irreparablen Schäden, die mit dem Freiheitsentzug verbunden seien, schütze.<sup>694</sup> Sieht man das rechtskräftige Urteil hingegen nicht als Voraussetzung für § 56f I 1 Nr. 1 StGB an, bliebe das Risiko des späteren Freispruchs<sup>695</sup> bestehen. Dies aber sei insbesondere unter dem Aspekt, dass die verlangte rechtskräftige Aburteilung arbeitsökonomisch keinen Nachteil darstelle, sondern vielmehr einen „heilsame[n] Druck zur Beschleunigung des neuen Verfahrens“ ausübe,<sup>696</sup> nicht hinnehmbar.

Von diesen Argumenten hat sich die restriktive Meinung<sup>697</sup>, nicht beeindrucken lassen. Stattdessen lehnt sie die Voraussetzung einer rechtskräftigen, gerichtlichen Entscheidung über die Anlasstat im Rahmen von § 56f I 1 Nr. 1 StGB ab. Auch diese Meinung kann sich auf die Kodifikation der Unschuldsvermutung in Art. 6 II EMRK berufen - fordert sein Wortlaut doch lediglich den „gesetzlichen“ und gerade nicht den rechtskräftigen „Beweis“ der Schuld. Da auch der Widerruf der Bewährung ein gesetzliches Verfahren zur Vollstreckung voraussetzt (vgl. §§ 453 I, 454 II StPO), sei der Unschuldsvermutung schon damit genügt.<sup>698</sup> Darüber hinaus könne der Wortlaut des § 56f I 1 Nr. 1 StGB herangezogen werden. Dieser gebe lediglich vor, dass „der Verurteilte in der Bewährungszeit eine Straftat begeht“. Welchen Voraussetzungen ihre Feststellung unterliegt, lasse das StGB offen. Von einer rechtskräftigen Aburteilung sei jedenfalls auch hier nicht die Rede. Ihr stehe überdies die Gesetzessystematik entgegen. Denn in den weiteren Widerrufsgründen werde offensichtlich auch keine gerichtliche Entscheidung verlangt (vgl. § 56f I 1 Nr. 2, 3 StGB).<sup>699</sup> Es gehe daher nicht um eine strafähnliche Freiheitsentziehung wegen des Bewährungsverstößes, wie die obige Ansicht annimmt, sondern um die Berichtigung der § 56f StGB zugrundeliegenden Prognoseentscheidung, also den Entzug nicht mehr begründbarer Vergünstigungen.<sup>700</sup> Neben den vorgebrachten Argumenten werden hauptsächlich Praktikabilitätsgründe herangezogen. Demnach würde die Forderung eines rechtskräftigen Urteils im Rahmen des Bewährungswiderrufsverfahrens

<sup>692</sup> Vogler in FS-Tröndle, S. 424, 425; vgl. auch: IK-Kühne Art. 6 Rn. 461.

<sup>693</sup> OLG Koblenz StV 1991, 172.

<sup>694</sup> Ostendorf in StV 1992, 290; ders. in StV 1990, 231/232; Blumenstein in NStZ 1992, 133.

<sup>695</sup> Mrozynski JZ 1978, 258; Vogler in FS-Tröndle, S. 435; Blumenstein in NStZ 1992, 133.

<sup>696</sup> Ostendorf in StV 1992, 289; vgl. ders. in StV 1990, 232.

<sup>697</sup> BGHSt 34, 209, 210/211 (mit abl. Anm. Vogler in NStZ 1987, 127); OLG Düsseldorf NStZ 1992, 131 (mit abl. Anm. Blumenstein); OLG Bremen StV 1984, 125; KG Berlin StV 1988, 26; OLG Hamburg NStZ 1992, 130; Fischer § 56f Rn. 4; Lackner/Kühl § 56f Rn. 3; Sch/Sch-Stree § 56f Rn. 3a; ders. in NStZ 1992, 153 ff.; Meyer in FS-Tröndle, S. 71 ff., 74; Geper in Jura 1993, 160 ff., 164; Stuckenberg in ZStW 1999, 460.

<sup>698</sup> OLG Hamburg NStZ 1992, 130, 131; OLG Düsseldorf NStZ 1992, 131 132.

<sup>699</sup> Vgl. dazu: OLG Hamburg NStZ 1992, 130; Stree in NStZ 1992, 154.

<sup>700</sup> Vgl. dazu: Stree in NStZ 1992, 159; Geper in Jura 1993, 163/164; Krumm in NJW 2005, 1832.

die schnelle und flexible Handhabung der Bewährungspraxis unterlaufen und könnte letztlich sogar zu einem restriktiveren Umgang führen.<sup>701</sup> Insbesondere aus diesem Grund hält wohl auch *Haberstroh*, der grundsätzlich die Ansicht von der Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung vertritt, hier eine indizielle Berücksichtigung der Anlasstat für notwendig und ausreichend.<sup>702</sup> Ebenso lässt der BGH<sup>703</sup> in seiner Entscheidung vom 30.10.1986 zur Berücksichtigung einer anderen Straftat in einem laufenden Verfahren eine jeden vernünftigen Zweifel ausschließende Überzeugung von der Straftat genügen. Als Begründung führt er an, dass die Unschuldsvermutung nicht zu einem konstitutiven Strafbegriff und damit auch nicht zu einem Verbot der indiziellen Berücksichtigung einer anderen Straftat vor deren rechtskräftiger Feststellung zwingt.

Das BVerfG hat diese Aussage des BGH (zunächst) bestätigt und zur Feststellung des den Bewährungswiderruf auslösenden Sachverhalts die auf einer eigenständigen Beurteilung beruhende Überzeugung von einer anderen Straftat genügen lassen.<sup>704</sup> Gerechtfertigt wird dies mit „dem Wesen der zur Strafaussetzung führenden Prognoseentscheidung“.<sup>705</sup> Im Bewährungswiderruf sieht es damit, wie die restriktive Ansicht, nicht die Bestrafung der Anlasstat. Hierfür wäre wegen der Unschuldsvermutung stets ein neues, eigenständiges Verfahren nötig. Bei § 56f I 1 Nr. 1 StGB hingegen gehe es nur um die Art und Weise der Strafvollstreckung einer bereits ordnungsgemäß abgeurteilten Straftat. Folgt man dem BVerfG insofern, wäre die extensive Ansicht also als Überdehnung der Unschuldsvermutung<sup>706</sup> anzusehen.

In einer neueren Entscheidung zum Bewährungswiderruf vom 09.12.2004<sup>707</sup>, die infolge der Kritik des EGMR an der deutschen Bewährungswiderrufspraxis<sup>708</sup> erging, hat das BVerfG jedoch nicht mehr auf die richterliche Überzeugung abgestellt. Die Frage, ob der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung gemäß § 56f I 1 Nr. 1 StGB wegen der Unschuldsvermutung stets eine rechtskräftige Verurteilung voraussetze, hat es dabei nicht abschließend beantwortet. Stattdessen wurde - ohne rechtfertigenden Grund<sup>709</sup> - ein glaubhaftes Geständnis zur Feststellung der neuen Straftat als ausreichend angesehen. Die Formulierung, „[a]llerdings spricht vieles dafür, dass mit Blick auf die Unschuldsvermutung von Verfassungen wegen der Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56f I 1 Nr. 1 StGB wegen einer neuen Straftat

<sup>701</sup> Stree in *NStZ* 1992, 153/154; Geppert in *Jura* 1993, 164.

<sup>702</sup> Haberstroh in *NStZ* 1984, 292/293 (vgl. Fn. 641); vgl. auch: OLG Düsseldorf *NStZ* 1992, 131, 132.

<sup>703</sup> BGHSt 34, 209, 210/211; vgl. dazu: Frister in *Jura* 1988, 356 ff.

<sup>704</sup> BVerfG *NStZ* 1987, 118; *NStZ* 1988, 21; *NStZ* 1991, 30.

<sup>705</sup> BVerfG *NJW* 1994, 377; vgl. auch: BVerfG *NStZ* 1988, 21.

<sup>706</sup> So im Ergebnis auch: BGHSt 34, 209, 211; Stree in *NStZ* 1992, 155; Geppert in *Jura* 1993, 163, 164; Meyer in *FS-Tröndle*, S. 74/75; Stuckenberg in *StV* 2007, 655 ff.; Seher in *ZStW* 2006, 110.

<sup>707</sup> BVerfG *NStZ* 2005, 204 [= *NJW* 2005, 817].

<sup>708</sup> EGMR *Urt. v. 3.10.2002*, Az.: 37568/97 (Böhmer/D).

<sup>709</sup> Vgl. dazu: Seher in *ZStW* 2006, 149 ff., 157; IK-Kühne *Art. 6 Rn. 461*; Vogler in *FS-Kleinknecht*, S. 439.

regelmäßig voraussetzt, dass der Täter wegen dieser neuen Straftat verurteilt worden ist“, deutet jedoch auf eine Rechtsprechungsänderung hin.

## b) Fazit

Nach all dem bleibt festzuhalten, dass das BVerfG jedenfalls ursprünglich von einem restriktiven, nur an Art. 20 III GG orientierten Verständnis der Unschuldsvermutung ausgegangen ist. Demnach waren mit dem Begriff der „strafähnlichen Sanktion“ lediglich die vom Schuldprinzip abhängigen Wirkungen suspendiert. Das die Strafe konstituierende normative Argument führte dazu, dass sich die aus dem Rechtsstaatprinzip folgende Unschuldsvermutung lediglich auf das Verbot solcher Sanktionen beschränkte, denen nach gesetzgeberischer Intention und Zweckbestimmung straftheoretische Wirkungen zukommen sollten. Vor ungewollten, faktischen Belastungen schützte Art. 6 II EGMR gerade nicht.<sup>710</sup> Die Unschuldsvermutung konnte also lediglich solche Sanktionen verbieten, die vom Gesetzgeber steuerbar waren. Daher war streng zwischen Verdachtserwägungen, Schuldfeststellungen und den entsprechenden Maßnahmen zu unterscheiden<sup>711</sup>. Straftheoretische Effekte, die sich aus der Verdächtigung des Bürgers<sup>712</sup> oder dem kommunikativen Charakter des Strafverfahrens ergaben,<sup>713</sup> wurden also - mangels gesetzgeberischer Intention - nicht erfasst. Folgt man dieser Ansicht, muss für die aus der Externalisierung des dringenden Tatverdachts entstehende gesellschaftliche Missbilligung bei der Untersuchungshaft das gleiche gelten. Folglich konnte die Untersuchungshaft - trotz ihrer diskriminierenden Wirkung - bisher nicht als „strafähnliche Sanktion“ bewertet werden.

Das dargestellte, restriktive Verständnis der Unschuldsvermutung verbietet allerdings bloß, was nicht *sein soll* und läuft damit auf eine strikte Trennung der staatlichen Maßnahmen nach ihrem gesetzgeberischen Zweck hinaus. Dies birgt wiederum die Konsequenz, dass lediglich „Nuancen einer mehr oder weniger geschickten Formulierung“<sup>714</sup> und sog. Schuldwahrscheinlichkeitsklauseln<sup>715</sup> über die Verletzung der Unschuldsvermutung entscheiden. Von Jung wird dieses Verständnis daher - zu Recht - als positivistisch<sup>716</sup> oder nominalistisch<sup>717</sup> qualifiziert. Dies könnte auch ein Grund dafür sein, dass sich das BVerfG in der neueren Entscheidung zum Bewährungswiderruf einem eher extensiven Verständnis der Unschuldsvermutung zu-

<sup>710</sup> BVerfG NJW 2009, 3569/3570; Montenbruck ZR II Rn. 415.

<sup>711</sup> Vgl. BVerfGE 82, 106, 120 ff.; krit. dazu: Anm. v. Mahrenholtz, S. 122 ff.

<sup>712</sup> Vgl. dazu: Eisenberg/Conen in NJW 1998, 2241/2242; Haberstroh in NSTZ 1984, 289 ff.

<sup>713</sup> Vgl. dazu: Mrozynski in JZ 1978, 262; Stuckenberg in ZStW 1999, 457; Jung, S. 14 ff., 19, 31/32, 35, 51.

<sup>714</sup> Geppert in Jura 1993, 165; vgl. auch: Mahrenholz BVerfGE 82, 122; Meyer in FS-Tröndle, S. 70/71.

<sup>715</sup> Kühl in FS-Eser, S. 154; ders. UV, S. 3; vgl. auch: Bohnert, S. 248; SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn. 203.

<sup>716</sup> Jung, S. 14/15, 58/59.

<sup>717</sup> Jung in EuGRZ 1996, 370; ders., S. 14.

gewandt zu haben scheint. Was dies genau für die Bewertung der Untersuchungshaft bedeutet und wie eine grundrechtliche Fundierung der Unschuldsvermutung aussehen kann, ist an dieser Stelle jedoch noch nicht absehbar.

## 2. Menschenrechtliche Betrachtung

Fraglich ist daher zunächst, ob sich aus der Entscheidung des EGMR zum Bewährungswiderruf<sup>718</sup> andere Erkenntnisse für die Bedeutung Unschuldsvermutung und damit für die von der Untersuchungshaft ausgehende Diskriminierungswirkung ergeben. Im Fall *Böhmer* hat der Gerichtshof angenommen, dass die Unschuldsvermutung verletzt wird, wenn ein innerstaatliches Gericht in seiner Entscheidung indiziell von der schuldhaften Begehung einer anderen Straftat ausgeht, ohne dass die letzte vorher entsprechend den gesetzlichen Vorschriften nachgewiesen werden konnte:

„The presumption of innocence, considered in the light of the general obligation of a fair criminal trial under Article 6 § 1, excludes a finding of guilt outside the criminal proceedings before the competent trial court, irrespective of the procedural safeguards in such parallel proceedings and notwithstanding general considerations of expediency [...].“<sup>719</sup>

Dass die Schuldfeststellung durch die Unschuldsvermutung ausgeschlossen ist, impliziert jedoch nicht, dass die Strafaussetzung zur Bewährung gemäß § 56f I 1 Nr. 1 StGB nur infolge einer rechtskräftigen Verurteilung widerrufen werden kann. Auch der EGMR unterscheidet Verdachtsannahmen („*state of suspicion*“) und gerichtliche Schuldfeststellungen („*finding of guilt*“).<sup>720</sup> Da sich die Unschuldsvermutung nur auf die Feststellung der Schuld („*proved guilt of that offence*“) und somit grundsätzlich nicht auf Aussagen zum Charakter und Verhalten des Angeklagten („*allegations made about the accused’s character and conduct*“) bezieht<sup>721</sup>, müsste die vollstreckungsgerichtliche Entscheidung des Bewährungswiderrufs nach europarechtlichem Verständnis auch bei einem Tatverdacht und einem Geständnis - wovon jedenfalls die Europäische Menschenrechtskommission ausgegangen ist<sup>722</sup> - zulässig sein.

Etwas anderes soll aber dann gelten, wenn in der Persönlichkeitseinschätzung neue Anschuldigungen erhoben werden („*new charge*“).<sup>723</sup> Von den angesprochenen Praktikabilitäts-erwägungen lässt sich der EGMR hier ebenso wenig beeindrucken, wie von der Argumentation, dass es beim Bewährungswiderruf allein um die Vollstreckung einer anderen, bereits

<sup>718</sup> EGMR Urt. v. 3.10.2002, Az.: 37568/97 [= StV 2003, 82 ff. m. Anm. Pauly] (Böhmer/D), vgl. Fn. 708.

<sup>719</sup> EGMR aaO. Rn. 67 (Böhmer/D).

<sup>720</sup> EGMR Urt. v. 28.4.2005, Az.: 72758/01 Rn. 34 (A. L./D).

<sup>721</sup> EGMR Urt. v. 5.7.2001, Az.: 41087/98 Rn. 35 (Phillips/GB).

<sup>722</sup> EKMR Entsch. v. 9.10.1991, Az.: 15871/89 [= StV 1992, 282] : vgl. dazu: EGMR aaO. Rn. 65 (Böhmer/D); Seher in ZStW 2006, 125, 149.

<sup>723</sup> EGMR Urt. v. 5.7. 2001, Az.: 41087/98 Rn. 35 (Phillips/GB); aaO. Rn. 55 (Böhmer/D).

rechtskräftig abgeurteilten Straftat gehe. Stattdessen blickt er auf den die aktuelle Sanktion verschärfenden tatsächlichen Nachteil. Dies ist im Falle des Bewährungswiderrufs die Freiheitsentziehung. Hierbei handle es sich aber gerade um einen Nachteil, der der Strafe gleichsteht („*a disadvantage upon the applicant that, in the Court's view, equates with a penalty*“).<sup>724</sup> Dies hat zur Folge, dass die Feststellung der neuen Tat im Fall des Bewährungswiderrufs vom EGMR nicht als Vollstreckungsentscheidung, sondern als neue Anklage bzw. Schuldfeststellung bewertet wird. Letztlich hat der Gerichtshof im Fall *Böhmer* die Unschuldsvermutung in ihrem besonderen Bezug zum fairen Verfahren („*the presumption of innocence, which is a specific aspect of the requirements of a fair trial*“), als betroffen angesehen und im Ergebnis eine Verletzung von Art. 6 I, II EMRK bejaht.<sup>725</sup>

Die Literatur sieht in der *Böhmer*-Entscheidung des EGMR nicht nur das Ergebnis, dass der Bewährungswiderruf eine Schuldfeststellung enthalte, die der Strafe gleichstehe. Ein überwiegender Teil geht zudem davon aus, dass sich der Gerichtshof hiermit sogar die Ansicht von der Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung zu eigen macht.<sup>726</sup> Hierfür kann insbesondere die Gleichstellung von Bewährungswiderruf und Freiheitsstrafe herangezogen werden. Dass der Charakter der in Aussicht stehenden Rechtsfolge am Ende darüber entscheidet, ob eine neue strafrechtliche Anklage („*criminal charge*“) vorliege, die die Unschuldsvermutung auf den Plan ruft, hatte der EGMR auch vorher bereits in seinen vier Entscheidungen gegen Norwegen vom 11.02.2003 betont.<sup>727</sup> Sein wirkungsorientiertes Strafverständnis offenbart sich auch in der Entscheidung, mit der er die Sicherungsverwahrung - im Gegensatz zum BVerfG und unter Missachtung eigener, bereits erwähnter Vorgaben (vgl. II 2) - als Strafe im Sinne des Art. 7 EMRK qualifiziert.<sup>728</sup> *Stuckenberg* meint sogar, der Gerichtshof habe bereits in einem Urteil von 1993 zu einem eher extensiven Verständnis der Unschuldsvermutung tendiert. Im Fall *Sekanina*<sup>729</sup> wurde die Verletzung der Unschuldsvermutung darin gesehen, dass das zuständige österreichische Gericht eine Kostenentscheidung, die auf einen Freispruch aus tatsächlichen Gründen folgte, mit dem fortbestehenden Tatverdacht begründete. Hieraus folgert *Stuckenberg*, ein Vertreter der eher restriktiven Ansicht (vgl. III 1 a bb), dass die Unschuldsvermutung zur einer „endgültige[n] Purgierung vom Tat-

<sup>724</sup> EGMR aaO. Rn. 66 (Böhmer/D).

<sup>725</sup> EGMR aaO. Rn. 69, 70 (Böhmer/D).

<sup>726</sup> So im Ergebnis auch: Pauly in StV 2003, 86; IK-Kühne Art. 6 Rn. 437, 461, 463 f.; Stuckenberg in StV 2007, 660, 661; Seher in ZStW 2006, 124/125; a. A. wohl aber Krumm in NJW 2005, 1832 ff.

<sup>727</sup> EGMR Urte. v. 11.2.2003: Az.: 29327/95 Rn. 34 ff. 37; (O./N); Az.: 56568/00 Rn. 40 ff., 42, 46 (Y./N); Az.: 30287/96 Rn. 42, 46 (Hammern/N); Az.: 34964/97 Rn. 38 ff. (Ringvold/N).

<sup>728</sup> EGMR Urte. v. 17.12.2009, Az.: 19359/04 (M./D) Rn. 133 (Fn. 72, 613).

<sup>729</sup> EGMR Urte. v. 25.8.1993, Az.: 13126/87 (Sekania/A).

verdacht“ verpflichte.<sup>730</sup> Dass er diese Rehabilitierungspflicht als das „Gegenstück zur Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung“ ansieht, bestärkt ihn noch in der Annahme, dass der EGMR neuerdings ein weiteres Verständnis der Unschuldsvermutung bevorzuge.

### 3. Fazit

Das BVerfG ist ursprünglich von einem restriktiven Verständnis der Unschuldsvermutung ausgegangen. Dieses Verständnis gibt dafür, dass die mit der Untersuchungshaft einhergehende gesellschaftlich-diskriminierende Wirkung gegen die Unschuldsvermutung verstoße und die Untersuchungshaft deshalb als strafähnlich zu bewerten wäre, nichts her. Infolge der Entscheidung des EGMR deutet sich jedoch eine Rechtsprechungsänderung hin zu einem extensiven, den Grundrechtsschutz bejahenden Verständnis der Unschuldsvermutung an. Da hierbei letztendlich die Schwere der Sanktion darüber entscheidet, ob eine mit der Unschuldsvermutung konfligierende Schuldfeststellung vorliegt, könnte bei der Untersuchungshaft aber gerade das Zusammentreffen von öffentlicher Diskriminierung und Freiheitsentziehung eine Strafähnlichkeit begründen.

## IV. Das Zusammentreffen von öffentlicher Diskriminierung und Freiheitsentziehung

Fraglich ist nach all dem, ob die Untersuchungshaft dadurch, dass sie den Status des Beschuldigten als dringend Verdächtigen geradezu bestätigt (vgl. Kap. 3 II 4 b) als „strafähnliche Sanktion“ im Sinne der Unschuldsvermutung bewertet werden muss.

### 1. Menschenrechtlich-rechtsschutzorientierte Betrachtung

Hierfür könnte jedenfalls der von *Jung* entwickelte grund- und menschenrechtsbezogene Ansatz der „wirkungsorientierten Gegenkontrolle“<sup>731</sup> sprechen. Seine machtkritische, der gesetzgeberischen Etikettierung entgegenstehende Vorgehensweise<sup>732</sup>, bei der der Aspekt des strafrechtlichen Rechtsschutzes<sup>733</sup> im Vordergrund steht, hat *Jung* mit Hilfe einer Analyse der Rechtsprechung des EGMR zur strafrechtlichen Anklage gemäß Art. 6 I 1 EMRK (vgl. II 2) herausgearbeitet.<sup>734</sup> So nimmt er im Ergebnis beispielsweise an, dass das Rückwirkungsverbot des Art. 103 II GG - entgegen dem BVerfG - auch auf die Maßregeln (vgl. §§ 61 ff. StGB) zu

<sup>730</sup> Stuckenberg in StV 2007, 661; ähnlich bereits ders. in ZStW 1999, 457; ebenso wohl: Demko in HRRS 7/2007, 286 ff., 292.

<sup>731</sup> Jung, S. 15, 52.

<sup>732</sup> Jung, S. 72, 79, 82, 83; ders. in EuGRZ 1996, 370.

<sup>733</sup> Vgl. dazu: Jung, S. 12, 39 ff., 52/53, 58, 79, 80.

<sup>734</sup> Jung in EuGRZ 1996, 370 ff.; vgl. auch ders., S. 49 ff., 52 bzw. 74 ff., 82.

beziehen sei.<sup>735</sup> In seinem Aufsatz „Was ist Strafe?“ aus dem Jahr 2002 hat er die Untersuchungshaft, insbesondere wegen ihres tadelnden Charakters, als echte Vor-Strafe<sup>736</sup> bezeichnet. Schließt man sich dieser Meinung an, könnte es also möglich sein, über die gesellschaftliche Diskriminierungswirkung des Strafverfahrens auch die subjektiv-tatsächliche Komponente der Freiheitsentziehung zu berücksichtigen und im Ergebnis zu einer Anerkennung des strafähnlichen Charakters der Untersuchungshaft zu kommen.

