

Harald Weiß

Haft ohne Urteil

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Strafrecht

Strafrechtliche Forschungsberichte

Herausgegeben von Ulrich Sieber

Band S 148



Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Strafrecht

Haft ohne Urteil

Strafprozessuale Freiheitsentziehungen
im deutsch-französischen Vergleich

Harald Weiß



Duncker & Humblot • Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2015 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V.
c/o Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht
Günterstalstraße 73, 79100 Freiburg i.Br.

<http://www.mpicc.de>

Vertrieb in Gemeinschaft mit Duncker & Humblot GmbH, Berlin

<http://www.duncker-humblot.de>

Umschlagbild: © Florence Cassez Avila

Foto des Autors: T.W. Klein – Wiesbaden, Frankfurt am Main, Mallorca

Druck: Stückle Druck und Verlag, Stückle-Straße 1, 77955 Ettenheim

Printed in Germany

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 .:

ISSN 1860-0093

ISBN 978-3-86113-807-5 (Max-Planck-Institut)

ISBN 978-3-428-14767-0 (Duncker & Humblot)

DOI <https://doi.org/10.30709/978-3-86113-807-5>

CC-Lizenz by-nc-nd/3.0

*Tout homme étant présumé innocent
jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable,
s'il est jugé indispensable de l'arrêter,
toute rigueur qui ne serait pas nécessaire
pour s'assurer de sa personne
doit être sévèrement réprimée par la Loi.*

Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen
(Art. IX), 26. August 1789

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2014 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Freiburg als Dissertation angenommen. Für die Veröffentlichung wurde das Manuskript umfassend aktualisiert. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur sind auf dem Stand Januar 2015. Die weitreichenden Änderungen, die sich in Frankreich aus der Umsetzung der EU-Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren (Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014) ergeben haben, konnten somit vollumfänglich berücksichtigt werden.

Besonders herzlicher Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Herrn Professor Dr. Dr. h.c. mult. *Ulrich Sieber*, der das Dissertationsvorhaben mit großem persönlichem Engagement begleitet und gefördert und mir dabei zugleich alle für die erfolgreiche Verwirklichung erforderlichen Freiräume gelassen hat. Meinem Zweitbetreuer Herrn Professor Dr. Dr. h.c. *Hans-Jörg Albrecht* danke ich herzlich für die wertvollen Anregungen und die schnelle Erstellung des Zweitgutachtens.

Dank der Unterstützung durch Forschungsstipendien der *International Max Planck Research School for Comparative Criminal Law* und des *Collège doctoral franco-allemand* konnten wesentliche Teile der auslandsrechtlichen Untersuchungen in Frankreich (Strasbourg, Paris und Mulhouse) durchgeführt werden. Die vielfältigen Impulse, die ich dort und aus den Vorträgen und Diskussionen im Rahmen der Research School und des Doktorandenkollegs gewinnen konnte, haben die Arbeit sehr bereichert und geprägt. Für die ausgezeichnete Organisation bin ich Dr. *Nandor Knust*, *Jan-Michael Simon* und *Yoan Vilain* zu großem Dank verpflichtet.

Herzlich danken möchte ich außerdem meinen Institutskollegen für den angenehmen und inspirierenden Austausch auf fachlicher und persönlicher Ebene, insbesondere Dr. *Emmanouil Billis*, *Vasiliki Chalkiadaki*, Dr. *Stefan Drackert* und *Hannes Schrägle*. Dr. *Stefan Drackert* und Dr. *Christine Schneider* danke ich für die Durchsicht von Teilen der Arbeit. *Florence Cassez Avila* bin ich für das Umschlagbild sehr dankbar. Besonderer Dank gebührt Frau *Petra Lehser* und Herrn *Matthias Rawert* für die sorgfältige Lektorierung und redaktionelle Betreuung.

Von ganzem Herzen danke ich schließlich meiner Frau *Marianne*, die mich mit ihrer Liebe, Unterstützung und Zuversicht von der ersten bis zur letzten Seite des Buchs getragen (und ertragen) hat. Ohne sie wäre es nicht zu Ende geschrieben worden. Ihr und meinen lieben Eltern widme ich dieses Werk in tiefer Dankbarkeit.

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXVI

Einleitung

Gegenstand und Konzeption der Untersuchung

I. Europäisiertes Haftrecht im deutsch-französischen Vergleich	1
A. Bedeutung und Aktualität der Materie	1
B. Wandel des Haftrechts im europäischen Kontext	3
C. Frankreich und Deutschland als „ungleiches Geschwisterpaar“	20
II. Konzeptionelle Ausrichtung des Haftrechtsvergleichs	28
A. Forschungsfrage	28
B. Forschungsmethode	34
C. Weitergehender Forschungsertrag	41
III. Aufbau der Arbeit	43

Teil 1

Haft ohne Urteil in Frankreich

I. Grundlagen	46
A. Übergesetzliche Vorgaben	46
B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen	72
C. Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts	91
II. Polizeihaft: Garde à vue	125
A. Grundlagen	125
B. Anordnung	163
C. Dauer	186
D. Garantien	204
E. Richterliche Kontrolle	232
III. Justizhaft: Détention provisoire	248
A. Grundlagen	248
B. Anordnung	282
C. Dauer	317

D. Garantien	333
E. Richterliche Kontrolle	355

Teil 2

Haft ohne Urteil in Deutschland

I. Grundlagen	385
A. Übergesetzliche Vorgaben	385
B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen	413
C. Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts	427
II. Polizeihaft nach vorläufiger Festnahme	445
A. Grundlagen	445
B. Anordnung	475
C. Dauer	502
D. Garantien	514
E. Richterliche Kontrolle	535
III. Justizhaft: Untersuchungshaft	550
A. Grundlagen	550
B. Anordnung	575
C. Dauer	608
D. Garantien	623
E. Richterliche Kontrolle	640

Teil 3

Rechtsvergleich

I. Grundlagen	660
A. Übergesetzliche Vorgaben	660
B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen	671
C. Strafprozessrechtlicher Rahmen	678
II. Polizeihaft	689
A. Grundlagen	689
B. Anordnung	702
C. Dauer	712
D. Garantien	720
E. Richterliche Kontrolle	732
III. Justizhaft	737
A. Grundlagen	737
B. Anordnung	752
C. Dauer	769

D. Garantien	780
E. Richterliche Kontrolle	791

Schlussbetrachtung

Wichtigste Ergebnisse und rechtspolitische Anregungen

I. Zusammenfassung der wesentlichen Konvergenzen und Divergenzen	805
A. Grundlagen	806
B. Polizeihaft	810
C. Justizhaft	818
II. Rechtspolitische Impulse	831
A. Ansätze für ein höheres Freiheitsschutzniveau im französischen Recht	832
B. Ansätze für ein höheres Freiheitsschutzniveau im deutschen Recht	837
III. Ausblick	845
Literaturverzeichnis	849

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXXVI

Einleitung

Gegenstand und Konzeption der Untersuchung

I. Europäisiertes Haftrecht im deutsch-französischen Vergleich	1
A. Bedeutung und Aktualität der Materie	1
B. Wandel des Haftrechts im europäischen Kontext	3
1. Menschenrechtlicher Freiheitsschutz auf der Ebene der EMRK	3
2. Haftrechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene	9
3. Folgen der Schutzverdoppelung im europäischen Mehr-Ebenen-System	18
C. Frankreich und Deutschland als „ungleiches Geschwisterpaar“	20
1. Parallelen und Grundübereinstimmungen	20
2. Diskrepanzen und Gegensätze	24
II. Konzeptionelle Ausrichtung des Haftrechtsvergleichs	28
A. Forschungsfrage	28
1. Ausgangspunkt	28
2. Präzisierung der Reichweite der Untersuchung	28
3. Aufgaben	31
4. Eingrenzung	33
B. Forschungsmethode	34
1. Funktionale Rechtsvergleichung	34
2. Differenzierung der Sachfrage	35
3. Unterscheidung „Polizeihaft“ versus „Justizhaft“	35
4. Einbeziehung des breiteren haftrechtlichen Umfelds	39
5. Übersetzungsfragen	40
C. Weitergehender Forschungsertrag	41
III. Aufbau der Arbeit	43