## 2. Die Beeinträchtigung des Art. 6 I, II EMRK durch die Untersuchungshaft

Auch eine Beeinträchtigung des Schutzbereichs der Art. 6 I und II EMRK durch die Untersuchungshaft könnte nunmehr gesehen werden.

Die Untersuchungshaft könnte schon wegen ihrer gesellschaftlich-diskriminierenden Wirkung, die sie in der Öffentlichkeit nicht wie eine Verdachtsmaßnahme, sondern eher wie eine Schuldfeststellung aussehen lässt, als „*new charge*“ zu bewerten sein. Wenn man überdies bedenkt, dass der EGMR im Hinblick auf Art. 6 I EMRK stets betont, dass letzten Endes die Schwere einer Sanktion über die Qualifikation einer Maßnahme als „*criminal charge*“ entscheide, müsste es sich bei der freiheitsentziehenden Untersuchungshaft, ebenso wie beim Bewährungswiderruf, um eine Rechtsfolge handeln, die in ihrem Nachteil der Strafe gleichsteht. Bei einem rechtsschutzorientierten Verständnis der Unschuldsvermutung ist es somit denkbar, auch in der verdachtsabhängigen, vorläufigen Untersuchungshaft eine Beeinträchtigung des Art. 6 I und II EGMR zu sehen.

## 3. Die verfassungsrechtliche Herleitung der Unschuldsvermutung

Möchte man das neue, extensivere Verständnis der Unschuldsvermutung verfassungsrechtlich herleiten, kann zunächst an der dogmatischen Begründung der Unschuldsvermutung als verfahrensrechtliche Sicherung des Schuldprinzips<sup>737</sup> festgehalten werden. Da eine vollständig von den Grundrechten abstrahierende Erklärung keinen Schutz vor ungewollten, faktischen Belastungen bietet (vgl. III 1 b, 3) und daher nicht mehr trägt, kommt eine grundrechtliche Fundierung der Unschuldsvermutung parallel zum Schuldprinzip über die Art. 20 III, 2 I i. V. m. 1 I GG in Betracht. Wegen Art. 20 III GG steht der Verfahrensschutz auch weiterhin im Vordergrund; die Unschuldsvermutung dient weiterhin unmittelbar der Gewährleistung

<sup>735</sup> Jung in FS-Wassermann, S. 875, 884 ff.; ders. in EuGRZ 1996, 371; ähnlich z. B. auch: NK-Hassemer/Kargl § 2 Rn. 60 ff.; LK-Schöch Vor 61 Rn. 37; a. A. BVerfG aaO. (Fn. 22).

<sup>736</sup> Jung, S. 67 (vgl. bereits Fn. 417).

<sup>737</sup> Frister, S. 89; ders. in Jura 1988, 359, 360; Stuckenberg in ZStW 1999, 451/452; ders. S. 505 ff.; so wohl auch: Kühl in FS-Müller-Dietz, S. 406, 407, 414/415; Lindner in ÄöR 2008, 244; Schulz in GA 2001, 227, 233; Meyer in FS-Tröndle, S. 66.



eines ordnungsgemäßen Strafverfahrens. Dadurch, dass das Strafverfahren selbst nicht pönal genutzt werden darf und sein Ergebnis - vorzugsweise bis zur Rechtskraft<sup>738</sup> - offenbleiben soll, ist der Bürger allerdings mittelbar<sup>739</sup> geschützt, und zwar durch das Allgemeine Persönlichkeitsrecht der Art. 2 I i. V. m. 1 I GG<sup>740</sup>.

#### 4. Die Untersuchungshaft als strafähnliche Sanktion

Die verfassungsrechtliche Qualifikation der Unschuldsvermutung über die Art. 20 III, 2 I i. V. m. 1 I GG könnte die Untersuchungshaft wegen ihres diskriminierenden und freiheitsentziehenden Charakters zur „strafähnlichen Sanktion“ machen.

Versteht man die Unschuldsvermutung demnach mit *Lindner*<sup>741</sup> im Sinne einer „multidimensionalen Grundrechtsdogmatik“<sup>742</sup>, weist sie mehrere Schutzfunktionen auf. Aus der grundrechtlichen Dimension der Selbstbestimmung und Selbstdarstellung ergibt sich zunächst ein „umfassendes Anknüpfungsverbot“<sup>743</sup>. Denn das „familiäre, gesellschaftliche und berufliche Umfeld“ differenziert nur selten „zwischen Strafverfolgung im Verfahrens- und im Verurteilungsstadium“,<sup>744</sup> so dass mit der Begehung einer Straftat neben dem rechtlichen Vorwurf regelmäßig auch ein gesellschaftlicher Makel - in Form eines sozialetischen Unwerturteils - im Raum steht. Die Selbstdarstellung des Einzelnen ist dadurch permanent bedroht. Es ist also nicht ausgeschlossen, dass das Strafverfahren als Mittel zur Feststellung möglicher Straffolgen, selbst schon wie eine Strafe wirkt. Teilweise werden ihm sogar die Wirkungen der General- und Spezialprävention bescheinigt.<sup>745</sup> Erkennt man diesen kommunikativen Charakter des Strafverfahrens über die grundrechtliche Dimension der Unschuldsvermutung aber an und akzeptiert, dass straftheoretische Effekte auch ohne gesetzgeberische Intention existieren, kann der Begriff der „strafähnlichen Sanktion“ nicht mehr nur das Verbot, eine Person vor oder ohne prozessordnungsgemäße, rechtskräftige Verurteilung als schuldig zu bezeichnen, umfassen. Er muss vielmehr auch auf die an den Verdacht anknüpfenden Maßnahmen ausgedehnt werden<sup>746</sup>. Die Untersuchungshaft, die zwar nicht die Schuld des Betroffenen unterstellt, aber ein Maß an Verdacht impliziert, „das in der faktischen Wirkung nach außen als

<sup>738</sup> Stuckenberg in StV 2007, 662; ders. in ZStW 1999, 459; weniger deutlich, ders., S. 537; 558/559; vgl. auch: Frister, S. 89; Lindner in AöR 2008, 245 ff.; SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn. 182; krit. dazu: Seher in ZStW 2006, 114/125.

<sup>739</sup> Vgl. dazu: Stuckenberg in ZStW 1999; 457; ders. in GA 2001, 593/594; ders., S. 559 f.

<sup>740</sup> Vgl.: Haberstroh in NSTz 1984, 291; Ostendorf in StV 1992, 289; Kühl UV, S. 20; ders. in FS-Müller-Dietz, S. 401 ff.; Lindner in AöR 2008, 245 ff.

<sup>741</sup> Lindner in AöR 2008, 244 ff.

<sup>742</sup> Lindner in AöR 2008, 248.

<sup>743</sup> Lindner in AöR 2008, 246, 259.

<sup>744</sup> Lindner in AöR 2008, 246.

<sup>745</sup> Vgl. dazu: Mrozynski in JZ 1978, 261/262; Stuckenberg in StV 2007, 662.

<sup>746</sup> Lindner in AöR 2008, 246, 249.

‘Vorverurteilung’ erscheinen kann“, stellt dann stets eine Beeinträchtigung des Grundrechts der Unschuldsvermutung<sup>747</sup>, also eine strafähnliche Sanktion, dar.

Bei einer wirkungs- und rechtsschutzorientierten Betrachtungsweise, die die Diskriminierungswirkungen von Verdacht und Strafverfahren anerkennt, kann - mit *Jung* - im Hinblick auf die Untersuchungshaft folglich von der „Verhängung echter Vor-Strafen“<sup>748</sup> gesprochen werden. Dem stimmt *Stuckenberg* wohl zu, wenn er beschreibt, dass auch vorläufige Eingriffe strafähnlich sein können, da sie „verstanden als Eingriffe, deren kommunikative Bedeutung wegen ihrer äußeren Form von der Strafe kaum zu unterscheiden ist“, das Verfahren desavouieren können.<sup>749</sup> Auch *Kühl*<sup>750</sup> meint, dass bereits „jede Äußerung eines Strafverfolgungsorgans, eine bestimmte Person sei möglicher oder wahrscheinlicher Täter einer Straftat, diese in der Öffentlichkeit negativ“ kennzeichne. Bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, wie der Untersuchungshaft, verstärke sich diese Wirkung noch. Der Unschuldsvermutung könne es daher nicht allein um die „vom Gesetzgeber bestimmten staatlichen Reaktionen“ gehen; auch die in der gesellschaftlichen Realität spürbare „sozialethisch deklassierende Wirkung“ müsste vom Begriff der strafähnlichen Sanktionen erfasst sein.<sup>751</sup> Dafür spricht letztendlich auch, dass das BVerfG der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung wegen der „besonderen Belastungen“, denen der Beschuldigte dadurch ausgesetzt ist, teilweise „sanktionsähnlichen Charakter“<sup>752</sup> zuschreibt. Dass dies für die Untersuchungshaft dann erst recht gelten müsse, wurde bereits oben bereits erwähnt (vgl. Kap. 2 II 7).

Wegen der tatsächlichen Inhaftierung ist es allerdings kaum möglich, dass die Unschuldsvermutung ihre vollständige Wirkung zugunsten des Untersuchungshäftlings entfaltet. Da hier jedoch von einer verfassungsrechtlichen Garantie mit (nur) mittelbarem Grundrechtsschutz ausgegangen wird, bei der überdies nur der relative Schutzbereich<sup>753</sup> betroffen ist, hat der Untersuchungsgefangene die gesellschaftliche Diskriminierungs- bzw. faktische Makelwirkung<sup>754</sup>, also die Beeinträchtigung der Art. 2 I, 1 I GG, zugunsten der ordnungsgemäßen Durchführung des Strafverfahrens jedenfalls bis zum Abschluss desselben hinzunehmen. Denn Maßnahmen, die an den Verdacht einer Straftat anknüpfen, sind in der Regel im Wege der praktischen Konkordanz<sup>755</sup> gerechtfertigt. Etwas anderes würde nur gelten, wenn - z. B.

<sup>747</sup> Lindner in *ÄöR* 2008, 249.

<sup>748</sup> *Jung*, S. 67 (vgl. Fn. 417, 736).

<sup>749</sup> *Stuckenberg* in *ZStW* 1999, 457; vgl. ders. in *StV* 2007, 659.

<sup>750</sup> *Kühl UV*, S. 23.

<sup>751</sup> *Kühl* in *FS-Eser*, S. 154; vgl. ders. *UV*, S. 15.

<sup>752</sup> *BVerfG NSTZ* 2008, 680, 681.

<sup>753</sup> *Lindner* in *ÄöR* 2008, 250, 252.

<sup>754</sup> *Lindner* in *ÄöR* 2008, 253, 259; vgl. auch: *Kühl UV*, S. 23 ff.

<sup>755</sup> *Lindner* in *ÄöR* 2008, 251, 253; vgl. auch: *Kühl* in *FS-Müller-Dietz*, S. 411.

durch ein Schein-Strafverfahren - der „abwägungsfeste Kern der Unschuldsvermutung“ betroffen wäre.<sup>756</sup>

In verfahrens- und organisationsrechtlicher Hinsicht<sup>757</sup> kann der unverurteilt gebliebene Untersuchungsgefangene zwar keine vollständige Rehabilitierung im Sinne eines tatsächlichen Nachweises seiner Unschuld<sup>758</sup> verlangen. Stattdessen wirkt die nicht widerlegte Rechtsvermutung der Unschuld zu seinen Gunsten. Da es in erster Linie um einen formellen, vom tatsächlichen Geschehen unabhängigen Begriff der Schuld/Unschuld geht, kann die Unschuldsvermutung ihre vollständige Wirkung, die zu einer „endgültigen Purgierung des Tatverdachts“<sup>759</sup> führt, jedoch nur entfalten, wenn bei ausbleibender Verurteilung nicht mehr am Tatverdacht festgehalten wird. Dies hat zur Folge, dass Kostenentscheidungen gemäß §§ 467 III 2 Nr. 2, 467 IV, 471 III Nr. 2 StPO nicht mit Verdachtserwägungen gerechtfertigt werden können, sondern auf andere Erwägungen gestützt werden müssen.<sup>760</sup> Um nicht den Verdacht oder gar die Schuld über die Hintertür doch noch zu bestätigen, was das gesamte Strafverfahren entwerten würde, wird insbesondere von *Kühl* sogar eine Streichung der Regelungen zur Kostenüberbürdung verlangt.<sup>761</sup> Das gleiche muss für die Entschädigungsversagung bei erlittener Untersuchungshaft gemäß §§ 3, 6 I Nr. 2, 2. Alt. StrEG gelten.

Ob es nach all dem dabei bleiben kann, dass die Parallelnorm des § 51 StGB - wie *Frister* meint<sup>762</sup> - die Unschuldsvermutung gar nicht betrifft und die umfassende Anrechnung daher bloß zugunsten des Untersuchungshäftlings wirkt, wird das nächste Kapitel klären. An dieser Stelle kam es darauf an, festzustellen, dass die Untersuchungshaft als mit der Unschuldsvermutung konfligierende „strafähnliche Sanktion“ qualifiziert werden kann.

## V. Zusammenfassung und Ergebnis

Die Freiheitsentziehung allein macht die Untersuchungshaft nicht zur Strafe (vgl. Art. 2 II 3, 104 II-IV GG). Die öffentliche Diskriminierungswirkung tangiert die Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) grundsätzlich nicht. Zusammengenommen können die Freiheitsentziehung und die Diskriminierung die Untersuchungshaft aber strafähnlich werden lassen.

Die neuere Rechtsprechung des EGMR und des BVerfG zum Bewährungswiderruf führt dazu, dass die Unschuldsvermutung extensiver zu verstehen ist und sogar eine grundrechtli-

<sup>756</sup> Lindner in *ÄöR* 2008, 250, 252.

<sup>757</sup> Lindner in *ÄöR* 2008, 258/259.

<sup>758</sup> *Kühl UV*, S. 40 ff., 50, 52, 78, 89/90, 91; vgl. auch: *Paeffgen*; *Murmann*; *Stuckenberg aaO*. (Fn. 398).

<sup>759</sup> *Stuckenberg in StV* 2007, 661 (Fn. 730); ebenso im Ergebnis wohl *Kühl UV*, S. 29 ff., 89.

<sup>760</sup> *Kühl UV*, S. 120 ff., 134; *Demko in HRRS* 7/2007, 292; a. A.: *Stuckenberg in StV* 2007, 662 (Verwertbarkeit der gerichtlichen Überzeugung bei §§ 154, 154a StPO).

<sup>761</sup> *Kühl UV*, S. 133; ähnlich aber auch: *Frister*, S. 122 ff., 133; *Stuckenberg*, S. 568/569; *ders. ZStW* 1999, 560; a. A.: *SK-StPO-Paeffgen Art. 6 Rn.* 203.

<sup>762</sup> *Frister*, S. 127 ff. (vgl. bereits Fn. 667).

che Dimension erhält (vgl. Art. 20 III, 2 I i. V. m. 1 I GG). Da die Schuldfeststellung allein dem Gericht vorbehalten bleibt (Exklusivität der verfahrensmäßigen Schuldfeststellung), stellt die Untersuchungshaft aufgrund ihrer diskriminierenden und freiheitsentziehenden Wirkung stets eine Beeinträchtigung der Unschuldsvermutung dar. Wie sich aus der Rechtsprechung zum Bewährungswiderruf ergibt, spielt es hierbei keine Rolle, dass der Gesetzgeber mit den §§ 112 ff. StPO - abgesehen von §§ 112 III, 112a StPO - keine pönalen Zwecke verfolgt. Allerdings schützt die Unschuldsvermutung den Untersuchungshäftling, solange legitime Zwecke verfolgt werden, also keine Übelzufügung intendiert ist, auch nicht. Als verfahrensabhängiges Grundrecht entfaltet sie ihre den Untersuchungshäftling schützende Wirkung grundsätzlich nur, wenn die Verurteilung ausbleibt. Dann nämlich ist der Untersuchungshäftling von der diskriminierenden Makelwirkung zu reinigen (endgültige Purgierung vom Tatverdacht).

Mit der Erkenntnis, dass die Untersuchungshaft - trotz gegenteiliger gesetzgeberischer Intentionen - als „strafähnliche Sanktion“ angesehen werden kann, ist die Grundvoraussetzung für die Betrachtung der Untersuchungshaft als bedingte Strafe geschaffen.

## **Fünftes Kapitel**

### **Untersuchungshaft als bedingte Strafe**

#### **I. Die Anerkennung der Strafeffekte im Fall der Anrechnung**

##### **(Das „Ob“ der bedingten Strafe)**

Da nunmehr festgestellt wurde, dass eine gewisse Strafähnlichkeit gegeben ist, könnte die Untersuchungshaft unter der Bedingung, dass sie auf die Strafe angerechnet wird, selbst zur Strafe werden. Dies wäre der Fall, wenn die in der Untersuchungshaft festgestellten Strafeffekte über die in der Anrechnung vorausgesetzte Verurteilung (§ 51 I 1 StGB) in förmlicher Weise anerkannt werden würden. Es müsste dann von bedingter Strafe gesprochen werden.

#### **1. Die Anrechnung als Strafbedingung**

Dafür müsste die Anrechnungsvorschrift des § 51 I StGB als Strafbedingung zu verstehen sein.

Die materiell-rechtliche Strafbedingung der Tatbegehung ist schon bei der Anordnung und Vollziehung der Untersuchungshaft erfüllt (vgl. Kap. 1 II 3, Kap. 3 II 1 a). Da bereits mit ihr strafähnliche Effekte einhergehen, ist die Untersuchungshaft sogar als „strafähnliche Sanktion“ zu bezeichnen (vgl. Kap. 4 IV, V). Möchte man aber nicht auf die Durchführung des Strafverfahrens verzichten, muss dies zunächst unberücksichtigt bleiben. Auch die Unschuldsvermutung schützt den Untersuchungshäftling hiervor nicht. Denn, wie bereits erwähnt (vgl. Kap. 1 II 2, Kap. 4 IV, V), hängen die beachtlichen, straftheoretischen Wirkungen vom Eintritt der prozessualen Strafbedingung des Schuldspruchs ab. Erst sie löst die Wirkungen des Schuldprinzips aus (§ 158 I BGB) und lässt zugleich diejenigen der Unschuldsvermutung entfallen (§ 158 II BGB). Da die Untersuchungshaft nun aber als „strafähnliche Sanktion“ zu bewerten ist, können die latenten Strafwirkungen durch die in der Anrechnung enthaltende prozessuale Strafbedingung rückwirkend bestätigt werden. Die obigen Annahmen zur Anrechnung (vgl. Kap. 2 IV, V) müssen jedenfalls dahingehend relativiert werden, dass nicht schon die bloße Ausgestaltung als Strafvollstreckungsregel der Strafwirkung widerspricht. Mit diesem positivistischen Verständnis kann also die Möglichkeit, dass in der Anrechnung eine Bedingung für die Strafwirkung der Untersuchungshaft zu sehen ist, nicht widerlegt werden. Denn auch § 56f I 1 Nr. 1 StGB betrifft nur die Art und Weise Strafvollstreckung. Vom EGMR wird er jedoch als Regelung mit Strafcharakter qualifiziert. Dass der gesetzgeberische Zweck hier stets maßgeblich sei, dürfte damit widerlegt sein. Die Anrechnung nach § 51 I

StGB kann folglich auch als Regelung mit Strafcharakter und damit als Strafbedingung betrachtet werden.

## 2. Die Eignung zur Rückwirkung

Die Frage nach der Möglichkeit der bedingten Strafe läuft weiterhin darauf hinaus, ob im Falle der Anrechnung von erlittener Untersuchungshaft auf die Strafe eine Rückwirkung des Schuldspruchs auf die bereits bei der Untersuchungshaft bestehenden Strafeffekte festgestellt werden kann. Dazu ist zu klären, welchen straftheoretischen Wirkungen sie im Einzelnen entsprechen. Denn es können nur diejenigen Wirkungen nachträglich durch den Schuldspruch legitimiert werden, die bereits in der Untersuchungshaft enthalten sind.

Im Folgenden sollen die sozialetische Missbilligung, die Generalprävention und die Spezialprävention einzeln auf ihre Eignung zur Rückwirkung überprüft werden. Zur Definition der einzelnen Strafzwecke wird hier unter anderem die Entscheidung des BVerfG vom 21.06.1977 zur lebenslangen Freiheitsstrafe herangezogen, da sich das Gericht dort „wiederholt mit Sinn und Zweck des staatlichen Strafens befaßt“.<sup>763</sup> Ergänzend soll *Roxins* dialektische Vereinigungstheorie<sup>764</sup> fungieren. Sie geht davon aus, dass das Strafrecht den Einzelnen in den drei verschiedenen Phasen der Strafandrohung, der Strafverhängung und der Strafvollziehung betrifft. Diese Theorie ist daher insbesondere für die zeitliche Einordnung der Strafzwecke und ihre mögliche Existenz innerhalb der Untersuchungshaft interessant.

### a) Sozialetische Missbilligung

Die sozialetische Missbilligung ist das konstitutive Element der Strafe; in ihr drückt sich die Missbilligung der Tat durch die Rechtsgemeinschaft aus (vgl. Kap. 1 II 1). Folgt man dem BVerfG und *Roxin* ist sie zur proportionalen Bemessung der Strafe zur Schuld, zum sog. Tat-schuldausgleich<sup>765</sup>, auf der zweiten Stufe, bei der Strafverhängung<sup>766</sup>, zu beachten. Da die Strafe erst am Ende des Strafverfahrens verhängt wird, dürfte die sozialetische Missbilligung vorher, also bei der verfahrenssichernden Untersuchungshaft, keine Rolle spielen. Dem steht jedoch der Gedanke entgegen, dass der Täter die Strafe bereits mit der Straftatbegehung verwirklicht und das Übel der Untersuchungshaft somit verdient hätte. Aus diesem Grund ist auch der (vermeintliche) Straftäter der gesellschaftlichen Missbilligung schon vor der Strafverhängung, nämlich bei der Kenntnisnahme der Öffentlichkeit von der Tat, ausgesetzt. Dies ist der Zeitpunkt, in dem die behördliche Annahme des dringenden Tatverdachts mit dem Haftbefehl

<sup>763</sup> BVerfGE 45, 187 ff., 253.

<sup>764</sup> BVerfGE 45, 187 ff.; Roxin in JuS 1966, 377 ff.

<sup>765</sup> BVerfGE 45, 187, 258 ff.; vgl. aber auch: Fn. 52-59.

<sup>766</sup> Roxin in JuS 1966, 384/485.

respektive der Untersuchungshaft externalisiert wird (vgl. Kap. 3 II 4). Die normative Komponente der Strafe ist folglich flexibler als es nach der Rechtsprechung des BVerfG zunächst den Anschein macht. Der Beschuldigte erfährt daher bereits mit der Untersuchungshaft eine sozialetische Missbilligung, die ex post mit dem Schuldspruch legitimiert werden kann. Die sozialetische Missbilligung ist somit zur Rückwirkung geeignet.