Teil I
Haft ohne Urteil in Frankreich

I. Grundlagen	46
A. Übergesetzliche Vorgaben	46
1. Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen	46
a) Nationale Grundrechte	46
aa) Bloc de constitutionnalité	46
bb) Rolle des Conseil constitutionnel	47
b) Grundrechte der EMRK	50
2. Verfassungsrechtlicher Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit	52
a) Historische Entwicklung	52
b) Inhaltliche Konkretisierungen des „habeas corpus à la française“	53
aa) Verbot willkürlicher Haft: Gesetzesvorbehalt	54
bb) Ordentliche Gerichtsbarkeit als Wächterin der individuellen Freiheit	55
cc) Verhältnismäßigkeit von Haft	59
c) Haftspezifische Garantien im weiteren Sinne	60
3. Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Strafandrohungsbefugnis	62
a) Gesetzlichkeitsgrundsatz, Schuldprinzip und Grundrechte	63
b) Illustrationen für die Reichweite gesetzlicher Pönalisierungen	68
aa) Vorfeldkriminalisierungen	68
bb) Ungehorsamskriminalisierungen	70
B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen	72
1. Gewaltenteilungsbasierter Dualismus: Grundsatz und Relativierungen	72
a) Fragmentarisch-lückenhafter Charakter verwaltungspolizei- rechtlicher Zwangsbefugnisse als Ausdruck eines régime répressif	72
b) Präzisierung und Relativierung des funktionalen Dualismus	76
aa) Unzulässigkeit der Verfolgung repressiver Ziele im Verwaltungspolizeirecht	76
bb) Zulässigkeit der Verfolgung präventiver Ziele auf strafprozessualer Basis	78
cc) Zusammenfassung	80
2. Präventive Elemente bei vorläufigen Freiheitsentziehungen	80
a) Einschub: Grundsätzliche Ablehnung verwaltungspolizeilicher Befugnisse	80
aa) Historischer Kontext	80
(1) Verwaltungsinternierungen (internements administratifs)	81
(2) Präventivfestnahmen (arrestations préventives)	82
(3) Strafprozessuale Festnahmebefugnisse des Präfekten	82

bb)	Punktuelle Zulässigkeit verwaltungspolizeirechtlicher Eingriffe	83
(1)	Freiheitsentziehungen gegenüber Betrunknen	83
(2)	Freiheitsentziehungen gegenüber psychisch Kranken	84
(3)	Freiheitsentziehungen gegenüber Ausländern	85
(4)	Freiheitsentziehungen zur Identitätsfeststellung	86
cc)	Einführung eines Präventivgewahrsams de lege ferenda?	87
b)	Gefahrenabwehrrechtliche Elemente im geltenden Haftrecht	88
aa)	Voraussetzungen der Haft (Haftziele)	88
bb)	Dauer und Verlauf der Maßnahme	89
cc)	Ausschluss und Modifikation von Verteidigungsrechten	90
dd)	Sonderfall: Positive Spezialprävention und Resozialisierung	90
C.	Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts	91
1.	Überblick über das dualistische Ermittlungsverfahren des CPP	91
a)	Funktionen, Akteure und Ablauf	91
aa)	Polizeiliches Ermittlungsverfahren (enquête)	91
bb)	Gerichtliche Voruntersuchung (instruction)	95
cc)	Reformdiskussion, insbesondere Infragestellung der traditionellen Zweigliedrigkeit des Ermittlungsverfahrens	99
b)	Bedeutung besonderer Verfahrensarten	103
aa)	Schnellverfahren der comparution immédiate	104
bb)	Konsensualverfahren der comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC-Verfahren)	106
2.	Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren	107
a)	Bedeutung vorprozessualer Geständnisse und Rechtsfolgen des Schweigens	107
b)	Freie Beweiswürdigung auf Grundlage des Mündlichkeitsprinzips	109
c)	Beweisverwertung	111
aa)	Unverwertbarkeit der Erkenntnisse aus nichtigen Verfahrenshandlungen	111
bb)	Sonstige prozessuale Folgen von Verfahrensmängeln	114
(1)	Redlichkeitsprinzip (principe de loyauté des preuves) ...	114
(2)	Bekräftigungsprinzip (principe de corroboration)	115
(3)	Strafabshlagslösung?	117
3.	Strafprozessuales Sonderregime bei Schwerekriminalität	117
a)	Überblick	117
b)	Anwendungsbereich, Regelungstechnik und Inhalt	120
II.	Polizeihaft: Garde à vue	125
A.	Grundlagen	125
1.	Begriff, Bedeutung und Historie	125
a)	Terminologie und Definition	125

b)	Qualitative und quantitative Bedeutung	126
c)	Entstehung, Kodifikation, Reform und Entwicklungstendenzen	130
aa)	Extralegale Entstehung	130
bb)	Kodifikation zwecks Legitimation	131
cc)	Reform und Wandel des „französischen Modells der garde à vue“	132
dd)	Entwicklungstendenzen seit der großen Reform von 2011, insbesondere Umsetzung der EU-Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch Gesetz vom 27.5.2014	140
2.	Anwendungsbereich und Regelungstechnik	142
a)	Allgemeines Strafverfahren (régime de droit commun)	143
b)	Sonderregelungen bei bestimmten Straftatbeständen (régime dérogatoire)	143
3.	Sonstige polizeiliche Festnahme- und Festhaltebefugnisse	145
a)	Der garde à vue nachgebildete repressiv-polizeiliche Institute	145
aa)	Retenue douanière als zollrechtliches Festhalterecht	145
bb)	Festnahme- und Festhalterecht bei Verstößen gegen Kontrollauflagen	146
b)	Repressiv-polizeiliche Zugriffsmöglichkeiten im Vorfeld einer garde à vue	147
aa)	Spontanfestnahmerecht gegenüber Tatverdächtigen im Flagranzverfahren	147
bb)	Zwangswise Durchsetzung der polizeilichen Vorladung gegenüber Jedermann	148
cc)	Festhalterecht gegenüber nicht Tatverdächtigen	149
dd)	Mit spezifischen Ermittlungsmaßnahmen verbundene Festhaltebefugnisse	150
ee)	Befehl zur Festnahme und Anordnung der garde à vue (mandat de recherche)	151
c)	Polizeiliches Festnahme- und Festhalterecht zwecks Identitätsfeststellung	151
aa)	Voraussetzungen der Identitätskontrolle	152
bb)	Ausgestaltung des Festnahme- und Festhalterechts	153
d)	Präventiv-polizeiliche Festnahme- und Festhaltebefugnisse	154
e)	Festhalterecht im Anschluss an die garde à vue	155
4.	Surrogate: Vernehmung des Tatverdächtigen ohne garde à vue	157
a)	Audition libre	157
aa)	Ausgangssituation: Garantiefreie Zone	157
bb)	2011: Implizite Bestätigung dieser Lösung durch den Gesetzgeber	158
cc)	2014: Einführung von Verteidigungsrechten für die Vernehmung ohne Haft	159
dd)	Abgrenzung des Anwendungsbereichs	160
b)	De lege ferenda: Schaffung einer „retenue judiciaire“ als Zwischenform?	163

B.	Anordnung	163
1.	Zuständigkeit	163
a)	Höherer Polizeibeamter	163
b)	Staatsanwalt und Untersuchungsrichter	164
aa)	Keine Anordnungsbefugnis	164
bb)	Aber: Weisungsbefugnis	165
2.	Straftatbezug und Adressat	166
a)	Verdacht der Begehung einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftat	166
b)	Tatverdächtiger als Adressat: Besonderheiten im Rahmen der instruction	168
c)	Erlangung der Verfügungsgewalt über den Verdächtigen	170
aa)	Ergreifung auf polizeiliche Initiative	170
bb)	Festnahme kraft staatsanwaltschaftlicher oder richterlicher Ermächtigung	171
cc)	Erlangung der Verfügungsgewalt ohne hoheitlichen Zwang	172
3.	Zulässige Haftzwecke	172
a)	Nach altem Recht: Prinzip des freien Ermessens (principe d'opportunité)	172
aa)	Reichweite der Beurteilungsfreiheit	173
bb)	Bestandsaufnahme über zulässige Zwecke	175
b)	Nach neuem Recht: Gesetzliche Haftgründe (principe de légalité)	177
c)	Implizite und inoffizielle Haftziele	181
4.	Form und Verfahren	183
5.	Ermessen und Verhältnismäßigkeit	184
a)	Ermessen	184
b)	Verhältnismäßigkeit	185
C.	Dauer	186
1.	Ablauf	186
a)	Durchführung der Maßnahme	186
aa)	Grundsätzliches zum zeitlichen und örtlichen Verlauf	186
bb)	Vernehmung als zentraler Bestandteil der Haft	187
cc)	Haft als Grundlage für weitere Eingriffsmaßnahmen	189
b)	Kontrolle und Beendigung der Maßnahme	191
aa)	Kontrolle und Information zu Beginn (contrôle initial)	191
bb)	Fortlaufende Kontrolle (contrôle continu) und Beendigung ...	192
c)	Fortgang nach Ende der garde à vue	193
2.	Zulässige Grunddauer	194
3.	Verlängerung	195
a)	Allgemeine Verlängerungsmöglichkeit für weitere 24 Stunden ...	195