## b) Generalprävention

Bei der Generalprävention, die an die Allgemeinheit bzw. Rechtsgemeinschaft gerichtet ist, werden verschiedene Aspekte unterschieden. Die „allgemeine Generalprävention“ wird vom BVerfG als „oberstes Ziel des Strafens“ verstanden; ihre Aufgabe ist es, „die Gesellschaft vor sozialschädlichem Verhalten zu bewahren und elementare Werte des Gemeinschaftslebens zu schützen“.<sup>767</sup> Ferner existieren negative und positive Generalprävention. Die Theorie von der negativen Generalprävention geht auf *Feuerbach* („Theorie des psychologischen Zwangs“)<sup>768</sup> zurück, findet sich später auch bei *Freud*<sup>769</sup> und knüpft an eine utilitaristische Kosten-Nutzen-Abwägung an. Nach dem BVerfG lässt sie sich „herkömmlicherweise mit dem Begriff der Abschreckung anderer umschreiben, die in Gefahr sind, ähnliche Straftaten zu begehen (‘spezielle Generalprävention’)“.<sup>770</sup> Der positiven Generalprävention hingegen wird von der Literatur ein gewisser Lern-, Vertrauens- und Befriedigungseffekt zugeschrieben.<sup>771</sup> Für letzteren wird auch das Schlagwort „Integrationsprävention“<sup>772</sup> verwandt. Einer der bekanntesten und ältesten Vertreter der positiven Generalprävention ist *Jakobs*, der sich zur Konstituierung

<sup>767</sup> BVerfGE 45, 187, 254.

<sup>768</sup> Feuerbach, S. 44 (Androhungsvariante): Es bleibt daher dem Staat kein anderes Mittel übrig, als durch die Sinnlichkeit selbst auf die Sinnlichkeit zu wirken, und die Neigung durch entgegengesetzte Neigung, die sinnliche Triebfeder zur That durch eine andere sinnliche Triebfeder aufzuheben.“

Feuerbach, S. 49: „Der Zweck des Gesetzes und der in demselben enthaltenen Drohung, ist daher Abschreckung von der mit dem Übel bedingten That.“

Feuerbach, S. 57 (Vollstreckungsvariante): „Der Zweck der Zufügung [des Strafübels] ist kein anderer, als daß dem Gesetz genüge geschehe, die Gerechtigkeit befriedigt werde, und dadurch das Gesetz nicht mit sich in Widerspruch gerate.“

<sup>769</sup> Freud, S. 361: „Wenn einer es zustande gebracht hat, das verdrängte Begehren zu befriedigen, so muß sich in allen Gesellschaftsgenossen das gleiche Begehren regen; um diese Versuchung niederzuhalten, muß der eigentlich Beneidete um die Frucht seines Wagnisses gebracht werden, und die Strafe gibt den Vollstreckern nicht selten Gelegenheit, unter der Rechtfertigung der Sühne dieselbe frevle Tat auch ihrerseits zu begehen. Es ist dies ja eine der Grundlagen der menschlichen Strafordnung, und sie hat, wie gewiss richtig, die Gleichartigkeit der verbotenen Regungen beim Verbrecher wie bei der rächenden Gesellschaft zur Voraussetzung.“

<sup>770</sup> BVerfGE 45, 187, 255.

<sup>771</sup> Pawlik in FS-Rudolphi, S. 214 ff.; Roxin StR AT I § 3 Rn. 27; ders. in FS-Müller-Dietz, S. 709; Jakobs StR AT I. Abschn. Rn. 15.

<sup>772</sup> Roxin aaO.; NK-Streng § 46 Rn. 44; SK-StGB-Horn § 46 Rn. 10.; vgl. auch: Baratta in FS-Kaufmann, S. 412; krit.: NK-Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 292.

permanenten Normvertrauens an *Niklas Luhmanns* Systemtheorie orientiert.<sup>773</sup> Vom BVerfG wird die positive Generalprävention „gemeinhin in der Erhaltung und Stärkung des Vertrauens in die Bestands- und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung gesehen“; die Strafe habe hier die Aufgabe, „das Recht gegenüber dem vom Täter begangenen Unrecht durchzusetzen, um die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung vor der Rechtsgemeinschaft zu erweisen und so die Rechtstreue der Bevölkerung zu stärken“.<sup>774</sup> *Roxin* sieht die Generalprävention in der ersten Phase, bei der Strafandrohung, als verwirklicht an.<sup>775</sup> Dies ist wohl auch richtig, da sie sich - auch in Form der „speziellen“ bzw. negativen Generalprävention - an die Allgemeinheit und nicht ausschließlich an den überführten Straftäter richtet. Die Allgemeinheit soll - unabhängig von der Tatbegehung - abgeschreckt bzw. von der Geltung und Durchsetzungskraft der Rechtsordnung überzeugt werden. Nur so vermag sie dem übergeordneten Gedanken der Kriminalprävention bzw. der „allgemeinen Generalprävention“ zu dienen.

Beachtlich ist allerdings, dass für die empirische Wirksamkeit der negativen bzw. positiven Generalprävention wohl nicht so sehr die Empfindlichkeit der Strafandrohung und die Häufigkeit ihrer Durchsetzung, sondern vielmehr die moralische Akzeptanz der Norm in der Bevölkerung, das konkrete Entdeckungs- bzw. Verurteilungsrisiko und die informelle Sanktionierung durch Familie, Freunde und Bekannte verantwortlich gemacht werden können.<sup>776</sup> Im Ergebnis kann daher von einer weitgehenden Austauschbarkeit und Alternativität strafrechtlicher Sanktionen<sup>777</sup> ausgegangen werden.

Dass die Generalprävention schon vor der Tatbegehung ansetzt und wirkt, führt jedoch dazu, dass auch die Annahme der noch nicht nachgewiesenen Tat, wenn sie mit der Untersuchungshaft betätigt wird, generalpräventiv wirkt, und zwar in negativer wie in positiver Weise. Einerseits werden (tatgeneigte) Personen durch das Übel der Untersuchungshaft abgeschreckt; andererseits wirkt die zeitnahe Reaktion mit der Untersuchungshaft befriedend auf

<sup>773</sup> Jakobs StR AT 1. Abschn. Rn. 4-7a, 27-34; ders. SSt, S. 31; ders. in Eser, S. 47 ff.; vgl. dazu: Luhmann RdG, S. 38-54, 131-143 (über das Rechtssystem als autopoietisches System mit der Funktion kontrafaktischer Erwartungsstabilisierung).

<sup>774</sup> BVerfGE 45, 187, 256.

<sup>775</sup> Roxin JuS 1966, 383/384.

<sup>776</sup> Vgl. dazu: Körperer in MschrKrim 1982, 200 ff.; Schöch in FS-Jescheck, S. 1081 ff.; Schöch in NSTZ 1991, 11 ff.; Entorf/Spengler in MschrKrim 2005, 313 ff. vgl. aber auch: Popitz, S. 19 : „Wenn auch der Nachbar zur Rechten und zur Linken bestraft wird, verliert die Strafe ihr moralisches Gewicht. Etwas, das beinahe reihum passiert, gilt nicht mehr als diskriminierend. [...] Auch die Strafe kann sich verbrauchen. Wenn die Norm nicht mehr oder zu selten sanktioniert wird, verliert sie ihre Zähne, - muss sie dauernd zubeißen, werden die Zähne stumpf.“

Popitz, S. 20, 23: „Werden allzu viele an den Pranger gestellt, verliert nicht nur der Pranger seine Schrecken, sondern auch der Normbruch seinen Ausnahmecharakter und damit den Charakter einer Tat, in der etwas ‘gebrochen’, zerbrochen wird. [...] Die Strafe kann ihre soziale Wirksamkeit nur bewahren, solange die Mehrheit *nicht* ‘bekommt, was sie verdient’. Auch die Präventionswirkung der Strafe bleibt nur bestehen, solange die Generalprävention der Dunkelziffer erhalten bleibt.“

<sup>777</sup> Vgl. z. B.: Albrecht/Düinkel/Spieß, MschrKrim 1981, 310, 322; NK-Villmow Vor § 38 Rn. 68 ff.; Kaiser § 91 Rn. 4.



die Rechtsgemeinschaft. Auch wenn *Dreher*<sup>778</sup> meint, dass dieser vom bloßen Tatverdacht ausgehende „generalpräventive[r] Effekt“ nichts mit der Strafe zu tun haben könne, kann doch nicht geleugnet werden, dass der Gesetzgeber diesem Gedanken jedenfalls mit § 112 III StPO Rechnung getragen hat: Die legislative Möglichkeit, die Untersuchungshaft auch ohne einen Haftgrund anordnen zu können, entspricht doch gerade der Strafe bei Verdacht (vgl. Kap. 3 IV 1 c bb, d).

Des Weiteren ist die Generalprävention, ebenso wie die sozialetische Missbilligung, eher dem normativen Charakter der Strafe zuzuordnen. Auch hier wird ein Verhalten, wenngleich ein noch nicht begangenes, sondern nur vorgeschriebenes, von der Gesellschaft bewertet. Die Bewertung soll dazu führen, dass die Rechtsordnung aufgrund der positiven Überzeugung der Gesellschaftsmitglieder als unverbrüchlich erscheint und eventuell tatgeneigte Personen von der Tatbegehung abgeschreckt werden. Die Verhängung der Untersuchungshaft gegenüber einem einzelnen Bürger wirkt dann aber gerade so, als würde ein Exempel an ihm statuiert. Dass der Untersuchungshäftling mangels gerichtlichen Tatnachweises als unschuldig gilt, ändert daran nichts. Denn auch der „Bestrafung von Unschuldigen“ kann ein gewisser „Präventionseffekt“ nicht abgesprochen werden.<sup>779</sup> Nichts anderes soll doch die Neufassung diverser Strafvorschriften signalisieren: Ihre Strafraumen werden ausgedehnt (vgl. z. B. §§ 244 I, 176 IV Nr. 4, 250 II Nr. 1 StGB); es fehlt an Präzision (vgl. § 246 I, 2. Alt. StGB) oder wird an bloße Vorbereitungshandlungen angeknüpft (vgl. z. B. §§ 129b, 176 IV Nr. 3, 265 I, II StGB), mit der Folge, dass in der Literatur teilweise sogar von einem sog. Feindstrafrecht<sup>780</sup> die Rede ist, das mit der Strafe als Rechtsfolge für eine frei verantwortliche Straftatbegehung nichts mehr zu tun hat.

Für die Untersuchungshaft bedeutet dies, dass sie schon durch die Betätigung des Tatverdachts abschreckend/befriedend auf die Allgemeinheit wirkt. Mit der anschließenden Verurteilung und Anrechnung wird dies nur noch einmal in formell ordnungsgemäßer Weise bestätigt. Die Generalprävention ist somit in jeder Hinsicht zur Rückwirkung geeignet.

### c) **Spezialprävention**

Im Rahmen der Spezialprävention, bei der der Straftäter im Mittelpunkt steht, werden seit *Franz von Liszts* Marburger Programm von 1882 negative und positive Aspekte unterschieden

<sup>778</sup> Dreher in MDR 1970, 968 (vgl. bereits Fn. 291).

<sup>779</sup> Kühl RP, S. 29; so im Ergebnis aber auch: Kaumann in FS-Wassermann, S. 891; Jung, S. 13 ff.; Montenbruck ZR II Rn. 413 ff., 417.

<sup>780</sup> So z. B.: Jakobs in Eser, S. 47, 51 ff.; Hörnle in GA 2006, 80 ff.; Jung in GA 2006, 726; Scheffler in FS-Schwind, S. 123 ff.; Hassemer in StV 2006, 321 ff., 327; Sauer in NJW 2005, 1703 ff., 1705; Schulz in ZStW 2000, 653, 659 ff.; eher krit.: Montenbruck ZR II Rn. 612.

(vgl. Kap. 1 II 1). Bei der negativen Spezialprävention soll der Einzelne zur Sicherung der Allgemeinheit einsperrt und - im äußersten Fall - dauerhaft unschädlich gemacht werden („selective incapacitation“).<sup>781</sup> Auch für das BVerfG dient der Strafzweck der negativen Spezialprävention der „Sicherung vor dem einzelnen Täter“; er kann durch „Verwahrung auf Lebenszeit“ vollkommen erreicht werden.<sup>782</sup> Nach einer Ansicht in der Literatur umfasst die negative Spezialprävention auch die individualpräventive Abschreckungswirkung<sup>783</sup> („specific deterrence“<sup>784</sup>). Die positive Spezialprävention, nämlich das bessernde, resozialisierende Einwirken auf den Straftäter, wurde im Marburger Programm erstmals dem tatvergeltenden, repressiven Gedanken des Schuldprinzips entgegengesetzt. Das BVerfG hat hieraus den „verfassungsrechtlich fundierten Resozialisierungsgedanken“<sup>785</sup> entwickelt, den es im *Lebach-Urteil*<sup>786</sup> vom 05.06.1973 genauer bezeichnet. Demnach soll der verurteilte Straftäter „die Chance erhalten, sich nach Verbüßung seiner Strafe wieder in die Gemeinschaft einzuordnen“. Das Resozialisierungsinteresse wird einerseits aus den Grundrechten des Täters (Art. 2 I i. V. m. 1 I GG) und andererseits von der gemeinschaftlichen „Vor- und Fürsorge“, die das Sozialstaatsprinzip (vgl. Art. 20 I, 28 I 1 GG) verlangt, abgeleitet. Die Spezialprävention findet in der dritten Phase, dem Strafvollzug, statt (vgl. § 2 StVollzG).<sup>787</sup>

Die empirische Überprüfung der Spezialprävention zeigt allerdings, dass ein umfassend wirksames Behandlungskonzept noch nicht gefunden zu sein scheint („nothing works“).<sup>788</sup> Dies führt einerseits dazu, dass im Ergebnis auch hier die oben erwähnte These von der weitgehenden Austauschbarkeit der Sanktionen gilt (I 2 b).<sup>789</sup> Da sowohl im Straf- als auch im Maßregelvollzug behandelt werden soll (vgl. §§ 1, 2 S. 1 StVollzG), führt das Fehlen eines wirksamen Konzepts andererseits dazu, dass die gefährlichen und teilweise schuldunfähigen Täter wegen nicht bestehender Heilungschancen bis zum Ende ihres Lebens im Maßregelvollzug verbleiben, weil eine Gefahr für die Allgemeinheit nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. § 67d III StGB). Dagegen sprechen wiederum die Art. 20 III GG und Art. 1 I GG. Demnach muss jedem Einzelnen zumindest eine Chance auf Teilhabe an der Freiheit eingeräumt werden.<sup>790</sup> Dass die Legalbewährungsprognose keine absolute Sicherheit garantiert, ist infol-

<sup>781</sup> Vgl. bereits Fn. 68. 69.

<sup>782</sup> BVerfGE 45, 187, 257

<sup>783</sup> Streng Sanktionen Rn. 26; NK-Streng § 46 Rn. 35; vgl. auch: Wolter in ZStW 1981, 501.

<sup>784</sup> Baratta in FS-Kaufmann, S. 409.

<sup>785</sup> BVerfG 45, 187, 258.

<sup>786</sup> BVerfGE 35, 202, 235/236.

<sup>787</sup> Roxin in JuS 1966, 377, 386; BVerfGE 45, 187, 258.

<sup>788</sup> Vgl. dazu: Meier Sanktionen, S. 29 ff.; Roxin StR AT § 3 Rn. 20; Baratta in FS-Kaufmann, S. 407-410; NK-Hassemer/Neumann Vor § 1 Rn. 275 ff. bzw. NK-Streng § 46 Rn. 38 ff.; Kaiser in FS-Eser, S. 1363, 1364.

<sup>789</sup> Vgl. dazu: NK-Villmow Vor § 38 Rn. 62 ff. bzw. NK-Düinkel § 57 Rn. 129 ff.; Meier Sanktionen, S. 29 ff.

<sup>790</sup> Vgl. BVerfGE 45, 187, 229; 109, 133, 150.

gedessen wohl hinzunehmen. Die neueren kanadischen Meta-Analysen<sup>791</sup> und die Alternativen zur ohnehin nicht resozialisierungsfreundlichen Freiheitsstrafe<sup>792</sup> geben allerdings Grund zur Hoffnung.

Sieht man von der individualpräventiven Abschreckung ab, die sich laut *Streng*<sup>793</sup> grundsätzlich von jeder strafrechtlichen Sanktion, insbesondere aber von stark spürbaren Einbußen, erwarten lässt, beziehen sich die Elemente der Spezialprävention - im Gegensatz zu den vorstehenden Strafzwecken - auf den tatsächlichen Aspekt des Freiheitsentzugs und nicht auf die bewertende Komponente der Strafe. Dies wiederum könnte dafür sprechen, dass sie, unabhängig von dem Wirkungszeitpunkt des Strafvollzugs, mit der freiheitsentziehenden Untersuchungshaft in gleicher Weise verwirklicht werden.

Im Hinblick auf die negative Spezialprävention ist das auch der Fall: Die dauerhafte Einschließung des Einzelnen in eine Haftanstalt wirkt automatisch auch derartig auf seine Handlungsfreiheit ein, dass jede Rechtsverletzung, die das gesellschaftliche Zusammenleben außerhalb der Haftanstalt beeinträchtigen könnte, ausgeschlossen ist. Der Betroffene wird exkludiert und somit für die Zeit des Freiheitsentzugs unschädlich gemacht. Bei dieser Art der Spezialprävention handelt es sich also um die umfassendste Möglichkeit der Kriminalprävention, die - wie bereits erwähnt (vgl. Kap. 3 IV 1 c aa) - mit der freiheitsentziehenden Untersuchungshaft in gleicher Weise erreicht werden kann. Folglich ist sie zu einer rückwirkenden Bestätigung durch den Schuldspruch geeignet. Allerdings sollte man bedenken, dass die Untersuchungshaft nicht von der Gefährlichkeit des Täters abhängt und an eine noch nicht nachgewiesene Straftatbegehung anknüpft. Deshalb ist auch bei der negativen Spezialprävention die Möglichkeit einer feindstrafrechtlichen Ausdehnung des Untersuchungshaftrechts gegeben. In dem § 112a StPO zugrundeliegenden Sicherungszweck wird dies in besonderer Weise deutlich (vgl. Kap. 3 IV 2 c bb).

Der Strafzweck der positiven Spezialprävention geht jedoch über den bloßen Freiheitsentzug hinaus. Er ergibt sich vielmehr aus der gesetzlichen Regelung des Strafvollzugs. Da es sich um eine gesetzgeberische Aufgabe handelt, kommt hier die zeitliche Komponente zum Tragen. Denn dem Gesetzgeber ist daran gelegen, den Vollzug der beiden Haftmaßnahmen anhand ihrer verschiedenen Zwecke unterschiedlich auszugestalten. Das Ziel der Resozialisierung bleibt somit dem Strafvollzug, der erst nach rechtskräftiger Verurteilung stattfindet, vorbehalten (vgl. § 2 S.1 StVollzG). Bei der vorläufigen Maßnahme der Untersuchungshaft ist

---

<sup>791</sup> Meier Sanktionen, S. 31; vgl. dazu z. B.: Andrews/Dowden in CJCCJ/RCCJP 2007, 439-464; Matt/Hentschel in BewHi 2007, 330 ff.

<sup>792</sup> Roxin in FS-Müller-Dietz, S. 704-708; Schöch in NStZ 1991, 17.

<sup>793</sup> Streng Sanktionen Rn. 26.

eine solche spezialpräventive Vollzugsgestaltung hingegen nicht vorgesehen (vgl. §§ 2, 4 UVollzG Bln). Dies lässt sich auch damit erklären, dass das BVerfG den resozialisierenden Freiheitsentzug, jedenfalls gegenüber erwachsenen Straftätern, als schwerer wiegenden Eingriff in die Freiheitsrechte begreift. In seiner Entscheidung zur Subsidiarität der Sozial- und Jugendhilfe vom 18.07.1967<sup>794</sup> stellt es klar, dass ein Gesetz, dessen Inhalt allein darin besteht, einen Erwachsenen mit Hilfe einer Anstaltsunterbringung zu einem „geordneten Leben“ hinzuführen, ihn an eine „regelmäßige Arbeit“ zu gewöhnen oder ihn „auf Dauer seßhaft“ zu machen, sein Grundrecht auf persönliche Freiheit (Art. 2 II 2, 104 GG) verletze. Denn der Staat habe „nicht die Aufgabe, seine Bürger zu ‘bessern’“ und deshalb auch - abgesehen von einer Selbst- oder Fremdgefährdung - nicht das Recht, ihnen aus diesem Grund die Freiheit zu entziehen. *Dreher*<sup>795</sup> sieht dies ähnlich. Er meint, dass die Spezialprävention, die als „Einwirkung auf den Verdächtigen“ zur Hilfe „bei sozialen Anpassungsschwierigkeiten“ verstanden wird, bei der Untersuchungshaft schon deshalb ausgeschlossen sei, weil eine Hilfsbedürftigkeit des Betroffenen ja gerade erst mit dem Beweis der Tat offenkundig werde.

Wegen ihrer gesetzgeberischen Steuerbarkeit ist die positive Spezialprävention somit der einzige Strafzweck, der nicht auch latent schon in der Untersuchungshaft verwirklicht wird. Da es sich bei der zweckmäßigen Ausgestaltung des Vollzugs außerdem um ein tatsächliches und nicht um ein normatives Strafelement handelt, kann sie auch nicht fingiert werden. Das Faktum der Nicht-Resozialisierung kann allein durch die normative Wirkung des Schuldspruchs nicht nachgeholt oder ausgeglichen werden. Im Gegensatz zur negativen Spezialprävention, der der reine Freiheitsentzug genügt, ist die positive folglich nicht zur Rückwirkung geeignet.

### 3. Fazit

Es kann festgestellt werden, dass die sozialetische Missbilligung, die Generalprävention und die negative Spezialprävention, letzte sowohl in der Form der Abschreckung als auch in Form der Unschädlichmachung, bereits latent in der Untersuchungshaft enthalten sind. Bei den ersten beiden Strafzwecken handelt es sich um normative Aspekte des Strafens. Als wertende Elemente sind sie auch von der Gesellschaft/Rechtsgemeinschaft abhängig und vom Gesetzgeber daher nicht vollständig beeinflussbar. Auch die aus dem tatsächlichen Charakter des Freiheitsentzugs hervorgehende Wirkung der negativen Spezialprävention kann der Gesetzgeber bei der Untersuchungshaft nicht unterbinden. Die Qualifikation der Strafe über die gesetzgeberische Intention führt somit dazu, dass es allein an der positiven Spezialprävention

---

<sup>794</sup> BVerfGE 22, 180, 219/220.

<sup>795</sup> Dreher in MDR 1970, 968 (vgl. bereits Fn. 291).

fehlt und nur die drei genannten Strafzwecke zur Rückwirkung geeignet sind. Dies ändert jedoch nichts daran, dass sich die Untersuchungshaft - unter der Bedingung, dass der Beschuldigte verurteilt und die Untersuchungshaft auf die Strafe angerechnet wird - selbst als Strafe betrachten lässt. In diesem Fall werden die Wirkungen der sozialetischen Missbilligung, der General- und der negativen Spezialprävention mit dem Schuldspruch geradezu bestätigt. Es kann daher von bedingter Strafe gesprochen werden.

Entgegen der obigen Annahme (vgl. Kap. 2 II 3 d, 8) schadet es auch nicht, dass in den Fällen der fiktiven Verfahrenseinheit kein Zurechnungszusammenhang besteht. Schließlich gehen die Strafeffekte mit der Untersuchungshaft lediglich einher, sind also bis zum Schuldspruch gerade nicht intendiert.

## II. Die problematischen Auswirkungen

Nach all dem kann es nicht verwundern, dass eine Erweiterung der Anrechnung (vgl. Kap. 2 II), die die Fälle der bedingten Strafe vermehrt, problematische Auswirkungen evoziert.