b)	Besondere Verlängerungsmöglichkeiten	197
aa)	Organisierte Kriminalität (Art. 706-88 CPP)	197
bb)	Terrorismus (Art. 706-88-1 CPP)	198
4.	Fristberechnung	199
a)	Bezugspunkt der Höchstfrist	199
b)	Fristbeginn und Vorverlagerungen	200
c)	Fristunterbrechungen und Fristende	202
d)	Exkurs: Anrechnung auf spätere Verurteilung	203
5.	Verhältnismäßigkeit	203
D.	Garantien	204
1.	Recht auf Information	205
a)	Überblick	205
b)	Inhalt und Entwicklung	207
c)	Zeit und Form	210
2.	Recht auf Kontakt nach außen	212
3.	Recht auf anwaltlichen Beistand	214
a)	Überblick und Entstehung	214
b)	Inhaltliche Ausgestaltung	215
aa)	Auswahl und Beordnung des Verteidigers	215
bb)	Modalitäten der Verteidigerintervention	218
c)	Zeitpunkt	221
aa)	Vorübergehender Ausschluss bei bestimmten Straftaten	221
bb)	Wartefrist und Möglichkeit sofortiger Vernehmung	223
cc)	Retardierungsmöglichkeiten	224
4.	Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards	225
5.	Protokollierungs- und Aufzeichnungspflichten	228
a)	Protokoll- und Registerführung	228
b)	Audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung	229
E.	Richterliche Kontrolle	232
1.	Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft	232
2.	Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler	232
3.	Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation	233
a)	Im Rahmen des konkreten Strafverfahrens: Nichtigkeit der garde à vue	233
aa)	Überblick und Entwicklung	234
bb)	Anwendungsbereich der Nichtigkeitsgründe mit Vermutung der Beschwer	236
cc)	Kontrolle der sachlichen Rechtfertigung und Erforderlichkeit der Haft	239
dd)	Reichweite und Folgen der Nichtigkeit	243
b)	Losgelöst vom konkreten Strafverfahren	244

III. Justizhaft: Détention provisoire	248
A. Grundlagen	248
1. Begriff, Bedeutung und Historie	248
a) Terminologie und Definition	248
b) Qualitative und quantitative Bedeutung	249
c) Entstehung, Kodifikation, Reform und Entwicklungstendenzen	252
aa) Entstehung und Kodifikationen	252
bb) Frühe Reformen bis zur großen Haftrechtsreform von 1970 ...	253
cc) Jüngere Reformen und Entwicklungstendenzen seit 1970	255
2. Anwendungsbereich und Regelungstechnik	259
a) Überblick	260
b) Haft in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung	261
aa) Grundsatz: Keine Haft bei herkömmlicher Ladung	261
bb) Besonderheiten bei speziellen Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung	262
c) Sonderregelungen bei bestimmten Straftaten und Schwer- kriminalität	264
3. Abgrenzung zu sonstigen justiziell veranlassten Freiheitsentziehungen	266
a) Vorführ- und Haftbefehl (mandat d’amener und mandat d’arrêt)	266
aa) Überblick über die verschiedenen Arten von mandats de justice	266
bb) Haft im Rahmen der Vollstreckung des Vorführbefehls (mandat d’amener)	270
cc) Haft im Rahmen der Vollstreckung des Haftbefehls (mandat d’arrêt)	272
b) Vorläufige Inhaftierung im Vorfeld der Haftanordnung	274
aa) Gewährung einer Vorbereitungszeit für die Verteidigung	274
bb) Ermöglichung weiterer Nachforschungen	274
4. Freiheitsbeschränkende Haftsurrogate	275
a) Kontrollauflagen (contrôle judiciaire)	275
b) Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung	280
B. Anordnung	282
1. Zuständigkeit	282
a) Antragsbefugnis	282
b) Anordnungsbefugnis	283
2. Straftatbezug und Adressat	285
a) Tatverdacht (indices de culpabilité)	285
aa) Ungeschriebene, mittelbare Haftvoraussetzung	285
bb) Sonderfall: Strafausschlussgrund der Schuldunfähigkeit	288
cc) Verdachtsgrad	290
dd) Anforderungen an die Schwere der Strafandrohung	291

b)	Förmlich Beschuldigter und Angeschuldigter bzw. Angeklagter als Adressat	292
c)	Erlangung der Verfügungsgewalt über den Verdächtigen	293
3.	Zulässige Haftzwecke	294
a)	Vom (haftrechtlichen) Opportunitätsprinzip zum Legalitätsprinzip	294
aa)	Entwicklung ungeschriebener Haftgründe im Anschluss an Hélie	294
bb)	Einführung gesetzlicher Haftmotive durch Gesetz vom 17.7.1970	296
cc)	Kategorisierung der Haftgründe in Art. 144 CPP	297
dd)	Haftmotivation als formelles oder materielles Kriterium?	300
ee)	Anwendungsbereich der Haftgründe und Gesetzes-systematik	300
b)	Einzelheiten zu den gesetzlichen Haftgründen des Art. 144 CPP ...	302
aa)	Bewahrung der zur Wahrheitsfindung nötigen Beweise oder Indizien (Nr. 1)	302
bb)	Verhinderung von Druck auf Zeugen oder Opfer bzw. deren Familie (Nr. 2)	303
cc)	Verhinderung betrügerischen Zusammenwirkens mit Tatbeteiligten (Nr. 3)	303
dd)	Schutz des Beschuldigten (Nr. 4)	303
ee)	Gewährleistung des Verbleibs zur Verfügung der Justiz (Nr. 5)	304
ff)	Beendigung der Straftat oder Verhinderung ihrer Wiederholung (Nr. 6)	304
gg)	Beendigung einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung (Nr. 7)	305
c)	Sonderfall: Haft als Sanktion für Verstöße gegen Haftsurrogate	308
d)	Versteckte Haftziele (fonctions cachées)	308
aa)	Détention provisoire als Druckmittel	309
bb)	Détention provisoire als Sanktions- und Korrekturmittel	310
4.	Form und Verfahren	311
a)	Form, insbesondere Begründung und Bekanntgabe	311
b)	Verfahren	312
aa)	Verfahren der mise en examen vor dem Untersuchungsrichter	312
bb)	Durchführung einer vorherigen sozialen Prüfung	313
cc)	Mündliche Verhandlung (débat contradictoire)	314
dd)	Besonderheiten bei der Haftanordnung in Verfahren ohne instruction	315
5.	Verhältnismäßigkeit und Ermessen	316
a)	Verhältnismäßigkeit, insbesondere Subsidiarität gegenüber Haftsurrogaten	316
b)	Ermessen	317

C.	Dauer	317
1.	Grundsätzliches zum Ablauf der Haft	317
a)	Durchführung des Haftvollzugs im Überblick	317
aa)	Allgemeines zum régime pénitentiaire	317
bb)	Individuelle Ausgestaltung	319
b)	Automatische Kontrolle und Freilassung von Amts wegen (mise en liberté d'office)	320
2.	Zulässige Grunddauer	322
a)	Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung	322
b)	Bei Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung	322
3.	Verlängerung	323
a)	System der periodischen Verlängerung	323
b)	Verlängerungen durch den Grundrechte- und Haftrichter	324
c)	Ausnahmeverlängerungen durch die Untersuchungskammer	326
d)	Fortdauer der Haft nach Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung	326
4.	Fristberechnung und Anrechnungen	328
a)	Grundsätze	328
b)	Anrechnung der Haftzeit auf etwaige Haftstrafe	330
5.	Verhältnismäßigkeit und Beschleunigung	330
D.	Garantien	333
1.	Recht auf Information	333
a)	Im Zusammenhang mit der Entscheidung über die förmliche Beschuldigung	333
b)	Bei der Haftanordnung	336
aa)	Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung	336
bb)	Im Rahmen der comparution immédiate und im CRPC-Verfahren	336
c)	Während der Freiheitsentziehung	337
d)	Akteneinsichtsrecht	338
2.	Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt ...	339
a)	Benachrichtigungsrecht	339
b)	Sonstige Rechte auf Kontakt zur Außenwelt	340
aa)	Besuchsrecht	340
bb)	Post- und Telefonverkehr	341
cc)	Kommunikationsverbot	342
3.	Recht auf anwaltlichen Beistand	343
a)	Im Zusammenhang mit der Entscheidung über die förmliche Beschuldigung	343
b)	Bei Entscheidungen über die Haftanordnung oder -verlängerung ...	345
aa)	Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung	345
bb)	Im Rahmen der comparution immédiate und im CRPC-Verfahren	346