### 1. Die Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings gegenüber dem Strafgefangenen

Wie bereits geschildert (Kap. 2 II 5 c), brachte das *1. StrRG* nicht nur die Ausdehnung der Anrechnung, sondern auch eine Reform der gestaffelten, strafenden Rechtsfolgen mit sich. Letzte ersetzte Gefängnis, Einschließung und Zuchthaus durch die einheitliche Freiheitsstrafe. In der Literatur wird aber nicht allein das *1. StrRG* für die bereits erwähnte Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings gegenüber dem Strafgefangenen<sup>796</sup> verantwortlich gemacht. Ausschlaggebend sei vielmehr die psychische Situation des Untersuchungshäftlings<sup>797</sup>. Im Gegensatz zum rechtskräftig Verurteilten, der sich auf die Situation des Eingesperrtseins vorbereiten, der seinen Haftantritt infolge der Ladung planen kann (vgl. § 27 StVollStrO), ist die Verhaftung für den Beschuldigten ein „sozialer Schock“<sup>798</sup>. Die Folgen der nicht vorhersehbaren Inhaftierung betreffen alle seine Lebensbereiche empfindlich. Im Regelfall nehmen die Nachteile mit der Dauer der Haft zu. Sie reichen von wirtschaftlichen Einbußen bis zum Verlust des Arbeitsplatzes und der Wohnung. Nicht selten werden familiäre Bindungen auf die Probe gestellt. Hinzu kommt noch, dass dem Untersuchungshäftling - im Gegensatz zum Strafge-

<sup>796</sup> Vgl. bereits Fn. 227.

<sup>797</sup> Vgl.: Seebode, S. 3, 8, 39; Dreher in MDR 1970, 969; Paeffgen, S. 265/266; Wenzel, S. 112 ff.; Flöhr, S. 141 ff., 143; Herrmann Rn. 1; MünchKollf/Gatzweiler Rn. 3; Schlothauer/Weider Rn. 1 ff.; Kaiser in FS-JuristGes, S. 306; Abenhausen in Jung, S. 183 ff.; krit.: SK-StPO-Paeffgen Vor § 112 Rn. 10; mit empirischen Belegen: Drenkhahn/Dudeck in NK (Langstrafenvollzug); Dünkel IvS, S. 23, 26, 51 ff. (Straf- und Untersuchungshaftvollzug).

<sup>798</sup> Wolter in ZStW 1981, 461; vgl. auch: Herrmann Rn. 17; Seebode, S. 37/38; Schlothauer/Weider Rn. 2.

fangenen - die Dauer der Haft nicht bekannt ist. Die gesundheitlichen und psychischen Belastungen des Untersuchungsgefangenen sind daher nicht zu unterschätzen. So ist *Dreher*<sup>799</sup> bereits 1970 klar: „Kenner des Strafvollzuges“ wissen von den starken psychischen Belastungen, denen der Angeklagte „wegen der quälenden Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens und der mit den Vernehmungen verbundenen Aufregungen“ ausgesetzt ist. Die ungewisse Dauer der Haft, die wirtschaftlichen Schwierigkeiten, der Verlust sozialer Kontakte und gesellschaftlichen Ansehens, die Unmöglichkeit, die eigene Verteidigung sachgerecht vorzubereiten und die insgesamt körperlich und seelisch ungünstigen Folgen der Haft zermürben vor allem die unerfahrenen Beschuldigten.<sup>800</sup> Die von Ungewissheit, Ohnmacht und Isolation geprägte Situation bietet Potential für Aggressivität, Depressionen, Passivität und Resignation. In einzelnen Fällen führt dies zu einem „Haftkoller“<sup>801</sup> oder sogar zum Suizid<sup>802</sup>. Die in der Literatur angenommene psychische Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings ist demnach nicht zu leugnen.

Dass der Untersuchungshäftling als unschuldig zu gelten hat, verbessert seine Situation nicht. Zwar enthält das Untersuchungshaftvollzugsrecht einige privilegierende Regelungen, die den Anschein der Strafverbüßung vermeiden sollen,<sup>803</sup> wie z. B. die Ausgestaltung des Haftraums mit eigenen Sachen (vgl. § 16 UVollzG Bln), das Tragen eigener Kleidung (vgl. § 17 UVollzG Bln) und die Freistellung von der im Strafvollzug geltenden Arbeitspflicht (vgl. § 41 I 1 StVollzG, § 24 I UVollzG Bln). Andererseits führt die zum Schutz des Beschuldigten geltende Unschuldsvermutung aber gerade dazu, dass in der Untersuchungshaft auf die positive Spezialprävention verzichtet wird. Dabei wird jedoch übersehen, dass die Resozialisierung hier nicht in erster Linie rechtsbeschränkend wirkt.<sup>804</sup> Vielmehr bleibt der Untersuchungshäftling durch ihr Ausbleiben in seiner prekären Situation auf sich allein gestellt. Untersuchungshaft ist Verwahrungsvollzug<sup>805</sup>. Deshalb wird sie von *Wolter* als „bedrückendste[n] Form“<sup>806</sup> der Freiheitsentziehung qualifiziert. *Seebode* und andere bezeichnen sie als „‘verlorene’ oder ‘tote Zeit’“.<sup>807</sup> Im Ergebnis lässt sich die Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings somit nicht nur mit der psychischen Situation, sondern auch mit der der Unschuldsvermutung geschuldeten mangelnden positiven Spezialprävention erklären.

<sup>799</sup> Dreher in MDR 1970, 969.

<sup>800</sup> Vgl. dazu: Dahs HB Rn. 334.

<sup>801</sup> Herrmann Rn. 17.

<sup>802</sup> Vgl. dazu: Seebode, S. 39 ff. (m. w. N.); Dünkel IvS, S. 23 (m. w. N.).

<sup>803</sup> Böhmer in FS-Schwind, S. 539, 540/541, 547; Seebode, S. 152 ff.; Kalmthout/Knapen/Morgenstern, S. 422 ff.

<sup>804</sup> Böhmer in FS-Schwind, S. 5; a. A. wohl aber (noch) BVerfG aaO. (Fn. 794).

<sup>805</sup> Seebode, S. 44, 210; Dahs HB Rn. 334; Paeffgen, S. 270, 272; Kaiser in FS-JuristGes, S. 306; Wenzel, S. 113; vgl. auch: Kalmthout/Knapen/Morgenstern, S. 422.

<sup>806</sup> Wolter in ZStW 1981, 455, 456.

<sup>807</sup> Seebode, S. 8; ebenso: S. 81, 218, 250; ähnlich: Wolter in ZStW 1981, 501; Rotthaus in NSTZ 2004, 515.

## 2. Das Anrechnungsdilemma

Der beschriebene Verwahrungsvollzug führt im Zusammenhang mit der nahezu automatischen Anrechnung zu dem „unaufhebbaren Dilemma“<sup>808</sup>, dass die über § 47 I StGB zurückgedrängte resozialisierungsfeindliche<sup>809</sup>, kurze Freiheitsstrafe, nicht nur durch die Hintertür wieder eingeführt<sup>810</sup> wird, sondern auch proportional zur Ausdehnung der Anrechnung mehr Spielraum<sup>811</sup> erlangt.

In Betracht kommen zunächst die Fälle, in denen sich die Zeit des Strafvollzugs durch die Anrechnung von längerer Untersuchungshaft derartig verkürzt, dass nicht mehr resozialisierend auf den Betroffenen eingewirkt werden kann. Die Anrechnung führt hier nämlich dazu, dass sich ein wesentlicher Teil des Strafvollzugs auf die Untersuchungshaft verlagert. Laut *Wenzel*<sup>812</sup> mache die Untersuchungshaft bei vollständiger Strafverbüßung durchschnittlich etwa ein Drittel der erkannten Strafe aus. Hochgerechnet auf die Fälle Reststrafenaussetzung potenziere sich dies noch. Bei der Aussetzung nach zwei Dritteln (§ 57 I StGB) wäre es die Hälfte, bei der Halbstrafenverbüßung (§ 57 II StGB) zwei Drittel. Verbleibt hierbei ein Strafrest von unter sechs Monaten, läge also eine kurze Freiheitsstrafe vor.

Ferner könnte es möglich sein, die Untersuchungshaft selbst als kurze Freiheitsstrafe zu betrachten. Dies wäre der Fall, wenn die Strafe durch die Anrechnung vollständig getilgt oder der Beschuldigte lediglich zu einer Bewährungs- oder Geldstrafe verurteilt wird. Die dilemmatische Wirkung von Untersuchungshaft und Anrechnung verstärkt sich hierbei dadurch, dass die resozialisierungsfeindliche Untersuchungshaft die einzige Hafterfahrung des Beschuldigten bleibt.

*Wenzel*<sup>813</sup> gibt jedoch zu bedenken, dass § 47 I StGB seinem Wortlaut nach weder auf den Strafrest noch auf die Untersuchungshaft anzuwenden ist. Die Vorschrift beziehe sich allein auf die erkannte Strafe und gelte daher für den Strafrest nicht. Auf die Untersuchungshaft könne sie schon deshalb keine Anwendung finden, da sie keine vom Gericht verhängte (kurze) Freiheitsstrafe sei. Dies ist natürlich richtig, jedenfalls, solange man auf die formale, zweckgebundene Betrachtung der Strafe abstellt. Dass *Wenzel* § 47 StGB seinem Rechtsgedanken nach dennoch in beiden Fällen heranzieht<sup>814</sup>, zeigt jedoch, dass auch er nicht davon

<sup>808</sup> Wolter in ZStW 1981, 455, 492 ff.; ebenso auch: Seebode, S. 212.

<sup>809</sup> Vgl. dazu: NK-Streng § 47 Rn. 2; Fischer § 47 Rn. 2; eher krit.: Eisenberg § 36 Rn. 12, 14.

<sup>810</sup> Wolter in ZStW 1981, 455; Heinz, S. 98 ff.; Abenhausen in Jung, S. 160; vgl. insb. zu § 112a StPO: Roxin/Schünemann § 30 Rn. 12; Meyer/Roxin ZStW 1970, 1125.

<sup>811</sup> Vgl. dazu: Wenzel, S. 59/60, 122, 318; Dreher in MDR 1970, 968; Hassemer in StV 1984, 39; Seebode, S. 212; Wolter in ZStW 1981, 455, 492 ff.; Gebauer, S. 3; ähnlich: Haberstroh in NSTZ 1984, 290.

<sup>812</sup> Wenzel, S. 71/72, 88, 343.

<sup>813</sup> Wenzel, S. 318.

<sup>814</sup> Wenzel, S. 59/60.

auszugehen scheint, dass ein formelles Argument die Wirkungen einer Maßnahme beseitigen kann, die bereits „ihrer Dauer nach“<sup>815</sup> der kurzen Freiheitsstrafe entspricht. *Seebode* meint sogar, die Untersuchungshaft gewinne „als besondere Form strafrechtlicher Freiheitsentziehung gegenüber der Freiheitsstrafe zunehmend an Bedeutung“.<sup>816</sup> *Abenhausen* zufolge habe sie „den Charakter einer Komplementärhaft zur Strafhaft“ angenommen.<sup>817</sup> Dies lässt sich zwar naturgemäß nicht beweisen (vgl. Kap. 3 II 2 a). In rechtstatsächlich-orientierten Arbeiten deutet sich jedoch immer wieder der strafende Gebrauch der Untersuchungshaft an.

So hat es beispielsweise *Gebauer* in seiner Dissertation zur „Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland“ von 1987 als kriminalpolitisch bedenklich angesehen, dass laut Strafverfolgungsstatistik nur etwa die Hälfte aller Untersuchungshäftlinge zu einer vollstreckbaren Freiheitsstrafe verurteilt wurden.<sup>818</sup> In seiner eigenen Aktenanalyse lag die Zahl sogar noch darunter.<sup>819</sup> Dies veranlasst ihn zu der „Vermutung“, dass die Praxis bei der Haftanordnung auch „andere Abwägungsmaßstäbe“ in die Verhältnismäßigkeitsprüfung einfließen lässt. Bei *Abenhausen* finden sich ähnliche Erkenntnisse.<sup>820</sup> Auch die aktuelle Strafverfolgungsstatistik bestätigt - wie einleitend bereits erwähnt - eine Vollstreckungsquote von etwa 50%. Das Problem, dass die Untersuchungshaft dadurch in jedem zweiten Fall die „einzige Hafterfahrung“<sup>821</sup> innerhalb des Strafverfahrens bleibt, lässt auch *Wenzel* auf außerverfahrensrechtliche Zwecke schließen. Er befürchtet die Nutzung der Untersuchungshaft als „Einstieg in eine Strafaussetzung zur Bewährung durch eine kurzzeitige, schockartige Inhaftierung“<sup>822</sup>. Der strafartige Einsatz der Untersuchungshaft lasse sich außerdem damit untermauern, dass die erlittene Untersuchungshaft teilweise sogar explizit als Grund für eine Aussetzung der erkannten Strafe oder des verbleibenden Strafrests zur Bewährung genannt wurde.<sup>823</sup> *Wenzel* kommt im Ergebnis dazu, dass der erlittenen Untersuchungshaft eine „Warnfunktion“ und damit ein „pönaler Charakter“ zugeschrieben werde<sup>824</sup> und die Anrechnung der Ausbreitung apokrypher Haftgründe, wie der genannten Schockwirkung, Vorschub leiste<sup>825</sup>.

Es kann somit davon ausgegangen werden, dass die Praxis die hier festgestellten straftheoretischen Wirkungen der Untersuchungshaft indirekt mit dem Strafausspruch anerkennt.

---

<sup>815</sup> Wenzel, S. 122.

<sup>816</sup> Seebode, S. 32.

<sup>817</sup> Abenhausen aaO. (Fn. 361).

<sup>818</sup> Gebauer, S. 3, 69.

<sup>819</sup> Gebauer, S. 193 ff.

<sup>820</sup> Abenhausen in Jung, S. 135/136.

<sup>821</sup> Wenzel, S. 44 vgl. auch: ders., S. 48, 88, 89, 343;

<sup>822</sup> Wenzel, S. 49; ebenso: Dünkel in NK 4/1994, 22.

<sup>823</sup> Vgl. Wenzel, S. 50, 80/81, 316.

<sup>824</sup> Wenzel, S. 131, vgl. auch S. 322/323.

<sup>825</sup> Wenzel, S. 125, 322, 336.



Wenn der Strafrecht infolge der erlittenen Untersuchungshaft zur Bewährung ausgesetzt oder auf eine Strafe erkannt wird, die in ihrer Dauer der Untersuchungshaft entspricht, macht es sich das Gericht doch gerade zunutze, dass die Untersuchungshaft infolge der Anrechnung wie eine kurze Freiheitsstrafe wirkt - sozialetisch missbilligend, general- und in negativer Weise spezialpräventiv.

### 3. Fazit

Festzustellen bleibt schließlich, dass die Untersuchungshaft einerseits schon in ihrer verfahrensichernden Spontaneität besonders gravierend auf die Situation des Bürgers wirkt. Dass ihm der Staat in dieser Vollzugssituation nicht helfend zur Seite steht, ist nicht zuletzt der Unschuldsvermutung geschuldet. Sie führt zu dem paradoxen Ergebnis, dass sich die Untersuchungshaft als reiner Verwahrungsvollzug ohne resozialisierende Einwirkungen darstellt. Mit der Anrechnung wird dieses Problem noch verschärft. Die Anzahl der Fälle ohne anschließenden Strafvollzug steigt und die Untersuchungshaft übernimmt *contra legem* die Funktion der kurzen Freiheitsstrafe (vgl. § 47 I StGB). Da die (kurze) Haft als kriminogener Faktor gilt,<sup>826</sup> führt dies im Ergebnis dazu, dass jede Inhaftierung nach den §§ 112 ff. StPO, das Ziel der Strafe - soweit es, wie hier vertreten, kriminalpräventiv ausgestaltet ist<sup>827</sup> - konterkariert.

## III. Alternative Vollzugsgestaltung (Das „Wie“ der bedingten Strafe)

In der Literatur wird wegen der Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings und der straffenden Wirkung der Untersuchungshaft teilweise ein größerer Anrechnungsmaßstab als 1:1 und eine Berücksichtigung der Anrechnung im Rahmen der Strafzumessung gefordert.<sup>828</sup> Wie die folgend darzustellenden Ansätze zeigen, bringt dies jedoch notwendigerweise auch eine spezialpräventive Ausgestaltung der Untersuchungshaft mit sich.

### 1. Vorläufiger Strafvollzug *sui generis*

Beispielsweise *Wolter* plädiert in seinem Aufsatz „Untersuchungshaft, Vorbeugehaft und vorläufige Sanktionen“, der 1981 in der ZStW erschien,<sup>829</sup> für eine grundlegende Reform des Untersuchungshaftrechts. Für sein Konzept, das auf einem am Verhältnismäßigkeitsprinzip orientierten „Stufensystem“ basiert, sei zunächst die Festlegung einer individuellen, durch

<sup>826</sup> Vgl. dazu: Seebode, S. 8; Kaiser in FS-JuristGes, S. 306/307; Rotthaus in NStZ 2004, 515; Gebauer, S. 3.

<sup>827</sup> BVerfG aaO. (Fn. 767).

<sup>828</sup> Vgl. z. B.: Deckers/Püschel in NStZ 1996, 419 ff.; Wenzel, S. 260 ff.

<sup>829</sup> Wolter in ZStW 1981, 452-506. Die in diesem Abschnitt folgenden Zitate ohne Angaben stammen aus den benannten Aufsatz.

Gericht oder Staatsanwaltschaft zu erkennenden Endfrist der Untersuchungshaft, die 4 ½ Monate nicht überschreiten dürfe, notwendig. Weiterhin soll eine Ausweitung der §§ 113, 116 StPO dazu führen, dass die Untersuchungshaft nicht mehr nur in den Fällen der leichteren, sondern auch in denen der mittleren Kriminalität ausbleibt. Soweit es wegen Fluchtgefahr notwendig erscheint, könne auf ambulante Kontrollmaßnahmen zurückgegriffen werden. Auch bei schwererer Kriminalität soll die Untersuchungshaft teilweise durch Haftsurrogate, wie Meldepflichten, Kontaktverbote und Sicherheitsleistungen, ersetzbar sein. Insbesondere für die übrig bleibenden Fälle der schwersten Kriminalität schlägt *Wolter* dann die „Ablösung der resozialisierungsfeindlichen verfahrenssichernden U-Haft durch einen freiwilligen vorweggenommenen Strafvollzug“ vor. Damit aber „in jedem Stadium des Verfahrens und auch bei jeder Spielart der Verfahrenssicherung“ von der „resozialisierenden Gestaltung der U-Haft“ profitiert werden kann, empfiehlt er außerdem eine zweispurige Ausgestaltung des § 116 StPO. Neben den üblichen Haftsurrogaten sollte hier auch die Möglichkeit, Bewährungsstrafen vorzeitig anzutreten, vorgesehen sein.

Dieser vorläufige Strafvollzug, der sich für *Wolter* als „Mischform“ aus Untersuchungshaft und Strafhaft und damit als „Institut sui generis“ darstellt, habe den Vorteil, dass er größere Resozialisierungserfolge verspreche. „[D]enn die Strafe ist wirksamer, wenn sie alsbald nach der Tat angetreten wird“, ihr sozusagen „auf dem Fuße folgt“. Daher sei es denkbar, einen „Resozialisierungsrabatt“ zu gewähren und den nachfolgenden Strafvollzug des StVollzG zu verkürzen. Dies hieße jedoch nichts anderes, als die Untersuchungshaft bei der Anrechnung über das Verhältnis 1: 1 hinaus zu berücksichtigen.

Natürlich verkennt auch *Wolter* nicht, dass es sich bei der Resozialisierung um einen Strafzweck handelt und ein verfrühtes resozialisierendes Einwirken auf den erwachsenen Untersuchungshäftling mit der Unschuldsvermutung konfligiert. Für die resozialisierenden Maßnahmen des „vorweggenommenen ambulanten Strafantritts“ und des „(stationären) vorläufigen Strafvollzug[s] nach Schweizer Vorbild“, bei dem der Beschuldigte - auf sein Verlangen - schon vor der Verurteilung in die Strafanstalt aufgenommen werden kann,<sup>830</sup> seien daher neben der Genehmigung und Befristung der Maßnahme durch das erkennende Gericht, der Erwartung einer mindestens zweijährigen Freiheitsstrafe und der anwaltlichen Beratung, insbesondere auch die Freiwilligkeit und Geständigkeit des Beschuldigten, zwingende „Zulässigkeitsvoraussetzungen“. Denn nur ein geständiger Untersuchungshäftling könne mit ausdrücklicher und freiwilliger Erklärung auf die Schutzwirkungen der Unschuldsvermutung verzichten.

---

<sup>830</sup> Laubenthal Rn. 302 (m. w. N.).

## 2. Vorwegvollzug

Auch *Seebode* scheint in seinem Werk zum „Vollzug der Untersuchungshaft“ von 1985 davon auszugehen, dass die beschriebene „Schlechterstellung des Untersuchungshäftlings“ gegenüber dem Strafgefangenen<sup>831</sup> hauptsächlich aus der Unschuldsvermutung resultiere, weil die Bonitätsvermutung gerade das spezialpräventive Einwirken auf den Verdächtigen verbiete. Da dieses Verbot jedoch „das verbreitete Vorurteil, der Untersuchungsgefangene sei ein Straftäter“, der bereits seine Strafe [ver-], „büße“<sup>832</sup> nicht unterbinden könne, sondern stattdessen die tatsächlich kriminogene Wirkung der Untersuchungshaft<sup>833</sup> noch verstärke, meint *Seebode*, dass dem Untersuchungsgefangenen nicht nur Vollzugslockerungen gewährleistet, sondern auch Angebote zur Hilfe und (Re-)Sozialisierung unterbreitet werden müssten.

Dem schweizerischen Modell des vorzeitigen Strafantritts steht *Seebode* grundsätzlich wohlwollend gegenüber.<sup>834</sup> Im Gegensatz zu *Wolter* sieht er ein Geständnis hierbei jedoch nicht als notwendig an.<sup>835</sup> Schon aus diesem Grund zieht er der rechtlichen Mischform eine Ausgestaltung der Untersuchungshaft vor, die sich in erster Linie an ihrem prozessualen Zweck orientiert. In den Neuerungen des Untersuchungshaftrechts im Zuge der Föderalismusreform wurde dies teilweise berücksichtigt (vgl. § 119 I StPO i. V. m. UVollzG Bln).

Bei der Gestaltung des Vollzugs nach dem strafprozessualen Zweck der Haft<sup>836</sup> sei in erster Linie nicht auf die Verfahrenssicherung im Allgemeinen abzustellen. Vielmehr sollen nur solche Beschränkungen des Gefangenen zulässig sein, die sich aus dem konkreten Haftbefehl im Einzelfall ergeben. Die Fluchtunterscheide sich daher von der eingriffsintensiveren Kollusionshaft. Die Vorbeugehaft des § 112a StPO stelle naturgemäß die Haftart mit den meisten Beschränkungen dar.

Aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und der Unschuldsvermutung ergibt sich für *Seebode* das Gebot, den Vollzug der Untersuchungshaft möglichst so auszugestalten, dass das vom Beschuldigten zugunsten der Allgemeinheit erbrachte Sonderopfer möglichst gering gehalten wird<sup>837</sup>. Aus diesem „Minimalisierungsgebot“, das lediglich zur Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt Einschränkungen erfahren kann<sup>838</sup> (vgl. §§ 42 ff. UVollzG Bln), werden wiederum zwei weitere Grundsätze abgeleitet: Erstens, der zugunsten des Unter-

---

<sup>831</sup> *Seebode*, S. 152 ff, 158.

<sup>832</sup> *Seebode*, S. 168.

<sup>833</sup> *Seebode*, S. 8, 186, 194, 210.

<sup>834</sup> *Seebode*, S. 79 ff.

<sup>835</sup> *Seebode*, S. 85.

<sup>836</sup> *Seebode*, S. 111 ff.

<sup>837</sup> *Seebode*, S. 136.

<sup>838</sup> *Seebode*, S. 141 ff.

suchungshäftlings über § 3 I StVollzG hinausgehe Angleichungsgrundsatz<sup>839</sup> und zweitens, der Grundsatz, den Vollzug der Untersuchungshaft so zu gestalten, dass die Untersuchungshaft nicht als Strafe erscheint<sup>840</sup>. Praktisch sei dies z. B. durch die Gewährung kontrollierten Alkoholgenusses<sup>841</sup> (anders aber § 19, 2. Alt. UVollzG Bln), die Ausdehnung der Besuchsregelungen<sup>842</sup> (anders aber § 33 UVollzG Bln im Vergleich zu § 24 StVollzG), den Verzicht auf die in der Untersuchungshaft üblichen Beobachtungslinsen<sup>843</sup> und die Möglichkeit, die vorgeschriebene Einzelhaft bei Bedarf zu umgehen<sup>844</sup> (vgl. § 13 I UVollzG Bln), zu leisten.

Da sich die Kriminalprävention, wie *Seebode* meint, nicht auf das materielle Strafrecht beschränkt, sondern auch „Aufgabe der gesamten Strafrechtspflege“ sei, soll der Gegensteuerungsgrundsatz des § 3 II StVollzG auch im Rahmen der Untersuchungshaft gelten<sup>845</sup> (vgl. § 5 I 2 UVollzG Bln). Der haftbedingten Entsozialisierung seien daher nicht nur Angebote zu „sinnvoller Freizeitgestaltung“, sondern auch „Aus- und Fortbildungs-, Beschäftigungs- und vor allem Arbeitsmöglichkeiten, die der Zeit der Untersuchungshaft ‘Inhalt und Sinn’ geben“ könnten, entgegensetzen<sup>846</sup> (vgl. §§ 24 ff. UVollzG Bln). Solchen Maßnahmen hafte der „Ausdruck einer Schuldvermutung“ nicht an.<sup>847</sup> Die Unschuldsvermutung sei, solange es sich um unerzwingbare Angebote handle, nicht gefährdet.<sup>848</sup>

*Seebode* folgert hieraus weiterhin, dass sogar das „Angebot von Trainingskursen“ zulässig sei. Sofern es, „wie das Kursprogramm einer Volkshochschule“, allgemein an die Inhaftierten und nicht an einen bestimmten Beschuldigten gerichtet ist, müsse es weder mit dem noch nachzuweisenden Tatvorwurf in Verbindung gebracht werden, noch könne die „Annahme des Angebots als Geständnis verstanden werden“.<sup>849</sup>

Ähnlich ist es mit der kriminalpädagogischen Persönlichkeitserforschung.<sup>850</sup> Sie soll zulässig sein, solange sie nicht dazu genutzt wird, die Rechtsfolgenentscheidung des Gerichts abzusichern.

---

<sup>839</sup> Seebode, S. 145 ff.

<sup>840</sup> Seebode, S. 152 ff.

<sup>841</sup> Seebode, S. 159 ff.

<sup>842</sup> Seebode, S. 164 ff., S. 179 ff. (Intimbesuche)

<sup>843</sup> Seebode, S. 173 ff.; a. A.: KG ZfStrVo 1987, 189; den Verzicht im Strafvollzug eher bejahend: BGH JR 1992, 173, 174 mit zust. Anm. Böhm [= BGHSt 37, 380 ff.]; BVerfG NStZ 1996, 511.

<sup>844</sup> Seebode, S. 174 ff.

<sup>845</sup> Seebode, S. 186, 187; ebenso z. B. zu § 5 UVollzG Bln: Ostendorf-Ostendorf, S. 80; mit weiteren Beispielen: Kalmthout/Knapen/Morgenstern, S. 422/423.

<sup>846</sup> Seebode, S. 216.

<sup>847</sup> Seebode, S. 216.

<sup>848</sup> Seebode, S. 216.

<sup>849</sup> Seebode, S. 217, 218.

<sup>850</sup> Seebode, S. 219 ff.

### 3. Spezialpräventive Angebote an den Untersuchungshäftling

Ähnlich wie *Seebode* empfiehlt auch *Wenzel* in seiner Dissertation zur „Anrechnung vorläufiger Freiheitsentziehungen auf strafrechtliche Rechtsfolgen“ aus dem Jahr 2003, dem inhaftierten Beschuldigten Vorschläge und Angebote mit spezialpräventivem Inhalt zu machen.

Aufgrund der angenommenen rechtlichen und tatsächlichen Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Freiheitsstrafe<sup>851</sup> erscheint es *Wenzel* sogar möglich, dass sich die Funktion der Anrechnung „von der Rechtsfolge zu der Ursache von Haft wandelt“.<sup>852</sup> Dies bewirke jedoch insofern zusätzliche Nachteile für den Betroffenen, als die Zeit der Untersuchungshaft im Hinblick auf den Resozialisierungsgedanken völlig nutzlos verstreiche. Denn eine positiv-spezialpräventive Ausgestaltung des Untersuchungshaftvollzugs sei - wegen der Geltung der Unschuldsvermutung - abzulehnen.<sup>853</sup> *Wenzel* hält also, obwohl er eine weitgehende Vergleichbarkeit von Untersuchungshaft und Strafe bejaht, daran fest, dass sich beide Möglichkeiten der Freiheitsentziehung in Wesen, Sinn und Zweck „evident“ unterscheiden<sup>854</sup>. Dennoch moniert er, dass die Untersuchungshaft den Beschuldigten schwerer treffe, da sie „im Gegensatz zum Strafvollzug in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Verwahrungsvollzug und nicht Behandlungsvollzug“<sup>855</sup> sei. Folglich müsse zur Verwirklichung des Vollzugsziels (vgl. § 2 S. 1 StVollzG) stets ein zu vollstreckender Strafrest verbleiben.<sup>856</sup> Die Problematik der kurzen Freiheitsstrafe und der Vollstreckungsquote verrate jedoch, dass dies nicht gewährleistet werden könne. *Wenzel* fordert deshalb einen zwar nicht behandlungsorientierten und resozialisierenden, wohl aber einem „die Nachteile der vorläufigen Freiheitsentziehung reduzierenden“ Vollzug der Untersuchungshaft.<sup>857</sup> Darüber hinaus sollten Maßnahmen mit resozialisierender Intention - wie z. B. Anti-Gewalt-Trainings - auf freiwilliger Basis angeboten werden.<sup>858</sup>

### 4. Gefährdungshaftung sui generis

*Paeffgen* will den Konflikt zwischen Untersuchungshaft und Strafe durch die Abschaffung der Anrechnung lösen. Seinem Werk von 1986 mit dem Titel „Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts“ legt *Paeffgen* eine Analyse des genannten Rechts-

<sup>851</sup> *Wenzel*, S. 111-115, 126/127, 145 (vgl. bereits Fn. 312).

<sup>852</sup> *Wenzel*, S. 126; vgl. dazu auch: *Eidam* aaO. (Fn. 372).

<sup>853</sup> Vgl. *Wenzel*, S. 48, 89/90, 110, 113, 124/125, 127, 322/323, 341.

<sup>854</sup> *Wenzel*, S. 110, (131/132).

<sup>855</sup> *Wenzel*, S. 113.

<sup>856</sup> *Wenzel*, S. 72.

<sup>857</sup> *Wenzel*, S. 72/73.

<sup>858</sup> *Wenzel*, S. 340/341.

instituts „im Hinblick auf eine etwaig vom Staat zu leistende Wiedergutmachung“<sup>859</sup> zu Grunde. Dazu setzt er zunächst voraus, dass die Untersuchungshaft als Maßnahme des Strafprozessrechts nur justiz-polizeilichen Zwecken<sup>860</sup>, also der Abwehr von dem Strafverfahren und seinen Zielen<sup>861</sup> drohenden Gefahren, dienen dürfe. Der Freiheitseingriff der Untersuchungshaft sei folglich nur zur Verhinderung von „Verfahrenssabotage“<sup>862</sup> gerechtfertigt.

Um strafrechtliche Reflexe der Untersuchungshaft auszuschließen, entwickelt *Paeffgen* seine „Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts“ schließlich in Abgrenzung zum Aufopferungsrecht, als „Parallele zum polizeilichen Störer“.<sup>863</sup> Hierzu untersucht er die gesetzlichen Tatbestände, die eine Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft vorschreiben: § 51 StGB und §§ 2 ff. StrEG.<sup>864</sup> Nach den Vorgaben des Gesetzgebers müsse zwischen den haftungsbegründenden Tatsachen unterschieden werden.<sup>865</sup> Das StrEG betreffe die Fälle der ex ante pflichtmäßigen, aber ex post rechtswidrigen Untersuchungshaft, in denen der Untersuchungshäftling nicht verurteilt wird; während § 51 StGB auf die Fälle der sowohl ex ante als auch ex post rechtmäßigen Untersuchungshaft Anwendung finde, Fälle also, in denen der Untersuchungshäftling zu einer Freiheits- oder Geldstrafe verurteilt wird, sodass die erlittene Untersuchungshaft auf die zu verbüßende Strafe angerechnet werden kann. Trotz dieser Unterscheidung lägen beiden Vorschriften Erwägungen der Billigkeit zu Grunde.<sup>866</sup> Eine zumindest historisch „deutliche Parallelisierung der Einschätzung der Anspruchsvoraussetzungen“ sei folglich nicht zu leugnen.<sup>867</sup> Da der Begriff der „Billigkeit“ keine Aussage zu den eigentlichen Gründen der Entschädigung für erlittene Untersuchungshaft enthalte,<sup>868</sup> schlägt *Paeffgen* die Konstruktion einer „Gefährdungshaftung sui generis“<sup>869</sup> vor. Denn das Verständnis der Untersuchungshaft als vom Staat zu kontrollierende Gefahrenquelle<sup>870</sup> begründe schließlich, dass auch der Staat das Risiko für die Vorteile seiner Nutzung trägt. § 51 StGB und §§ 2 ff. StrEG seien daher gerade die notwendige Konsequenz aus den Vorteilen, die sich für den Staat aus der Unschuldsvermutung ergäben: Rechtsklarheit ohne endloses Prozessieren, also die Schonung finanzieller und personeller Ressourcen.<sup>871</sup> Die Bewahrung des normativen Unterschieds

---

<sup>859</sup> Paeffgen, S. 3, 211 ff. (vgl. bereits Fn. 317 ff.).

<sup>860</sup> Paeffgen, S. 144, 151, 169.

<sup>861</sup> Paeffgen, S. 16 ff., 39: Wahrheits- und Rechtssuche als Konkretisierungen des Gemeinwohls.

<sup>862</sup> Paeffgen, S. 169, 195 ff., 227, 234, 265.

<sup>863</sup> Paeffgen, S. 211 ff., 212.

<sup>864</sup> Paeffgen, S. 239 ff.

<sup>865</sup> Paeffgen, S. 239 ff., 241.

<sup>866</sup> Paeffgen, S. 239, 241, 243, 253, 256.

<sup>867</sup> Paeffgen, S. 241.

<sup>868</sup> Paeffgen, S. 241.

<sup>869</sup> Paeffgen, S. 243 ff., 254, 255.

<sup>870</sup> Vgl. Paeffgen, S. 250.

<sup>871</sup> Paeffgen, S. 244.

zwischen Strafe und Untersuchungshaft<sup>872</sup>, der durch die faktische Wirkungsgleichheit<sup>873</sup> beider Institutionen schon genug verschleiert werde, lege die Befürwortung einer „großen Lösung“<sup>874</sup> der Entschädigungsmaßnahmen nahe. Sie basiert auf einer generellen, von staatlicher Seite aus zu gewährenden, rein finanziellen Entschädigung erlittener Untersuchungshaft. Erst in dieser vom Verfahrensausgang unabhängigen Lösung sieht *Paeffgen* die „endlich deutliche Scheidung zwischen Untersuchungshaft und Strafe, die dazu beitrüge, die stigmatisierende Wirkung der Untersuchungshaft in der Volksmeinung zu mindern“; denn es sei doch „[d]ie schönste Bestätigung für das [...] verbreitete Vorurteil, Untersuchungshaft und Strafe seien im Grunde dasselbe (zwischen Beschuldigtem und Verurteiltem bestehe kein Unterschied!)“, wenn „jene auf die diese angerechnet wird“.<sup>875</sup>

#### IV. Kritik an den Formen der vorweggenommenen Strafe

Ausgestaltet als vorweggenommene Strafe ist das „Wie“ der „bedingten Strafe“ hauptsächlich zwei Kritikpunkten ausgesetzt.

##### 1. Die Abwehrfunktion der Grundrechte

Den Vorschlägen, die Untersuchungshaft bereits als vorweggenommenen Strafe zu vollziehen oder sie um spezialpräventive Angebote zu ergänzen, widerspricht zunächst die Abwehrfunktion der Grundrechte (*status negativus*)<sup>876</sup>. Denn der Verdächtige steht bei der Untersuchungshaft einer (über-)mächtigen Staatsmacht gegenüber: Auf der einen Seite befinden sich Richter, Staatsanwalt, Polizei, Bundes- und Landeskriminalamt, auf der anderen der Beschuldigte - mit seinem Strafverteidiger (vgl. § 140 I Nr. 4 StPO). Dieses den verdächtigen Bürger belastende Machtgefälle kann nur durch konsequente Beachtung der Grundrechte in ihrer Standardfunktion als Abwehrrechte gegen den Staat und strenge Orientierung an den mit ihnen zusammenhängenden Verfassungs- und Verfahrensprinzipien ausgeglichen werden.

So erscheint *Wolters* Konzeption eines neuen Untersuchungshaftrechts im Hinblick auf das Freiheitsrecht der Art. 2 II 2, 104 GG zunächst zwar überzeugend - wer will schon nicht die Anzahl der inhaftierten Bürger senken oder wenigstens die Haftzeit auf ein Mindestmaß reduzieren und diese auch noch sinnvoll nutzen? An ihrer Vereinbarkeit mit der Unschuldsvermutung muss jedoch gezweifelt werden.

<sup>872</sup> Vgl. dazu: *Paeffgen*, S. 118, 133/134, 200, 235, 243, 265, 266/267, 271/272.

<sup>873</sup> Vgl. dazu: *Paeffgen*, S. 235, 263, 265, 265/266, 266, 276.

<sup>874</sup> *Paeffgen*, S. 263 ff., 273.

<sup>875</sup> *Paeffgen*, S. 267 (vgl. bereits Fn. 319).

<sup>876</sup> *Pieroth/Schlink* Rn. 76; vgl. auch: *Kielmansegg* in *JuS* 2009, 20.

Dem BVerfG zufolge schützt die Unschuldsvermutung den Beschuldigten, unter anderem gerade davor, ohne gesetzlichen, prozeßordnungsgemäßen Schuldnachweis als schuldig behandelt zu werden.<sup>877</sup> Folgt man *Wolter* nun dahingehend, dass der Beschuldigte bei Freiwilligkeit und Geständnis auf diesen Schutz verzichten kann, muss man realistischerweise jedoch bedenken, dass das geforderte Geständnis in den wenigsten Fällen freiwillig erfolgen wird. Die Freiwilligkeit im Strafprozess - „im Schatten des Leviathan“<sup>878</sup> - ist an sich problematisch. Daher ist der Beschuldigte vor Beeinträchtigungen seiner Willensentschließungs- und Willensbetätigungsfreiheit grundsätzlich durch § 136a I StPO geschützt. Vorliegend aber könnte ein verfahrensrechtlich unzulässiger Zwang im Sinne des § 136a I 2 StPO gegeben sein. Denn nicht nur mit dem Angebot eines angenehmeren Freiheitsentzugs, sondern insbesondere auch mit dem von *Wolter* in Aussicht gestellten Resozialisierungsrabatt, wird auf die Aussage- und Geständnisbereitschaft des Untersuchungshäftlings eingewirkt. Die Unschuldsvermutung wäre dann allerdings nicht mehr viel wert, wenn dem Beschuldigten kaum eine andere Wahl bliebe, als in den Vorwegvollzug einzutreten. Im schlimmsten Fall müsste sogar mit falschen Geständnissen gerechnet werden. Der freiwillige Verzicht auf den Schutz der Unschuldsvermutung ist demnach jedenfalls nicht so einfach zu realisieren, wie von *Wolter* angenommen.

Auch bei *Seebode* ist die Unschuldsvermutung das Problem. Dadurch, dass er die Unterschiede von Untersuchungs- und Strafhaft immer weiter nivelliert, könnte die Untersuchungshaft den Beschuldigten im Einzelfall wie eine Vorverurteilung belasten. Dies leugnet *Seebode* zwar nicht.<sup>879</sup> Dennoch sieht er die Unschuldsvermutung nicht als gefährdet an. Die vorgeschlagenen Maßnahmen könnten ihr schon deshalb nicht entgegen stehen, weil allein der Vollzug der Untersuchungshaft den Betroffenen - unabhängig davon, ob er die Tat, deren er verdächtigt wird, tatsächlich begangen hat - in eine besondere psychische und soziale Lage versetze, ihm sozusagen ein „Sonderopfer“<sup>880</sup> abverlange, das den Staat nach dem Sozialstaatsprinzip stets zu sozialer Unterstützung verpflichte. Ein weiteres Argument sei, dass die Untersuchungshaft dem materiellen Recht diene und sich deshalb auch an die allgemeine Aufgabe der Kriminalprävention zu halten habe. Dem könne auch nicht entgegenstehen, dass die Untersuchungshaft - wie *Seebode* zugibt - „gar nicht selten [...] nicht nur vom Beschuldigten und der Bevölkerung, sondern auch von den Strafverfolgungsorganen bereits ex ante als Teil der zu verbüßenden Strafe gesehen“<sup>881</sup> wird. Überdies mache seine Konzeption die

<sup>877</sup> Vgl. BVerfG aaO. (Fn. 617, 619).

<sup>878</sup> Jung, S. 46; so im Ergebnis auch: Marenholz in BVerfGE 82, 106, 124.

<sup>879</sup> Vgl. dazu: Seebode, S. 153, 169, 198, 201, 214, 215.

<sup>880</sup> Seebode, S. 13, 68, 109, 125, 136 ff., 158, 169, 232, 233, 236, 251 (vgl. bereits Fn. 298).

<sup>881</sup> Seebode, S. 36, vgl. auch: S.130/131, 133.



Untersuchungshaft schon deshalb nicht zur „vorweggenommene[n] Strafe“<sup>882</sup>, weil neben der individualpräventiven Annäherung das Gebot gelte, die Untersuchungshaft so zu gestalten, dass die Haft weder zur Strafe wird, noch wie eine Strafe erscheint. Denn auch, um anrechenbar zu sein, müsse die Untersuchungshaft nicht durch strafähnliche Beschränkungen verschärft werden.<sup>883</sup> Der Anrechenbarkeit entspräche es vielmehr, wenn der Untersuchungshäftling, so weit wie möglich, von den im Zusammenhang mit dem Strafvollzug entwickelten Vorzügen Gebrauch machen könnte.<sup>884</sup> Hierbei scheint *Seebode*, der ein Geständnis für verzichtbar hält, allerdings zu vergessen, dass der Untersuchungshaftvollzug die Möglichkeiten der Verfahrenseinstellung und des Freispruchs nicht ausschließt. Die Unschuldsvermutung aber kann ihre rehabilitierende Wirkung (vgl. Kap. 4 III 2, IV 4, V) nicht entfalten, wenn der Gefangene bereits tatsächlich spezielle Resozialisierungsangebote angenommen und beispielsweise das von *Wenzel* genannte Anti-Gewalt-Training absolviert hat.

Die Kritik an *Seebode* läuft somit zugleich auf eine Kritik an *Wenzel* hinaus. In beiden Fällen sollen mit den spezialpräventiven Angeboten zwar die Negative des Vollzugs ausgeglichen werden. Gleichzeitig wird dadurch allerdings auch die Grenze von Strafe und Untersuchungshaft derartig nivelliert, dass die Unschuldsvermutung bei einer nicht verurteilenden Entscheidung keine Schutzwirkungen mehr zugunsten des Untersuchungshäftlings entfalten kann. Die endgültige Purgierung vom Tatverdacht wäre mithin versperrt.

Zu konstatieren bleibt daher, dass die Ausgestaltung der Untersuchungshaft als vorweggenommene Strafe der Idee nach zwar zu begrüßen ist; ihre Umsetzung *de lege ferenda* wird jedoch kaum möglich sein. Sie bricht mit der Abwehrfunktion der Grundrechte und der bisher dargestellten Dogmatik. Denn ein spezialpräventiver Vorwegvollzug wäre stets von einem freiwilligen Geständnis abhängig. Verzichtet man aber darauf und bietet dem Untersuchungshäftling trotzdem spezielle Resozialisierungsmaßnahmen an, werden Straf- und Untersuchungshaft bei der Angebotsannahme derart vermischt, dass nicht nur das sozialetische Unwerturteil des Schuldspruchs zwangsläufig an Bedeutung verlöre, sondern auch die normative Wirkung der Unschuldsvermutung - im Fall eines nichtverurteilenden Verfahrensausgangs - nicht mehr gegeben wäre. Unproblematisch sind allein die von *Seebode* vorgeschlagenen Lockerungen im Rahmen des Minimalisierungsgebots sowie die Arbeits- und Freizeitangebote. Auch die Arbeit mit allgemeinen, von der konkreten Straftat unabhängigen kriminogenen

---

<sup>882</sup> *Seebode*, S. 36, 130/131, 155.

<sup>883</sup> *Seebode*, S. 155.

<sup>884</sup> Vgl. zum Modell des „vorzeitigen Strafantritts“ *Seebode*, S. 79 ff., vgl. aber auch S. 158 ff.

Faktoren, wie z. B. Angebote zur Schuldenregulierung, Alkohol- und Drogenprävention sowie die Zusammenarbeit mit externen Hilfesystemen, dürfte möglich sein.<sup>885</sup>

## 2. Einfallstor für das Feindstrafrecht

Der zweite Kritikpunkt ist darin zu sehen, dass mit der Ausgestaltung der Untersuchungshaft als vorweggenommene Strafe nicht nur der Trend nach vermehrter Haftanordnung im Strafverfahren bestätigt, sondern auch dem Feindstrafrecht die Tür geöffnet werden würde.

Der Begriff des Feindstrafrechts ist untrennbar mit dem seit einiger Zeit vorherrschenden, postmodernen<sup>886</sup>, durch den 11. September 2001 nicht unerheblich verstärkten Sicherheitsdenken in der Politik<sup>887</sup> und der dadurch, insbesondere im Hinblick auf terroristische Straftaten, ausgelösten Punitivitätsdebatte verbunden.

Jakobs, der den Begriff des Feindstrafrechts in die Sicherheitsdebatte eingeführt hat<sup>888</sup>, wird in der Literatur einerseits als Entdecker<sup>889</sup>, andererseits als Begründer<sup>890</sup> angesehen. Sein Verständnis des Feindstrafrechts geht auf die Gesellschaftsvertragstheorien<sup>891</sup> zurück. Er ist der Ansicht, dass sich Täter bestimmter Straftaten vom gesellschaftlichen Kontrakt lösen und dadurch in den Natur-<sup>892</sup> bzw. Kriegszustand<sup>893</sup>, den „*bellum omnium contra omnes*“<sup>894</sup> zurückkehren würden. Der normativ nicht ansprechbare Straftäter sei keine „Person“<sup>895</sup> mehr, sondern werde wieder ganz zu dem an den naturwissenschaftlichen Kontext gebundenen, „gefährlichen Individuum“<sup>896</sup>, zur „Unperson[en]“<sup>897</sup>. Damit jedoch entfalle die kognitive Garantie dafür, dass sich der Betreffende an die Norm halten werde. Dies wiederum zwingt die Gesellschaft dazu, den (potenziellen) Täter nicht (mehr) als Bürger, sondern als Feind zu behandeln:

„Der Feind ist ein Individuum, das sich in einem nicht nur beiläufigen Maß in seiner Haltung [...] oder seinem Erwerbsleben [...] oder, hauptsächlich, durch seine Einbindung in eine Organisation [...], also je-

<sup>885</sup> Vgl. z. B.: Eisenberg § 29 Rn. 55; Matt/Hentschel in BewHi 2007, 330 ff., 333, 340.