c)	Während der Freiheitsentziehung	347
d)	Akteneinsichtsrecht	349
4.	Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards	350
5.	Protokollierung, Aufzeichnung und Publizität	352
a)	Vernehmungen im Vorfeld der Haftentscheidung	352
b)	Verhandlungen im Zusammenhang mit Haftentscheidungen	353
c)	Dokumentation des Haftverlaufs	354
E.	Richterliche Kontrolle	355
1.	Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft	355
a)	Überblick	355
b)	Rechtsbehelfe gegen die förmliche Beschuldigung	356
aa)	Annullierung einer fehlerhaften Entscheidung (requête en nullité)	356
bb)	Aufhebung wegen Wegfalls der Voraussetzungen (dé-mise en examen)	359
2.	Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler	361
a)	Kontrolle der förmlichen Beschuldigung und des Tatverdachts ...	362
b)	Kontrolle der Haftvoraussetzungen im engeren Sinne	363
aa)	Überblick über die verschiedenen Kontrollmechanismen ...	363
(1)	Automatische Überprüfung	363
(2)	Antrag auf Freilassung	363
(3)	Beschwerde gegen Haftentscheidungen	365
(4)	Eilrechtsbehelfe	367
(5)	Besonderheiten bei der Haft außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung	369
bb)	Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander	371
cc)	(Revisions-)Kontrollumfang und Kontrolldichte	372
c)	Sonderfall: Kontrolle des gesamten Verfahrens	376
d)	Gerichtliche Kontrolle des Haftvollzugs im Überblick	377
aa)	Maßnahmen des Untersuchungsrichters	377
bb)	Maßnahmen der Gefängnisverwaltung	378
3.	Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation	379
a)	Im Rahmen des konkreten Strafverfahrens	379
b)	Losgelöst vom konkreten Strafverfahren	380
aa)	Entschädigung wegen ungerechtfertigter Haft (détention injustifiée)	380
bb)	Schadensersatz wegen rechtswidriger Haft (détention illégale ou irrégulière)	382
cc)	Disziplinar- und strafrechtliche Sanktionen bei Rechtsverstößen	383

Teil 2
Haft ohne Urteil in Deutschland

I. Grundlagen	385
A. Übergesetzliche Vorgaben	385
1. Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen	385
a) Nationale Grundrechte	385
aa) Grundrechte des GG	385
bb) Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts	386
b) Stellenwert der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR	388
2. Verfassungsrechtlicher Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit	389
a) Systematik, Struktur und Entstehungsgeschichte	389
b) Inhaltliche Komponenten der habeas corpus-Garantie in Art. 104 GG	392
aa) Besondere Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für Freiheitsentziehungen	392
bb) Parlamentsvorbehalt und konstitutionalisierter Gesetzes- vorrang	394
cc) Richtervorbehalt	395
dd) Zusätzliche Verfahrensgarantien für die strafprozessuale Festnahme	399
ee) Benachrichtigungspflicht bei richterlichen Haft- entscheidungen	400
ff) Misshandlungsverbot gegenüber festgehaltenen Personen ...	401
c) Haftspezifische Garantien im weiteren Sinne	402
3. Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafgewalt des Gesetzgebers	403
a) Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz	404
b) Schuldprinzip als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips	406
c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Rechtsgüterschutz	407
B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen	413
1. Funktional-kompetenzieller Dualismus: Grundsatz und Durchbrechungen	413
a) Grundsatz: Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung	413
aa) Gleichberechtigtes Nebeneinander von Polizeirecht und Strafprozessrecht	413
bb) Verfassungs- und konventionsrechtliche Grenzen präventiv- polizeilicher Freiheitsentziehungen	415
b) Durchbrechungen in der grundgesetzlichen Kompetenzordnung ...	417
aa) Länderkompetenzen im Bereich der Strafverfolgung	417
bb) Bundeskompetenzen im Bereich der Gefahrenabwehr	418
2. Präventive Elemente bei strafprozessualen Freiheitsentziehungen	421
a) Einstweilige Unterbringung als vorläufige Maßregel	421
b) Haftgrund der Wiederholungsgefahr („Sicherungshaft“)	422