<sup>886</sup> Kaiser in FS-Eser, S. 1355 ff.

<sup>887</sup> Vgl.: Hassemer in StV 2006, 321 ff.; Kaiser in FS-Eser, S. 1365 ff.; Montenbruck ZR II Rn. 612; Frommel in KJ 1995, 226 ff.; Scheffler in FS-Schwind, S. 125 ff.; Hefendehl in GA 2007, 9; Albrecht DvF, S. 39 ff.

<sup>888</sup> Vgl.: Jakobs in Eser, S. 47, 51 ff.; ders. in HRRS 3/2004, 88 ff.; ders. SSt, S. 40 ff.

<sup>889</sup> Sauer in NJW 2005, 1703 ff., 1704; vgl. auch: Hörnle in GA 2006, 81 ff.; Greco in GA 2006, 107 ff.

<sup>890</sup> Kunz in FS-Eser, S. 1388 ff.; Hörnle in GA 2006, 89 ff.; Greco in GA 2006, 104 ff.; Jung in GA 2006, 726/727; Schulz in ZStW 2000, 663/664.

<sup>891</sup> Jakobs in HRRS 3/2004, 89, 90.

<sup>892</sup> Jakobs in Eser, S. 55.

<sup>893</sup> Jakobs in HRRS 3/2004, 90.

<sup>894</sup> Hobbes, S. 94 ff., 96 (Kap. 13); vgl. dazu: Jakobs SSt, S. 43/44.

<sup>895</sup> Jakobs in Eser, S. 49/50; ders. HRRS 03/2004, 88 ff.; vgl. ders. in ZStW 2005, 257 ff.

<sup>896</sup> Jakobs in HRRS 3/2004, 89.

<sup>897</sup> Jakobs in Eser, S. 53; vgl.: Sauer in NJW 2005, 1704; krit. dazu: Schulz in ZStW 2000, 662; Scheffler in FS-Schwind, S. 125.

denfalls vermutlich dauerhaft vom Recht abgewandt hat und insoweit die kognitive Mindestsicherheit personellen Verhaltens nicht garantiert und dieses Defizit durch sein Verhalten demonstriert.<sup>898</sup>

Im Gegensatz zur „Strafe im Staat“, die zur kontrafaktischen Erwartungsstabilisierung<sup>899</sup> gerade das Bestehen einer Ordnung voraussetze, sei die „Strafe im Naturzustand [...] ein Zwangsmittel gegen den, der sich einer vom anderen gewünschten Ordnung nicht fügt“.<sup>900</sup> Rechtsstaatliche Standards, wie das Schuldprinzip und die den Kernbereich der Grundrechte schützende Unschuldsvermutung, gelten im Feindstrafrecht nicht (mehr), da die rechtsstaatlich bestimmte Strafe bereichsweise zu wenig sei.<sup>901</sup> Vielmehr handle es sich um „gebändigten Krieg“ respektive Umgang mit „Terroristen“.<sup>902</sup> Letzter wird - ähnlich dem „Feind“ - definiert als jemand, „der die Legitimität der Rechtsordnung prinzipiell leugnet und deshalb darauf aus ist, diese Ordnung zu zerstören“.<sup>903</sup>

Die „risikobewusste Gesellschaft“<sup>904</sup> setzt deshalb auf absolute Normgeltung durch Gefahrbekämpfung<sup>905</sup> zum Schutz „ängstliche[r] Individuen“<sup>906</sup>. Dabei orientiert sie sich an der (positiven) Generalprävention.<sup>907</sup> Dieser straftheoretische Ansatz eignet sich - wie bereits § 112 III StPO gezeigt hat (vgl. Kap. 3 IV 1 c bb) - zur Rechtfertigung von unverhältnismäßigen und im höchsten Maße grundrechtssensiblen Rechtsfolgen, wie den zeitlich unbegrenzten Strafen und Maßnahmen - ist er doch von dem das Strafmaß bestimmende Schuldprinzip unabhängig.

*Jakobs* zufolge zeichne sich das „Feindstrafrecht“ durch die vier folgenden Kriterien aus<sup>908</sup>:

- (1.) die „weite Vorverlagerung der Strafbarkeit“,
- (2.) bei gleichzeitigem Ausbleiben einer „proportionale[n] Reduktion der Strafe“,
- (3.) den „Übergang der Strafgesetzgebung zur Bekämpfungsgesetzgebung“
- (4.) und schließlich den „Abbau prozessualer Garantien“.

Insbesondere der letzte Punkt ist für das Recht der Untersuchungshaft interessant. Zwar ist der Beschuldigte - auch *Jakobs* zufolge - grundsätzlich eine am Prozess mitwirkende Person, also ein „Prozeßsubjekt“<sup>909</sup>. Dem stehe jedoch die mit der Untersuchungshaft verbundene

<sup>898</sup> *Jakobs* in *Eser*, S. 52; vgl. auch: Hörnle in *GA* 2006, 89; Schulz in *ZStW* 2000, 661.

<sup>899</sup> *Jakobs* *StR* AT Abschn. 1 Rn. 6; vgl. auch: ders. in *ZStW* 2005, 257; ders. Fn. 773.

<sup>900</sup> *Jakobs* in *Eser*, S. 55.

<sup>901</sup> Vgl.: *Jakobs* in *Eser*, S. 50; ders. in *HRRS* 3/2004, 93.

<sup>902</sup> *Jakobs* in *HRRS* 3/2004, 92.

<sup>903</sup> *Jakobs* in *HRRS* 3/2004, 92; krit.: Hörnle in *GA* 2006, 90.

<sup>904</sup> *Jakobs* in *Eser*, S. 50, 53; Schulz in *ZStW* 2000, 661; krit.: Kaiser in *FS-Eser*, S. 1355 ff.

<sup>905</sup> *Jakobs* in *HRRS* 3/2004, 90; vgl. Hörnle in *GA* 2006, 81.

<sup>906</sup> *Jakobs* in *Eser*, S. 51; vgl. zur Kriminalitätsfurcht: Kaiser in *FS-Eser*, S. 1365; Jung in *GA* 2006, 729 ff.

<sup>907</sup> Vgl. dazu: Scheffler in *FS-Schwind*, S. 137 ff.; vgl. auch: Hassemer in *StV* 2006, 327/328; Greco in *GA* 2006, 103/104; Montenbruck *ZR* II Rn. 612 in Fn. 181.

<sup>908</sup> *Jakobs* in *Eser*, S. 51/52; vgl. dazu: Hörnle in *GA* 2006, 82 ff.; Scheffler in *FS-Schwind*, S. 124; Schulz in *ZStW* 2000, 661; ähnlich bereits auch: Abenhausen in *Jung*, S. 143 ff.

<sup>909</sup> *Jakobs* in *HRRS* 3/2004, 93.

Zwangsanwendung entgegen. Sie erschöpfe sich in „physischem Zwang“ und sei daher nicht an die „beschuldigte Person“, die schon aus Einsicht an der Verhandlung teilnehmen würde, sondern an das „Individuum, das mit seinen Trieben und Ängsten für den ordentlichen Rechtsgang gefährlich wird, sich insoweit als Feind geriert“, gerichtet.<sup>910</sup> Wie im materiellen Recht (vgl. I 2 b) müsse daher auch hier gelten, dass „solche Maßnahmen nicht außerhalb des Rechts erfolgen“; „die Beschuldigten werden insoweit, als bei ihnen eingegriffen wird, von ihrem Recht exkludiert: Der Staat hebt in rechtlich geordneter Weise Rechte auf.“<sup>911</sup>

Der Vorwegvollzug bzw. die spezialpräventive Ausgestaltung der Untersuchungshaft ist eine Möglichkeit, mit der der Beschuldigte bereits (teilweise) auf die Schutzwirkungen von Schuldprinzip und Unschuldsvermutung verzichten kann. Sind diese Prinzipien jedoch erst einmal aufgeweicht, erhöht sich auch die Möglichkeit, dass sie auch von staatlicher Seite nicht mehr beachtet werden und die Untersuchungshaft - wie von *Jakobs* beschrieben - zum kurzfristigen Ausschluss gefährlicher Individuen aus der Gesellschaft missbraucht würde (vgl. I 2 c). Mit der spezialpräventiven Ausgestaltung würde sie somit nicht nur noch mehr in Richtung Strafe rücken, sondern zudem einen weiteren Rechtfertigungsgrund dafür bieten, dass der Beschuldigte vor rechtskräftigem Verfahrensabschluss und unabhängig vom Zweck der Verfahrenssicherung inhaftiert wird. Die Anordnung der Untersuchungshaft würde folglich - gegen das Schuldprinzip und die Unschuldsvermutung - weiter vereinfacht.

### 3. Fazit

Ein resozialisierender Vollzug der Untersuchungshaft ist keine Lösung. Er widerspricht der Unschuldsvermutung und dem Schuldprinzip. Außerdem würde er die Anordnung der Untersuchungshaft - nicht zuletzt zur Sicherung der Allgemeinheit - noch extensivieren. Das kann in einem rechtsstaatlichen, an Verhältnismäßigkeitsgebot und Fairnessprinzip orientierten Strafverfahren nicht gewollt sein!

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorstehenden Äußerungen dürfen nicht dahingehend verstanden werden, dass komplett auf das Rechtsinstitut der Untersuchungshaft verzichtet werden kann. Die Untersuchungshaft bleibt vielmehr zur Verfahrens- und - folgt man dem BVerfG - auch zur Vollstreckungssicherung unentbehrlich. Ihre Notwendigkeit ergibt sich schon aus den grundlegenden Aufgaben des Strafverfahrens.<sup>912</sup> Letztes soll, soweit ein Anfangsverdacht (vgl. § 152 II StPO) existiert,

<sup>910</sup> Jakobs in HRRS 3/2004, 93.

<sup>911</sup> Jakobs in HRRS 3/2004, 93

<sup>912</sup> Vgl. dazu: Hassemer in StV 1984, 40.

gegen die verdächtige Person stattfinden. In den verschiedenen Verfahrensabschnitten ist der Beschuldige als Angeschuldigter und Angeklagter zu beteiligen (vgl. Art. 103 I GG, §§ 157, 163a I, 200 I 1, 216, 243 V, 136 StPO). In der Hauptverhandlung wird seine Anwesenheit prinzipiell vorausgesetzt (vgl. §§ 230 I, 231 I StPO). Anschließend ist eventuell die Durchsetzung der Rechtsfolgen zu sichern (vgl. §§ 449 ff.). Kurz ausgedrückt: Es geht um die in einem wechselseitigen Verhältnis zueinanderstehenden Ziele der Wahrheitssuche, des Rechtsfriedens und der Gerechtigkeit.<sup>913</sup> Diesen dienen jedoch lediglich die Flucht (§ 112 II Nr. 1 StPO), Fluchtgefahr (§ 112 II Nr. 2 StPO) und - bei restriktiver Handhabung - auch die Verdunkelungsgefahr (§ 112 II Nr. 3 StPO). Dem Verfahrens- und Vollstreckungsschutz ist also bereits durch die klassischen Haftgründe genügt.

Das Strafverfahrensrecht gilt allerdings nicht umsonst als „Seismograph der Staatsverfassung“<sup>914</sup>. Möchte man das Strafverfahren nicht entwerten, sollte jedenfalls die nachträgliche Billigung straftheoretischer Effekte möglichst vermieden werden.

Mit der Untersuchungshaft gehen aber nichtsteuerbare Strafeffekte einher. Sie sind mit den straftheoretischen Wirkungen der sozialetischen Missbilligung, der General- und der negativen Spezialprävention vergleichbar. Nach herrschender Meinung sind sie unbeachtlich und wären es - ohne die Verbindung zum schweren Eingriff des Freiheitsentzugs - wohl bei menschenrechtlich-rechtsschutzorientierter Betrachtung auch. Allein den Freiheitsentzug will § 51 I StGB mit der Anrechnung von Untersuchungshaft auf Strafe ausgleichen. Selbst für den verurteilten Untersuchungshäftling ist dies jedoch kaum vorteilhaft. Denn die Anrechnung verkürzt den vom Resozialisierungsverbot geprägten Strafvollzug oder schließt ihn gar völlig aus. Auf das übergeordnete Strafziel der Kriminalprävention wirkt sie damit kontraproduktiv.

Problematisch ist auch, dass die verdachtsabhängige Untersuchungshaft grundsätzlich jeden treffen kann. Der Verfahrensausgang ist nicht absehbar, das Risiko des Irrtums inhärent. Da also stets die Möglichkeit des nichtverurteilenden Verfahrensausgangs durch Freispruch oder Einstellung besteht, muss der Vorwegvollzug als nicht verallgemeinerungsfähig ausscheiden. Wegen der Ausdehnung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit bleibt eine Anrechnung allerdings selbst in den Fällen des Freispruchs und der Einstellung nicht aus, sofern sich aus einem anderen Verfahren ein taugliches Anrechnungsobjekt ergibt. Da der Unverurteilte hier wie ein Verurteilter behandelt wird, ist die Wirkung der Unschuldsvermutung präkludiert. Der Verdacht bleibt als Makel am Betroffenen haften. Das Ergebnis des Strafverfahrens wird daher in beiden Fällen desavouiert. Dies kann allenfalls dem Feindstrafrecht nützen.

---

<sup>913</sup> Kindhäuser StPR § 1 Rn. 8 ff.; Kühl UV, S. 73 ff.; ausführlicher dazu: Paeffgen, S. 13 ff., 39.

<sup>914</sup> Roxin/Schünemann § 2 Rn. 1; vgl. auch: Paeffgen, S. 8.

Nach all dem birgt die Anrechnung, da sie die Untersuchungshaft - unabhängig vom Verfahrensausgang - zur bedingten Strafe macht, sowohl für den Untersuchungshäftling als auch für die Rechtsgemeinschaft mehr Nach- als Vorteile. Weil diese durch eine resozialisierende Ausgestaltung und Angleichung des Untersuchungshaftvollzugs an den Strafvollzug nicht völlig ausgeschlossen werden können, sollte die Freiheitsentziehung über die Verfahrensvorschriften reduziert werden. Neben der genannten Beschränkung der Anordnungsgründe (vgl. §§ 112 II Nr. 3, III, 112a StPO) könnte eine erhebliche Verkürzung der Haftdauer sinnvoll sein (vgl. § 121 StPO). Die verfahrensrechtliche Reduzierung des Freiheitsentzugs erscheint nicht zuletzt deshalb vorzugswürdig, weil sie mit dem Zirkelschluss, dass die Untersuchungshaft keine Strafe *sei*, weil sie keine sein *soll*, auch die Wirkung der Unschuldsvermutung grundsätzlich aufrecht erhält.

## Abkürzungsverzeichnis

### A

A .....	Österreich
a. A. ....	andere Ansicht
aaO. ....	am angegebenen Ort
Abb. ....	Abbildung
abl. ....	ablehnend
Abschn. ....	Abschnitt
AE .....	Alternativ-Entwurf
a. E. ....	am Ende
a. F. ....	alte Fassung
AK .....	Alternativkommentar
Alt. ....	Alternative
Anm. ....	Anmerkung
AnwBl .....	Anwaltsblatt
AöR .....	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP .....	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art. ....	Artikel
ASOG Bln .....	Allgemeines Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in Berlin
AT .....	Allgemeiner Teil
Az. ....	Aktenzeichen

### B

BbgVerf .....	Verfassung des Landes Brandenburg
Bd. ....	Band
Begr. ....	Begründer
Beschl. ....	Beschluss
BewHi .....	Bewährungshilfe - Soziales, Strafrecht, Kriminalpolitik
BGB .....	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI. ....	Bundesgesetzblatt
BGH .....	Bundesgerichtshof
BGHSt .....	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
Bln .....	Berlin
BT-Drs. ....	Bundestags-Drucksache
BtMG .....	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG .....	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE .....	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, amtliche Sammlung
BVerfGG .....	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BZR .....	Bundeszentralregister
BZRG .....	Gesetz über das Zentralregister und das Erziehungsregister
bzw. ....	beziehungsweise

### C

CJCCJ/RCCJP .....	Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice / La Revue canadienne de criminologie et de justice pénale
-------------------	--

**D**

D .....	Deutschland
DAV .....	Deutscher Anwaltverein
d. h. ....	das heißt
ders. ....	derselbe
dies. ....	dieselbe
DRiZ .....	Deutsche Richterzeitung

**E**

EGVG .....	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR .....	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EG OwiG .....	Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
Einl. ....	Einleitung
EMRK .....	Gesetz über die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Entsch. ....	Entscheidung
EuGRZ .....	Europäische Grundrechte Zeitschrift
EuR .....	Europarecht
evtl. ....	eventuell

**F**

f. ....	folgende (z. B. Seite, Paragraph)
ff. ....	folgende (z. B. Seiten, Paragraphen)
FS .....	Festschrift

**G**

GA .....	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GB .....	Großbritannien
gem. ....	gemäß
GG .....	Grundgesetz
ggf. ....	gegebenenfalls
GK .....	Grundgesetz-Kommentar
GR .....	Grundrechte
Grds. ....	Grundsätze
GVG .....	Gerichtsverfassungsgesetz
GVVG .....	Gesetz zur Verfolgung und Verbreitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten

**H**

HB .....	Handbuch
HessVerf .....	Verfassung des Landes Hessen
h. L. ....	herrschende Lehre
h. M. ....	herrschende Meinung
HRRS .....	HRR-Strafrecht. Onlinezeitschrift für Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht. <a href="http://www.strafrecht.de">http://www.strafrecht.de</a>
Hrsg. ....	Herausgeber
HS. ....	Halbsatz



**I**

I .....	Italien
i. d. F. d. ....	in der Fassung des, der
i. d. F. v. ....	in der Fassung von, vom
insb. ....	insbesondere
insg. ....	insgesamt
IPBPR .....	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
i. S. d. ....	im Sinne des, der
i. S. v. ....	im Sinne von, vom
i. V. m. ....	in Verbindung mit

**J**

JGG .....	Jugendgerichtsgesetz
JR .....	Juristische Rundschau
Jura .....	Juristische Ausbildung
JuS .....	Juristische Schulung
JZ .....	Juristenzeitung

**K**

Kap. ....	Kapitel
KG .....	Kammergericht
KJ .....	Kritische Justiz
KK .....	Karlsruher Kommentar
KrimJ .....	Kriminologisches Journal
krit. ....	kritisch, kritische, kritischer
KritV .....	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft

**L**

LG .....	Landgericht
LK .....	Leipziger Kommentar
lit. ....	Buchstabe
LR .....	Löwe-Rosenberg
LT-Drs. ....	Landstags-Drucksache
LVHB .....	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen

**M**

M .....	Main
MDR .....	Monatsschrift für Deutsches Recht
MK .....	Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar
MRK .....	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
MshrKrim .....	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform
m. w. N. ....	mit weiteren Nachweisen

**N**

N .....	Norwegen
NJW .....	Neue Juristische Wochenschrift
NK .....	Neue Kriminalpolitik
NL .....	Niederlande
Nr. ....	Nummer
NS .....	Nationalsozialismus/nationalsozialistisch

NStZ ..... Neue Zeitschrift für Strafrecht  
 NStZ-RR ..... NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht

## O

OLG ..... Oberlandesgericht, Oberlandesgerichte  
 OrgKG ..... Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer  
 Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität  
 OWiG ..... Gesetz über Ordnungswidrigkeiten

## R

RechtseinheitsG ..... Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiet der  
 Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege, des Strafverfahrens  
 und des Kostenrechts  
 RGBL ..... Reichsgesetzblatt  
 Rn. .... Randnummer  
 RhPVerf ..... Verfassung für Rheinland-Pfalz  
 RStGB ..... Reichsstrafgesetzbuch  
 RStPO ..... Reichsstrafprozessordnung

## S

S. .... Seite  
 s. .... siehe  
 Sch/Sch ..... Schönke/Schröder  
 SK ..... Systematischer Kommentar  
 s. o. .... siehe oben  
 sog. .... sogenannt, sogenannte, sogenannter  
 StaatsR ..... Staatsrecht  
 StGB ..... Strafgesetzbuch  
 StPÄG ..... Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (und des  
 Gerichtsverfassungsgesetzes)  
 StPO ..... Strafprozessordnung  
 StR ..... Strafrecht  
 StraFo ..... Strafverteidiger Forum  
 StrÄndG ..... Strafrechtsänderungsgesetz  
 StrEG ..... Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen  
 StrRG ..... Gesetz zur Reform des Strafrechts  
 StV ..... Strafverteidiger  
 StVG ..... Straßenverkehrsgesetz  
 StVO ..... Straßenverkehrsordnung  
 StVollstrO ..... Strafvollstreckungsordnung  
 StVollzG ..... Strafvollzugsgesetz  
 SVerf ..... Verfassung des Saarlandes

## T

Tab. .... Tabelle

## U

u. a. .... und andere; unter anderem  
 UH ..... Untersuchungshaft  
 U-Haft ..... Untersuchungshaft

UVollzG Bln ..... Berliner Untersuchungshaftvollzugsgesetz  
Urt. .... Urteil  
u. U. .... unter Umständen  
UV ..... Unschuldsvermutung

## V

v. .... von, vom  
Var. .... Variante  
VvB ..... Verfassung von Berlin

## W

wistra ..... Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht

## Z

z. B. .... zum Beispiel  
ZfStrVo ..... Zeitschrift für Strafvollzug und Straffälligenhilfe  
ZJJ ..... Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe  
ZIS ..... Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ([www.zis-online.com](http://www.zis-online.com))  
ZJS..... Zeitschrift für das Juristische Studium ([www.zjs-online.com](http://www.zjs-online.com))  
ZR ..... Zivilreligion  
ZRP ..... Zeitschrift für Rechtspolitik  
zust. .... zustimmend, zustimmende, zustimmender  
ZStW ..... Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

## Literaturverzeichnis

- Abenhausen, Fritz:* Statistische Untersuchungen zur Untersuchungshaft. In: Jung, Heike (Hrsg.): Reform der Untersuchungshaft. Vorschläge und Materialien. Bonn, 1983. (zitiert als: Abenhausen in Jung)
- Albrecht, Hans-Jörg / Dünkel, Frieder / Spieß, Gerhard:* „Empirische Sanktionsforschung und die Begründbarkeit von Kriminalpolitik“. In: MschrKrim 1981, 310 ff. (zitiert als: Albrecht/Dünkel/Spieß in MschrKrim)
- Albrecht, Peter-Alexis.:* Die vergessene Freiheit. Strafrechtsprinzipien in der europäischen Sicherheitsdebatte. Berlin, 2003. (zitiert als: Albrecht DvF)
- Ambos, Kai:* „Europarechtliche Vorgaben für das (deutsche) Strafverfahren - Teil I. Zur Rechtsprechung des EGMR von 2000-2002“. In: NStZ 2002, 628. (zitiert als: Ambos in NStZ)
- Amelung, Knut:* „Die Entstehung des Grundrechtsschutzes gegen willkürliche Verhaftung“. In: Jura 2005, 447. (zitiert als: Amelung in Jura)
- Ders. / Hassemer, Winfried / Rudolphi, Hans-Joachim / Scheerer, Sebastian:* „Stellungnahme zum Artikelgesetz“. In: StV 1989, 72. (zitiert als: Amelung/Hassemer/Rudolphi/Scheerer in StV)
- Andrews, D. A. / Dowden, Craig:* „The Risk-Need-Responsivity Model of Assessment and Human Service in Prevention and Corrections: Crime-Prevention Jurisprudence“. In: University of Toronto Press (Hrsg.): CJCCJ/RCCJP, Volume 49, Number 4/October 2007 [S. 439-464]. (zitiert als: Andrews/Dowden in CJCCJ/RCCJP 2007)
- Bach, Florian:* „Der Verdacht im Strafverfahren - abstrakt“. In: Jura 2007, 12. (zitiert als: Bach in Jura)
- Badura, Peter:* Staatsrecht. Systematische Erläuterung des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland. 4. Auflage, München 2010. (zitiert als: Badura)
- Baratta, Alessandro:* „Jenseits der Strafe - Rechtsgüterschutz in der Risikogesellschaft. Zur Neubewertung der Funktionen des Strafrechts“. In: Haft, Fritjof (Hrsg.): Strafgerechtigkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Geburtstag. Heidelberg, 1993. (zitiert als: Baratta in FS-Kaufmann)
- Baumann, Jürgen:* „Wird die U-Haft ‘umfunktioniert’?“ In: JZ 1969, 134. (zitiert als: Baumann in JZ)

*Ders./ Brauneck, Anne-Eva / Hanack, Ernst-Walter / Kaufmann, Arthur / Klug, Ulrich / Lampe, Ernst-Joachim / Lenckner, Theodor / Maihofer, Werner / Noll, Peter / Roxin, Claus / Schmitt, Rudolf / Schutz, Hans / Strathenwerth, Günter / Stree, Walter:* Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil. Tübingen, 1966.  
(zitiert als Baumann u. a.)

*Baumgärtner, Josef:* „Die Auswirkungen der Neufassung des § 60 Absatz 1 StGB“.  
In: MDR 1970, 190.  
(zitiert als: Baumgärtner in MDR)

*Behm, Eckard:* „Anmerkung“ zu OLG Bremen StraFo 2008, 72. In: StraFo 2008, 73.  
(zitiert als: Behm in StraFo)

*Beulke, Werner:* Strafprozessrecht. 11. Auflage, Heidelberg, 2010.  
(zitiert als: Beulke)

*Blumenstein, Thomas:* „Anmerkung“ zu OLG Düsseldorf in NStZ 1992, 131.  
In: NStZ 1992, 132.  
(zitiert als: Blumenstein in NStZ)

*Böhm, Alexander:* „Strafvollzug und ‘Strafübel’“. In: Feltes, Thomas (Hrsg.): Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen. Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag. Heidelberg, 2006.  
(zitiert als: Böhm in FS-Schwind)

*Bohnert, Joachim:* „Untersuchungshaft und einstweilige Unterbringung“. In: JR 2001, 402.  
(zitiert als: Bohnert in JR)

*Ders.:* Die Abschlussentscheidung des Staatsanwalts. In: Schriften zum Strafrecht. Heft 90. Berlin, 1992.  
(zitiert als: Bohnert)

*Brüssow, Rainer:* „DAV-Forum zum Recht der Untersuchungshaft“. In: AnwBl 1983, 115.  
(zitiert als: Brüssow in AnwBl)

*Brune, Ulrike / Müller, Simon:* „Wohin geht der Untersuchungshaftvollzug? Ein Vergleich der (beabsichtigten) landesrechtlichen Regelungen“. In: ZRP 2009, 143.  
(zitiert als: Brune/Müller in ZRP)

*Burchardt, Daniel O.:* Grenzen verfassungsrechtlicher Erkenntnis. Zur Prozeduralität der Verfassungsnormativität. Berlin, 2004.  
(zitiert als: Burchardt)

*Bussmann, Kai-D. / England, Peter:* „Vermeidung von U-Haft an Jugendlichen und Heranwachsenden. Eine kriminologische Analyse unter besonderer Berücksichtigung der Situation in Sachsen-Anhalt“. In: ZJJ 2004, 280.  
(zitiert als: Bussmann/England in ZJJ)

*Cornel, Heinz:* „Transfer kriminologischer Erkenntnisse im Spannungsverhältnis von Alltagsmythen, Wissenschaft und Kriminalpolitik“. In KrimJ 2004, 11.  
(zitiert als: Cornel in KrimJ)

*Dahs, Hans:* Handbuch des Strafverteidigers. 7. Auflage, Köln 2005.  
(zitiert als: Dahs HB)

*Ders.:* „Das Verbrecherbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 - ein Produkt des Superwahljahres“. In: NJW 1995, 553.  
(zitiert als: Dahs in NJW 1995)

*Ders.:* „Der Haftgrund der Fluchtgefahr“. In: AnwBl 1983, 418.  
(zitiert als: Dahs in AnwBl)

*Ders.:* „Apokryphe Haftgründe - Erwartung einer hohen Strafe = Fluchtgefahr. Charakter der Straftat = Verdunkelungsgefahr“. In: Hanack, Ernst-Walter (Hrsg.): Festschrift für Hanns Dünnebieber zum 75. Geburtstag. Berlin, 1982.  
(zitiert als: Dahs in FS-Dünnebieber)

*Ders.* „Verfassungswidrige Untersuchungshaft?“ In: NJW 1966, 761.  
(zitiert als: Dahs in NJW 1966)

*Dallinger, Wilhelm:* „Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen“. In: MDR 1952, 16; MDR 1953, 270; MDR 1954, 15; MDR 1954, 149; MDR 1969, 722; MDR 1970, 12.  
(zitiert als: Dallinger/BGH in MDR)

*Deckers, Rüdiger:* „Anmerkung“ zu OLG Hamm StV 2001, 115. In: StV 2001, 116.  
(zitiert als: Deckers in StV)

*Ders.:* „Die Vorschrift des § 112 Abs. 3 StPO, sogenannter „Haftgrund der Tatschwere“. In: AnwBl 1983, 420.  
(zitiert als: Deckers in AnwBl)

*Ders. / Püschel, Christof:* „Untersuchungshaft als Strafmilderungsgrund“. In: NStZ 1996, 419.  
(zitiert als: Deckers/Püschel in NStZ)

*Demko, Daniela:* „Zur Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 EMRK bei Einstellung des Strafverfahrens und damit verknüpften Nebenfolgen. (Reihe Strafprozessuale Leitfälle Zur EMRK)“. In HRRS 2007, 286.  
(zitiert als: Demko in HRRS 7/2007)

*Dies.:* „Der hinreichende Tatverdacht nach Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK bei ‘coventional’ und ‘terrorist crime’. (Reihe strafprozessuale Leitfälle zur EMRK)“. In: HRRS 3/ 2004, S. 95.  
(zitiert als: Demko in HRRS 3/2004)

*Dencker, Friedrich:* „Die Anrechnung der Untersuchungshaft“. In: MDR 1971, 627.  
(zitiert als: Dencker in MDR)

*Dreher, Eduard:* „Zweifelsfragen zur Anrechnung der Untersuchungshaft nach der Neufassung des § 60 StGB“. In: MDR 1970, 965.  
(zitiert als: Dreher in MDR)

*Drenkhahn, Kirstin / Dudeck, Manuela:* „Lebensbedingungen im europäischen Langstrafenvollzug“. In: NK 2007, 134.  
(zitiert als: Drenkhahn/Dudeck in NK)

*Dünkel, Frieder:* „International vergleichende Strafvollzugsforschung“. Onlinepublikation (Stand: 2009): [www.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikationen/internet/sanktionenrecht-strafvollzug.html](http://www.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikationen/internet/sanktionenrecht-strafvollzug.html)  
Ebenso veröffentlicht in: Schneider, H.-J. (Hrsg.): Internationales Handbuch der Kriminologie. Band .: Besondere Probleme der Kriminologie. Berlin, 2009.  
(zitiert als: Dünkel IvS)

*Ders.:* „Die Farce der Föderalismusreform - ein Vergleich der vorliegenden Gesetzesentwürfe zum Jugendstrafvollzug“. Onlinepublikation (Stand: 24.09.2007): [www.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikaionen/internet/jugendstrafrecht.html](http://www.rsf.uni-greifswald.de/duenkel/publikaionen/internet/jugendstrafrecht.html)  
(zitiert als: Dünkel FdF)

*Ders.:* Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvermeidung bei Jugendlichen und Heranwachsenden. Ergebnisse eines empirischen Forschungsprojekts in Mecklenburg-Vorpommern. In: Grafl, Christian / Medigovic, Ursula (Hrsg.): Festschrift für Manfred Burgstaller zum 65. Geburtstag, Wien 2004.  
(zitiert als: Dünkel in FS-Burgstaller)

*Ders.:* „Untersuchungshaft als Krisenmanagement? Daten und Fakten zur Praxis der Untersuchungshaft in den 90er Jahren“. In: NK 1994, Heft 4, 20.  
(zitiert als: Dünkel in NK)

*Ders.:* „Praxis der Untersuchungshaft in den 90er Jahren - Instrumentalisierung strafprozessualer Zwangsmittel für kriminal- und ausländerpolitische Zwecke?“  
In: StV 1994, 610.  
(zitiert als: Dünkel in StV)

*Ders. /Lappi-Seppälä, Tapio / Morgenstern, Christine / Zyl Smit, Dirk van (Hrsg.):* Kriminalität, Kriminalpolitik, strafrechtliche Sanktionspraxis und Gefangenenraten im europäischen Vergleich. Band 1. 2010.  
(zitiert als: Dünkel/Lappi-Seppälä/Morgenstern/van Zyl Smit)

*Ders. / Scheel, Jens / Schäpler, Peggy:* „Jugendkriminalität und die Sanktionspraxis im Jugendstrafrecht in Mecklenburg-Vorpommern“. In: ZJJ 2003, 119.  
(zitiert als: Dünkel/Scheel/Schäpler in ZJJ)

*Dünnebier, Hanns:* „Untersuchungshaft bei Verbrechen wider das Leben“. In: NJW 1966, 231.  
(zitiert als: Dünnebier in NJW)

- Duff, Antony:* „Was ist Tatproportionalität und warum ist dieses Prinzip wichtig?“  
In: Frisch, Wolfgang (Hrsg.): Tatproportionalität. Normative und empirische Aspekte einer tatproportionalen Strafzumessung. Heidelberg 2003.  
(zitiert als: Duff in Frisch)
- Ebel, Friedrich / Thielmann, Georg:* Rechtsgeschichte. Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit. 3. Auflage, Heidelberg 2003.  
(zitiert als: Ebel/Thielmann)
- Egg, Rudolf:* „Zur Rückfälligkeit von Sexualstraftätern. Eine empirische Analyse von BZR-Auszügen und Straftaten“. In: Kriminalistik 1999, 367.  
(zitiert als: Egg in Kriminalistik)
- Eidam, Lutz:* „Zur Selbstverständlichkeit von Rechtsbrüchen beim Vollzug von Untersuchungshaft“. In: HRRS 5/2008, 241.  
(zitiert als: Eidam in HRRS)
- Eisenberg, Ulrich:* Kriminologie. 6. Auflage, München 2005.  
(zitiert als: Eisenberg)
- Ders. / Conen, Stefan:* „§ 152 II StPO: Legalitätsprinzip im gerichtsfreien Raum?“  
In: NJW 1998, 2241.  
(zitiert als: Eisenberg/Conen in NJW)
- Ders. / Tóth, Ferenc:* „Über Verhängung und Vollzug von Untersuchungshaft bei Jugendlichen und Heranwachsenden“. In: GA 1993, 293.  
(zitiert als: Eisenberg/Tóth in GA)
- Entorf, Horst / Spengler, Hannes:* „Die generalpräventive Wirkung erwarteter Strafe. Eine umfassende Auswertung kombinierter Kriminal- und Strafverfolgungsstatistiken im langfristigen Bundesländervergleich“. In: MschrKrim 2005, 313 ff.  
(zitiert als: Entorf/Spengler in MschrKrim)
- Erb, Volker (Hrsg.):* Löwe-Rosenberg. Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar.  
Vierter Band (§§ 112-150). 26. Auflage, Berlin 2007.  
Neunter Band (§§ 449-495), 26. Auflage, Berlin 2010.  
(zitiert als: LR-Bearbeiter)
- Esser, Robert:* „Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht. Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg“. Berlin, 2002.  
(zitiert als: Esser)
- European Court of Human Rights · Cour Européenne des Droits de l'Homme:* Straßburger Urteile („Case-Law“) und Gesetzestexte („Basic Texts“) in den Originalsprachen sind auf der Homepage des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu finden:  
<http://www.echr.coe.int/echr/>.  
(zitiert als: EGMR)



*Feuerbach, Paul Johann Anselm von*: Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts. Erster Theil. Erfurt, 1799.  
(zitiert als: Feuerbach)

*Fischer, Thomas*: Beck'sche Kurzkomentare. Band 10. Strafgesetzbuch und Nebengesetze. 59. Auflage, München 2012.  
(zitiert als: Fischer)

*Flöhr, Andreas*: Die Anrechnung der Untersuchungshaft auf Jugendarrest und Jugendstrafe. Regensburg, 1995.  
(zitiert als: Flöhr)

*Forschner, Maximilian*: „Kant versus Bentham. Vom vermeintlich kategorischen Imperativ des Strafgesetzes“. In: Brandt, Reinhard (Hrsg.): Rechtsphilosophie der Aufklärung. Symposium Wolfenbüttel 1981. Berlin, 1982.  
(zitiert als: Forschner in Brandt)

*Freud, Sigmund*: Studienausgabe. Hrsg.: Mitscherlich, Alexander. Frankfurt a. M., 1982. Band IX: Totem und Tabu. Einige Übereinstimmungen im Seelenleben der Wilden und der Neurotiker.  
(zitiert als: Freud)

*Freund, Georg*: „Der Zweckgedanke im Strafrecht“. In: GA 1995, 4 ff.  
(zitiert als: Freund in GA)

*Frister, Helmut*: „Zur Bedeutung der Unschuldsvermutung (Art. 6 II EMRK) und zum Problem 'gerichtskundiger' Tatsachen. - BGH - Urt. V. 30.10.1986 - 4 StR 499/86“. In: Jura 1988, 356.  
(zitiert als: Frister in Jura)

*Ders*: Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts. Bonn, 1986.  
(zitiert als: Frister)

*Frommel, Monika*: „‘Eene meene muh - drin bist Du’. Zur Wiederkehr der Sicherungsstrafe in der gegenwärtigen Diskussion“. In: KJ 1995, 226.  
(zitiert als: Frommel in KJ)

*Gatzweiler, Norbert*: „Unerträgliche Realität - Zwang zur Totalreform der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland“. In: StraFo 1999, 325.  
(zitiert als: Gatzweiler in StraFo)

*Gebauer, Michael*: Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland. Eine empirische Untersuchung zur Praxis der Haftanordnung und des Haftverfahrens. München, 1987.  
(zitiert als: Gebauer)

*Geppert, Klaus:* „Grundlegendes und Aktuelles zur Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 der Europ. Menschenrechtskonvention“. In: Jura 1993, 160.  
(zitiert als: Geppert in Jura 1993)

*Ders.:* „Vorläufige Festnahme, Verhaftung und andere Festnahmearten“. In: Jura 1991, 269.  
(zitiert als: Geppert in Jura 1991)

*Grabenwarter, Christoph:* Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch. 4. Auflage, München 2009.  
(zitiert als: Grabenwarter)

*Greco, Luís:* „Über das so genannte Feindstrafrecht“. In GA 2006, 97.  
(zitiert als: Greco in GA)

*Haberstroh, Dieter:* „Unschuldsvermutung und Rechtsfolgenausspruch“. In: NStZ 1984, 289.  
(zitiert als: Haberstroh in NStZ)

*Hammecke, Franz:* Die Anrechnung der Untersuchungshaft im geltenden Strafrecht und im Entwurf eines Strafvollzugsgesetzes. Hagen 1934.  
(zitiert als: Hammecke)

*Hannich, Rolf (Hrsg.):* Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG, EGGVG und EMRK. 6. Auflage, München 2008.  
(zitiert als: KK-Bearbeiter)

*Hassemer, Winfried:* „Sicherheit durch Strafrecht. Eröffnungsvortrag Strafverteidigertag 24.3.2006, Frankfurt/M., Paulskirche“. In: StV 2006, 321.  
(zitiert als: Hassemer in StV 2006)

*Ders.:* „Konturen einer Gesamten Strafrechtswissenschaft heute“. In: Arnold, Jörg (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München, 2005.  
(zitiert als: Hassemer in FS-Eser)

*Ders.:* „Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft“. In: StV 1984, 38.  
(zitiert als: Hassemer in StV 1984)

*Hefendehl, Roland:* „Mit langem Atem: Der Begriff des Rechtsguts. Oder: Was seit dem Erscheinen des Sammelbandes über die Rechtsgutstheorie geschah“. In: GA 2007, 1.  
(zitiert als: Hefendehl in GA)

*Heghmanns, Michael:* „Urteilsbesprechung. Kompensation überlanger Verfahrensdauer“. In: ZJS 2008, 197.  
(zitiert als: Heghmanns in ZJS)

*Ders. / Scheffler, Uwe (Hrsg.):* Handbuch zum Strafverfahren. München 2008.  
(zitiert als: Heghmanns/Scheffler-Bearbeiter)

*Heinz, Wolfgang*: „Das strafrechtliche Sanktionensystem und die Sanktionierungspraxis in Deutschland 1882 - 2010“. Berichtsjahr 2010. Version 1/2012. Onlinepublikation im Konstanzer Inventar Sanktionsforschung (Stand: April 2012):  
<http://www.ki.uni-konstanz.de/kis/Sanktionierungspraxis-in-Deutschland-Stand-2010.pdf>  
 (zitiert als: Heinz)

*Herrmann, David*: Untersuchungshaft. 1. Auflage, Münster 2008.  
 (zitiert als: Herrmann)

*Hillenkamp, Thomas*: „Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung“. In: JZ 2005, 313.  
 (zitiert als: Hillenkamp in JZ)

*Hobbes, Thomas*: Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates. Hrsg.: Fetscher, Irving. Berlin, 1966.  
 (zitiert als: Hobbes)

*Hörnle, Tatjana*: „Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs ‘Feindstrafrecht’“. In: GA 2006, 80.  
 (zitiert als: Hörnle in GA)

*Holtz, Günter*: „Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Strafsachen“. In: MDR 1978, 458.  
 (zitiert als: Holtz/BGH in MDR)

*Horstkotte, Hartmuth*: „Die Vorschriften des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafrechts über über die Strafbemessung (§§ 13-16, 60 StGB)“. In: JZ 1970, 122.  
 (zitiert als: Horstkotte in JZ)

*Huber, Michael*: „Grundwissen - Strafprozessrecht: Tatverdacht“. In: JuS 2008, 21.  
 (zitiert als: Huber in JuS 2008)

*Humberg, Andreas*: „Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr gem. § 112a StPO“. In: Jura 2005, 376.  
 (zitiert als: Humberg in Jura)

*Isensee, Josef / Kirchhof, Paul (Hrsg.)*: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland.  
 Band II. Verfassungsstaat. 3. Auflage, Heidelberg, 2004.  
 Band VII. Freiheitsrechte. 3. Auflage, Heidelberg 2009.  
 (zitiert als: Isensee/Kirchhof-Bearbeiter)

*Jakobs, Günther*: „Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht“. In HRRS 3/2004, 88.  
 (zitiert als: Jakobs in HRRS)

*Ders.*: Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck. Paderborn, 2004.  
 (zitiert als: Jakobs SSt)

*Ders.*: „Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart (Kommentar)“. In: Eser, Albin (Hrsg.): Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick. Dokumentation der Tagung vom 3.-6. Oktober 1999 in der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaft. München, 2000.  
(zitiert als: Jakobs in Eser)

*Ders.*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch. 2. Auflage, Berlin 1991.  
(zitiert als: Jakobs StR AT)

*Jarass, Hans / Pieroth, Bodo*: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. 11. Auflage, München 2011.  
(zitiert als: Jarass/Pieroth)

*Jehle, Jörg Martin*: „Anmerkung“ zu OLG Frankfurt StV 1988, 392. In: StV 1988, 394.  
(zitiert als: Jehle in StV)

*Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas*: Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. Auflage, Berlin 1996.  
(zitiert als: Jescheck/Weigend StR AT)

*Joecks, Wolfgang / Miebach, Klaus (Hrsg.)*: Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1 (§§ 1-51 StGB). München, 2003.  
(zitiert als: MK-Bearbeiter)

*Jung, Heike*: „Wider die neue ‘Straflust’! Heinz Müller-Diez zum 75. Geburtstag“. In GA 2006, 724.  
(zitiert als: Jung in GA)

*Ders.*: Was ist Strafe? Ein Essay. 1. Auflage, Baden-Baden 2002.  
(zitiert als: Jung)

*Ders.*: „Die europäische Menschenrechtskonvention und das deutsche Strafrecht. Eine Fallstudie am Beispiel des Begriffs der ‘strafrechtlichen Anklage’ i. S. d. Art. 6 I EMRK“. In EuGRZ 1996, 370.  
(zitiert als: Jung in EuGRZ)

*Ders.*: „Rückwirkungsverbot und Maßregel“. In: Broda, Christian (Hrsg.): Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag. Darmstadt, 1985.  
(zitiert als: Jung in FS-Wassermann)

*Kaiser, Günther*: „Moderne und postmoderne Kriminalpolitik als Probleme des Strukturvergleichs“. In: Arnold, Jörg (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München, 2005.  
(zitiert als: Kaiser in FS-Eser)

*Ders.*: Kriminologie. 3. Auflage, Tübingen 1996  
(zitiert als: Kaiser)

*Ders.*: „Die gesetzliche Regelung über den Vollzug der Untersuchungshaft und ihre Reform“. In: Wilke, Dieter (Hrsg.): Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin. Berlin, 1984.  
(zitiert als: Kaiser in FS-JuristGes)

*Kalmthout, Anton van / Knapen, Marije / Morgenstern, Christine*: Pre-trial Detention in the European Union. An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU. 2009.  
(zitiert als: Kalmthout/Knapen/Morgenstern)

*Karácsony, András*: „Prozedurale Rationalität und die Möglichkeit der Gesellschaftskritik“. In: ARSP 2001 [87. Band], 97.  
(zitiert als: Karácsony in ARSP)

*Karl, Wolfram (Hrsg.)*: Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention mit einschlägigen Texten und Dokumenten. München, 13. Lieferung; Stand: Januar 2011.  
(zitiert als: IK-Bearbeiter)

*Kaufmann, Arthur*: „Schuld und Prävention“. In: Broda, Christian (Hrsg.): Festschrift für Rudolf Wassermann zum sechzigsten Geburtstag. Darmstadt, 1985.  
(zitiert als: Kaufmann in FS-Wassermann)

*Kindhäuser, Urs*: Strafprozessrecht. 2. Auflage, Baden-Baden 2010.  
(zitiert als: Kindhäuser StPR)

*Ders. (Hrsg.)*: Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch. Band 1. §§ 1-145d  
3. Auflage, Baden-Baden 2010.  
(zitiert als: NK-Bearbeiter)

*Kielmansegg, Sebastian*: „Grundfälle zu den allgemeinen Grundrechtslehren“. In JuS 2009, 19.  
(zitiert als: Kielmansegg in JuS)

*Klug, Ulrich*: Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht. Band 2. Materielle und formelle Strafrechtsprobleme. Köln, 1981.  
(zitiert als: Klug)

*Körperer, Wolfgang*: „Läßt sich Generalprävention messen? Zur neueren Diskussion der abschreckenden Wirkung von Strafe - am Beispiel der Todesstrafe in den USA -“. In MschrKrim 1982, 200 ff.  
(zitiert als: Körperer in MschrKrim)

*Koffka, E.*: „Anmerkung“ zu BGHSt 23, 297. In: JR 1971, 336.  
(zitiert als: Koffka in JR)

*Kopp, Uwe*: „Keine Verlagerung der Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug auf die Länder - Gesetzgebungskompetenz für den Strafvollzug muss beim Bund bleiben!“ In: ZfStrVo 2006, 3.  
(zitiert als: Kopp in ZfStrVo)

- Krumm, Carsten*: „Bewährungswiderruf trotz Unschuldsvermutung?“ In: NJW 2005, 1832.  
(zitiert als: Krumm in NJW)
- Kühl, Kristian*: „Zum Missbilligungscharakter der Unschuldsvermutung“. In: Arnold, Jörg (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München, 2005.  
(zitiert als: Kühl in FS-Eser)
- Ders.*: „Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht“. In: Dreier, Horst / Willoweit, Dietmar (Hrsg.): Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie. Heft 28. Baden-Baden, 2001.  
(zitiert als: Kühl RP)
- Ders.*: „Unschuldsvermutung und Resozialisierungsinteresse als Grenzen der Kriminalberichterstattung“. In: Britz, Guido (Hrsg.): Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. München, 2001.  
(zitiert als: Kühl in FS-Müller-Dietz)
- Ders.*: Unschuldsvermutung, Freispruch und Einstellung. Berlin, 1983.  
(zitiert als: Kühl UV)
- Kühne, Hans-Heiner*: Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts. 8. Auflage, Heidelberg 2010.  
(zitiert als: Kühne)
- Kunz, Karl-Ludwig*: „‘Gefährliche ’ Rechtsbrecher und ihre Sanktionierung“ In: Arnold, Jörg (Hrsg.): Menschengerechtes Strafrecht. Festschrift für Albin Eser zum 70. Geburtstag. München, 2005.  
(zitiert als: Kunz in FS-Eser)
- Lackner, Karl / Kühl, Christian*: Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Auflage, München 2011.  
(zitiert als: Lackner/Kühl)
- Laubenthal, Klaus*: Strafvollzugsrecht. 6. Auflage, Heidelberg 2011.  
(zitiert als: Laubenthal)
- Laue, Christian*: „Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zum strafrechtlichen Beschleunigungsgebot“. In: Jura 2005, 89.  
(zitiert als: Laue in Jura)
- Laufhütte, Heinrich Wilhelm (Hrsg.)*: Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar.  
Zweiter Band (§§ 32 bis 55). 12. Auflage, Berlin 2006.  
Dritter Band (§§ 56-79b) 12. Auflage, Berlin 2008.  
(zitiert als: LK-Bearbeiter)

*Limbach, Jutta*: „Die Kooperation der Gerichte in der zukünftigen europäischen Grundrechtsarchitektur. Ein Beitrag zur Neubestimmung des Verhältnisses von Bundesverfassungsgericht, Gerichtshof der Gemeinschaften und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte“. In EuGRZ 2000, 417.  
(zitiert als: Limbach in EuGRZ)

*Lindner, Josef Franz*: „Der Verfassungsrechtssatz von der Unschuldsvermutung“. In: AöR 2008, 235.  
(zitiert als: Lindner in AöR)

*Liszt, Franz von*: „Der Zweckgedanke im Strafrecht“. In ZStW 1883 [3. Band], 1.  
(zitiert als: Liszt in ZStW)

*Luhmann, Niklas*: Das Recht der Gesellschaft. 1. Auflage, Frankfurt am Main 1993.  
(zitiert als: Luhmann RdG)

*Maatz, Rüdiger*: „Anmerkung“ zu OLG Düsseldorf StV 1991, 266. In: StV 1991, 267.  
(zitiert als: Maatz in StV)

*Mahrenholz, Ernst Gottfried*: „Abweichende Meinung des Richters Vizepräsident Mahrenholz zu dem Beschluß des Zweiten Senats vom 29. Mai 1990 - 2 BvR 254, 1343/88 -“. In: BVerfGE 82, 106, 122.  
(zitiert als: Mahrenholz Anm. zu BVerfGE 82, 106 ff.)

*Marxen, Klaus*: „Medienfreiheit und Unschuldsvermutung“. In: GA 1980, 365.  
(zitiert als: Marxen in GA)

*Matt, Eduard / Hentschel, Heike*: „Neue Wege in der Betreuung von Straffälligen in England & Wales: NOMS und der systematische Einsatz des ‘risk and need assessment’ OASys“. In: BewHi 2007, 330.  
(zitiert als: Matt/Hentschel in BewHi)

*Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Begr.)*: Grundgesetz. Kommentar.  
Band III: Art. 16-22. 63. Lieferung, Stand: Oktober 2011.  
Band VI: Art. 86-106a. 62. Lieferung, Stand: Mai 2011  
(zitiert als: Maunz-Dürig-Bearbeiter)

*Meier, Bernd-Dieter*: Strafrechtliche Sanktionen. 3. Auflage, Heidelberg 2009.  
(zitiert als: Meier Sanktionen)

*Meyer, Jürgen*: „Tagungsbericht. Bericht über das Kolloquium. ‘Die Untersuchungshaft im ausländischen und deutschen Recht’ anlässlich der Sitzung des Kuratoriums des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht am 6. März 1970 in Freiburg i. B.“. In: ZStW 1970 [82. Band], 1117.  
(zitiert als: Meyer/Referent in ZStW)

- Meyer, Karlheinz*: „Die Grenzen der Unschuldsvermutung“. In Jescheck, Hans-Heiner / Vogler, Theo (Hrsg.): Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989. Berlin, 1989.  
(zitiert als: Meyer in FS-Tröndle)
- Meyer-Goßner, Lutz*: Beck'sche Kurz-Kommentare. Band 6. Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. 54. Auflage, München 2011.  
(zitiert als: Meyer-Goßner)
- Mitsch, Wolfgang*: „Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch“. In: NJW 2007, 1237.  
(zitiert als: Mitsch in NJW)
- Montenbruck, Axel*: Zivilreligion II. Grundelemente: Versöhnung und Mediation, Strafe und Geständnis, Gerechtigkeit und Humanität aus juristischen Perspektiven. Berlin, 2010.  
(zitiert als: Montenbruck ZR II)
- Ders.*: „Religiöse Wurzeln des säkularen Strafens und Zivilisation der Aggression“. In: Heinrich, Bernd (Hrsg.): Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag. 18. September 2004. Bielefeld, 2004.  
(zitiert als: Montenbruck in FS-Weber)
- Ders.*: In dubio pro reo aus normtheoretischer und strafverfahrensrechtlicher Sicht. Berlin, 1985.  
(zitiert als: Montenbruck Idpr)
- Mrozynski, Peter*: „Die Wirkung der Unschuldsvermutung auf spezialpräventive Zwecke des Strafrechts“. In : JZ 1978, 255.  
(zitiert als: Mrozynski in JZ)
- Müller, Christoph Markus*: Anscheinsbeweis im Strafprozeß am Beispiel der Feststellung von Kausalität und von Dispositionsprädikaten. Berlin, 1998.  
(zitiert als: Müller)
- Münch, Ingo von / Kunig, Philip (Hrsg.)*: Grundgesetz-Kommentar. Band 1 (Präambel bis Art. 20). 5. Auflage, München 2003.  
(zitiert als: GK-Bearbeiter)
- Münchhalff, Gaby / Gatzweiler, Norbert*: Das Recht der Untersuchungshaft. 3. Auflage, München 2009.  
(zitiert als: Münchhalff/Gatzweiler)
- Murmann, Uwe*: „Über den Zweck des Strafprozesses“. In GA 2004, 65.  
(zitiert als: Murmann in GA)
- Nerée, Cornelius von*: „Zur Zulässigkeit der Sicherungshaft gemäß § 112a StPO, insbesondere bei Anwendung von Jugendstrafrecht“. In: StV 1993, 212.  
(zitiert als: Nerée in StV)



**Ostendorf, Heribert (Hrsg.):** Untersuchungshaft und Abschiebehaft. Anordnung. Vollzug. Rechtsmittel. 1. Auflage, Baden-Baden 2012.  
(zitiert als: Ostendorf-Bearbeiter)

*Ders.:* „Bewährungswiderruf bei eingestandenem, aber nicht rechtskräftig Verurteilten neuen Straftaten“. In: StV 1992, 288.  
(zitiert als: Ostendorf in StV 1992)

*Ders.:* „Unschuldsvermutung und Bewährungswiderruf. Anmerkung zu der gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichteten Individualbeschwerde vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte“. In: StV 1990, 230.  
(zitiert als: Ostendorf in StV 1990)

**Ostermann, Stefan:** „Haft ohne Rechtsgrundlage. Zum Übergang von der Untersuchungshaft in den Maßregelvollzug“. In: StV 1993, 52.  
(zitiert als: Ostermann in StV)

**Pache, Eckhard:** „Die europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung“. In: EuR 2004, 393.  
(zitiert als: Pache in EuR)

**Palandt, Otto (Begr.):** Beck'sche Kurzkommentare. Band 7. Bürgerliches Gesetzbuch. 71. Auflage, München 2012.  
(zitiert als: Palandt)

**Pauly, Jürgen:** „Anmerkung“ zu EGMR StV 2003, 82 [= Urt. v. 3.10.2002, Az.: 37568/97] (Böhmer/D). In: StV 2003, 85.  
(zitiert als: Pauly in StV)

**Paeffgen, Hans-Ullrich:** „§ 119 StPO soll reformiert werden!? Anmerkungen zum U-HaftRÄG-Entwurf BT-Drs. 16/11644 vom 21.1.2009“. In: GA 2009, 450.  
(zitiert als: Paeffgen in GA)

*Ders.:* „Rechtsprechungsübersicht in U-Haft-Sachen 2002“. In: NStZ 2003, 76.  
(zitiert als: Paeffgen/Gericht in NStZ)

*Ders.:* „Anmerkung“ zu OLG Hamm in StV 1998, 35. In: StV 1998, 37.  
(zitiert als: Paeffgen in StV)

*Ders.:* Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts. Berlin, 1986.  
(zitiert als: Paeffgen)

**Parigger, Manfred:** „Tendenzen im Haftrecht in der Rechtswirklichkeit. Eine Auswertung von Haftbefehlen und Rechtsmittelentscheidungen“. In: AnwBl 1983, 423.  
(zitiert als: Parigger in AnwBl)

*Pawlik, Michael:* „Kritik der präventionstheoretischen Strafbegründungen“. In: Rogall, Klaus (Hrsg.): Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi zum 70. Geburtstag. München, 2004.  
(zitiert als: Pawlik in FS-Rudolphi)

*Pfeiffer, Gerd:* „Rechtsprechungsübersicht. Aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs In Strafsachen zum Verfahrensrecht. - 1. Teil: 1979. §§ 1 bis 244 StPO -. In: NSTZ 1981, 93.  
(zitiert als: Pfeiffer/BGH in NSTZ)

*Pieroth, Bodo / Schlink, Bernhard:* Grundrechte. Staatsrecht II. 27. Auflage, Heidelberg 2011.  
(zitiert als: Pieroth/Schlink)

*Popitz, Heinrich:* Über die Präventivwirkung des Nichtwissens. Dunkelziffer, Norm und Strafe. Tübingen, 1968. In: Vormbaum, Thomas (Hrsg.): Juristische Zeitgeschichte. Kleine Reihe. Klassische Texte. Band 8. Berlin, 2003.  
(zitiert als: Popitz)

*Puppe, Ingeborg:* „Anmerkung“ zu OLG Düsseldorf StV 1986, 393. In: StV 1986, 394.  
(zitiert als: Puppe in StV)

*Ranft, Otfried:* Strafprozessrecht. Systematische Lehrdarstellung für Studium und Praxis. 3. Auflage, Stuttgart 2005.  
(zitiert als: Ranft)

*Reusch, Roman:* „Das Problem explodiert. Verständnisvoll zuhören oder knallhart durchgreifen? Der Berliner Oberstaatsanwalt Roman Reusch und der Hamburger Strafrechtsprofessor Bernd-Rüdiger Sonnen diskutieren über den richtigen Umgang mit gewalttätigen Jugendlichen“. In: Spiegel vom 07.05.2007, [Nr. 19], S. 42-47.  
(zitiert als: Reusch in Spiegel 19/2007)

*Rotthaus, K. P.:* „Anmerkung“ zu BVerfG NSTZ 2004, 514. In: NSTZ 2004, 515.  
(zitiert als: Rotthaus in NSTZ)

*Roxin, Claus:* Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage, München 2006.  
(zitiert als: Roxin StR AT I)

*Ders.:* „Das strafrechtliche Unrecht im Spannungsfeld von Rechtsgüterschutz und individueller Freiheit“. In: ZStW 2004 [116. Band], 929.  
(zitiert als: Roxin in ZStW)

*Ders.:* „Wandlungen der Strafzwecklehre“. In: Britz, Guido / Jung, Heike / Koriath, Heinz / Müller, Egon (Hrsg.): Grundfragen staatlichen Strafens. Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag. München 2001.  
(zitiert als: Roxin in FS-Müller-Dietz)

*Ders.:* „Sinn und Grenzen staatlicher Strafe“. In: JuS 1966, 377.  
(zitiert als: Roxin in JuS)

*Ders. / Schönemann, Bernd:* Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch. 26. Auflage, München 2009.  
(zitiert als: Roxin/Schönemann)

*Roxin, Imme:* „Anmerkung“ zu BGH StV 2007, 523. In: StV 2008, 14.  
(zitiert als: I. Roxin in StV 2008)

*Dies.:* „Anmerkung“ zu BGH StV 2001, 489. In: StV 2001, 490.  
(zitiert als: I. Roxin in StV 2001)

*Rudolphi, Hans-Joachim (Hrsg.):* SK StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch.  
Band 2 (§§ 38-79b). 130. Lieferung, Stand: Oktober 2011.  
(zitiert als: SK-StGB-Bearbeiter)

*Sachs, Michael:* Verfassungsrecht II. Grundrechte. 2. Auflage, Heidelberg 2003.  
(zitiert als: Sachs GR)

*Satzger, Helmut:* Internationales und Europäisches Strafrecht. 5. Auflage, Baden-Baden 2011.  
(zitiert als: Satzger)

*Sauer, Dirk:* „Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft“. In: NJW 2005, 1703.  
(zitiert als: Sauer in NJW)

*Scheffler, Uwe:* „Systemwechsel ohne System. Eine Besprechung des Beschlusses des Großen Senats vom 17.1.2008“. In: ZIS 2008, 269.  
(zitiert als: Scheffler in ZIS)

*Ders.:* „Freund- und Feindstrafrecht“. In: Feltes, Thomas (Hrsg.):Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen Festschrift für Professor Dr. Hans-Dieter Schwind zum 70. Geburtstag. Heidelberg, 2006.  
(zitiert als: Scheffler in FS-Schwind)

*Schiemann, Anja:* „Kann es einen freien Willen geben? - Risiken und Nebenwirkungen der Hirnforschung für das deutsche Strafrecht“. In: NJW 2004, 2056.  
(zitiert als: Schiemann in NJW)

*Schloth, Stephanie:* Die Haftgründe der Wiederholungsgefahr und Schwere der Tat. Die §§ 112a, 112 III StPO unter besonderer Berücksichtigung neuer Gesetzesänderungen und aktueller Entwicklungen im Bereich der Untersuchungshaft. Baden-Baden, 1999.  
(zitiert als: Schloth)

*Schlothauer, Reinhold / Weider, Hans-Joachim:* Untersuchungshaft. Mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder. 4. Auflage, Heidelberg 2010.  
(zitiert als: Schlothauer/Weider)

- Schmidt, Eberhard*: Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege.  
3. Auflage, Göttingen 1965.  
(zitiert als: Schmidt)
- Schmitt, Rudolf*: „Strafprozessuale Präventivmaßnahmen“. In: JZ 1965, 193.  
(zitiert als: Schmitt in JZ)
- Schneider, Hans Joachim*: „Rückfallprognose bei Sexualstraftätern. Ein Überblick über die moderne Sexualstraftäter-Prognoseforschung“. In: MschrKrim 2002, 251.  
(zitiert als: Schneider in MschrKrim)
- Schöch, Heinz*: „Kriminologische und sanktionsrechtliche Aspekte der Alkoholdelinquenz im Verkehr“. In: NSTZ 1991, 11 ff.  
(zitiert als: Schöch in NSTZ)
- Ders.*: „Empirische Grundlagen der Generalprävention“. In: Vogler, Theo (Hrsg.): Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag. Berlin, 1985.  
(zitiert als: Schöch in FS-Jescheck)
- Schönke, Adolf/ Schröder, Horst (Hrsg.)*: Strafgesetzbuch. Kommentar.  
28. Auflage, München 2010.  
(zitiert als: Sch/Sch-Bearbeiter)
- Schulz, Lorenz*: „Grenzen prozessualer Normativierung. Aspekte der Unschuldsvermutung“. In: GA 2001, 226.  
(zitiert als: Schulz in GA)
- Ders.*: „Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Bericht von einer Tagung und Anmerkung zum ‘Feindstrafrecht’“. In: ZStW 2000 [112. Band], 653.  
(zitiert als: Schulz in ZStW)
- Schumann, Karl F. (Hrsg.)*: Berufsbildung, Arbeit und Delinquenz. Bremer Längsschnittstudie zum Übergang von der Schule in den Beruf bei ehemaligen Hauptschülern. Band 2. München 2003.  
(zitiert als: Verfasser in Schumann)
- Seebode, Manfred*: „Das ‘Recht des Untersuchungshaftvollzugs’ im Sinne des Art. 74 GG. Zugleich Besprechung zu OLG Oldenburg HRRS 2008 Nr. 468“. In: HRRS 5/2008, 236.  
(zitiert als: Seebode in HRRS)
- Ders.*: „Anmerkung“ zu OLG Düsseldorf StV 1994, 86. In: StV 1994, 86.  
(zitiert als: Seebode in StV 1994)
- Ders.*: Der Vollzug der Untersuchungshaft. Berlin, 1985.  
(zitiert als: Seebode)
- Seher, Gerhard*: „Bewährungswiderruf wegen Begehung einer neuen Straftat - Konsequenzen der Rechtsprechung des EGMR zur Unschuldsvermutung -“. In: ZStW 2006, 101.  
(zitiert als: Seher in ZStW)

*Statistisches Bundesamt*: Fachserie 10. Reihe 3. Rechtspflege. Strafverfolgung.  
Erschienen am 12.10.2011.  
Onlinepublikation: <https://www.destatis.de/DE/Publikationen/>  
(zitiert als: Statistisches Bundesamt, Strafverfolgung)

*Stern, Klaus*: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland.  
Band III: Allgemeine Lehren der Grundrechte. 2. Halbband. München 1994.  
Band IV: Die einzelnen Grundrechte. 1. Halbband. München 2006.  
(zitiert als: Stern StaatsR)

*Stree, Walter*: „Anmerkung“ zu BGH NStZ 1998, 134 [= BGHSt 43, 112 ff.].  
In: NStZ 1998, 136.  
(zitiert als: Stree in NStZ 1998)

*Ders.*: „Probleme des Widerrufs einer Strafaussetzung wegen einer Straftat“.  
In: NStZ 1992, 153.  
(zitiert als: Stree in NStZ 1992)

*Streng, Franz*: Strafrechtliche Sanktionen. - Die Strafzumessung und ihre Grundlagen - .  
2. Auflage, Stuttgart 2002.  
(zitiert als: Streng Sanktionen)

*Stuckenberg, Carl-Friedrich*: „Strafschärfende Verwertung früherer Einstellungen und Freisprüche - doch ein Verstoß gegen die Unschuldsvermutung?“ In: StV 2007, 655.  
(zitiert als: Stuckenberg in StV)

*Ders.*: „Trojanisches Pferd oder Windmühlenflügel? Replik zu Lorenz Schulz: ‘Grenzen prozessualer Normativierung’“. In: GA 2001, 583.  
(zitiert als: Stuckenberg in GA)

*Ders.*: „Die normative Aussage der Unschuldsvermutung“.  
In: ZStW 1999 [111. Band], 422.  
(zitiert als: Stuckenberg in ZStW)

*Ders.*: Untersuchungen zur Unschuldsvermutung. Berlin 1997.  
(zitiert als: Stuckenberg)

*Valerius, Brian*: „Stalking: Der neue Straftatbestand der Nachstellung in § 238 StGB“.  
In: JuS 2007, 319.  
(zitiert als: Valerius in JuS)

*Vogler, Theo*: „Zum Aussetzungswiderruf wegen einer neuen Straftat (§ 56f Abs. 1 Nr. 1 StGB)“. In: Jescheck, Hans Heinrich / Vogler, Theo (Hrsg.): Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989. Berlin, 1989.  
(zitiert als: Vogler in FS-Tröndle)

*Ders.*: „Anmerkung“ zu BGH NStZ 1987, 127 [= BGHSt 34, 209]. In: NStZ 1987, 127.  
(zitiert als: Vogler in NStZ)

*Ders.*: „Die strafschärfende Verwertung strafbarer Vor- und Nachtaten bei der Strafzumessung und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK)“. In: Gössel, Karl Heinz / Kauffmann, Hans (Hrsg.): Strafverfahren im Rechtsstaat. Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. August 1985. München, 1985. (zitiert als: Vogler in FS-Kleinknecht)

*Ders.*: „Die Spruchpraxis der Europäischen Kommission und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte und ihre Bedeutung für das deutsche Straf- und Strafverfahrensrecht“. In: ZStW 1970 [89. Band], 743 [Teil I]. (zitiert als: Vogler in ZStW)

*Volk, Klaus*: Grundkurs StPO. 7. Auflage, München 2010. (zitiert als: Volk StPO)

*Ders.*: „Buchbesprechung. Bereich: Strafprozessrecht“. In ZStW 1992 [104. Band], 834. (zitiert als: Volk in ZStW 1992)

*Ders.*: „Der Begriff der Strafe in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts“. In: ZStW 1971 [33. Band], 405. (zitiert als: Volk in ZStW 1971)

*Walter, Gerhard*: Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingung und Grenzen der freien richterlichen Beweiswürdigung. Tübingen. 1979. (zitiert als: Walter)

*Walter, Michael*: „Untersuchungshaft und Erziehung bei jungen Gefangenen“. In: MschrKrim 1978, 337. (zitiert als: Walter in MschrKrim)

*Wassermann, Rudolf (Gesamthrg.)*: Kommentar zur Strafprozessordnung. Reihe Alternativkommentare. Band 2. Teilband 1. §§ 94-212b. Darmstadt, 1992. (zitiert als: AK-Bearbeiter)

*Weigend, Thomas*: „Der Zweck der Untersuchungshaft“. In: Jung, Heike (Hrsg.): Festschrift für Egon Müller. Baden-Baden, 2008. (zitiert als: Weigend in FS-Müller)

*Ders.*: „Die europäische Menschenrechtskonvention als deutsches Recht - Kollisionen und ihre Lösung“. In: StV 2000, 384. (zitiert als: Weigend in StV)

*Wenzel, Frank*: Die Anrechnung vorläufiger Freiheitsentziehungen auf strafrechtliche Rechtsfolgen. Mönchengladbach, 2003. (zitiert als: Wenzel)

*Wessels, Johannes / Beulke, Werner*: Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau. 41. Auflage, Heidelberg 2011. (zitiert als: Wessels/Beulke)

*Wiesneth, Christian*: Handbuch für das ermittelungsrichterliche Verfahren. Stuttgart, 2006.  
(zitiert als: Wiesneth)

*Wolter, Jürgen (Hrsg.)*: SK StPO. Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. Mit GVG und EMRK.  
Band II: §§ 94 bis 136a. 4. Auflage, Köln 2010  
Band X: Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK).  
4. Auflage, Köln 2012.  
(zitiert als: SK-StPO-Bearbeiter)

*Ders.*: „Untersuchungshaft, Vorbeugehaft und vorläufige Sanktionen“.  
In: ZStW 1981 [93. Band], 452.  
(zitiert als: Wolter in ZStW)

*Württemberg, Thomas*: „Die Anrechnung der Untersuchungshaft. Grundsätze für die Bemessung, Revisibilität und Anrechnung in der Revisionsinstanz“. In: JZ 1952, 545.  
(zitiert als: Württemberg in JZ)

*Ziegler, Ole*: „Das Folterverbot in der polizeilichen Praxis. Der ‘Fall Daschner’ als Beleg für die rechtsstaatliche Absolutheit des Folterverbots“. In: KritV 2004, 50.  
(zitiert als: Ziegler in KritV)