c)	Grenzen der Zulässigkeit präventiver Fremdkörper im Haftrecht ...	423
aa)	Grundsätzliche systematische Bedenken	423
bb)	Verfassungsrechtliche Schranken einer Ausdehnung der Wiederholungsgefahr	424
cc)	Unzulässigkeit der Vorwegnahme von Urteilstwirkungen	425
C.	Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts	427
1.	Überblick über das einheitliche Ermittlungsverfahren der StPO	427
a)	Funktionen, Akteure und Ablauf	427
b)	Bedeutung besonderer Verfahrensarten	430
2.	Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren	431
a)	Bedeutung vorprozessualer Geständnisse und Rechtsfolgen des Schweigens	431
b)	Freie Beweiswürdigung auf Grundlage des Unmittelbarkeits- prinzips	433
c)	Beweisverwertungsverbote	434
d)	Sonstige prozessuale Folgen von Verfahrensmakeln	436
3.	Strafprozessuale Sonderregelungen für Schwerekriminalität	438
a)	Überblick und Entwicklung	438
b)	Katalogartig tatsächliche-orientierte Ausrichtung der Ermittlungsbefugnisse	439
c)	Organisations- und verfahrensrechtliche Sonderregeln	440
II.	Polizeilich nach vorläufiger Festnahme	445
A.	Grundlagen	445
1.	Begriff, Bedeutung und Historie	445
a)	Terminologie und Definition	445
b)	Qualitative und quantitative Bedeutung	445
c)	Historische Entwicklung	447
2.	Regelungstechnik und Anwendungsbereich	449
a)	Gesetzssystematik und Regelungstechnik	449
b)	Anwendungsbereich, insbesondere Abgrenzung zur Präventiv- polizei	450
3.	Abgrenzung und Verhältnis zu anderen Instituten	452
a)	Repressiv-polizeiliche Festnahme- und Festhaltebefugnisse	452
b)	Präventiv-polizeilicher Sicherheitsgewahrsam	453
aa)	Grundlagen	453
bb)	Anordnung	455
cc)	Dauer und Ablauf	457
dd)	Garantien	458
ee)	Gerichtliche Kontrolle	461
ff)	Abgrenzung bei doppel-funktionalen Maßnahmen	466
gg)	Nachträglicher Austausch der Rechtsgrundlage	470
hh)	Nutzung des Präventivgewahrsams für repressive Zwecke	471
c)	Polizeiliche Vorführung	472

4.	Surrogate	474
a)	Absehen von der Festnahme (§ 127a StPO)	474
b)	Vorführbefehl (§§ 163a Abs. 3 Satz 2, 134 StPO)	474
B.	Anordnung	475
1.	Zuständigkeit	475
2.	Straftatbezug und Adressat	476
a)	Keine Anforderungen an die Schwere der Straftat	476
b)	Festnahmegrundspezifische Anforderungen an den Verdachts- grad	477
aa)	Frische Tat (§§ 127 Abs. 1 Satz 1, 127b Abs. 1 StPO)	477
bb)	Dringender Tatverdacht bzw. dringende Gründe (§ 127 Abs. 2 StPO)	479
cc)	Anfangsverdacht (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b f. StPO)	481
3.	Zulässige Zwecke und korrespondierende Voraussetzungen	482
a)	Anwesenheitssicherung	483
b)	Identitätsfeststellung	484
aa)	Privatfestnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StPO)	484
bb)	Offizialfestnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 163b f. StPO)	485
c)	Sicherung der Haft bzw. Unterbringung	486
aa)	Überblick zum Meinungsstand	486
bb)	Auflösung des Meinungsstreits	487
cc)	Zusammenfassung, Konsequenzen und Anwendung	489
d)	Anwesenheitssicherung für Hauptverhandlung im beschleunigten Verfahren	491
aa)	Überblick zur Regelung	491
bb)	Verfassungsrechtliche, systematische und anwendungs- spezifische Kritik	493
cc)	Ziele und Voraussetzungen des Festnahmerechts	494
e)	Zusammenfassende Würdigung	495
aa)	Verhältnis der verschiedenen Festnahmegründe zueinander	495
bb)	Funktionale Grenzen der vorläufigen Festnahme	497
4.	Form und Verfahren	499
5.	Ermessen und Verhältnismäßigkeit	500
a)	Ermessen	500
b)	Verhältnismäßigkeit	500
C.	Dauer	502
1.	Ablauf	502
a)	Durchführung der Maßnahme	502
b)	Kontrolle und Beendigung der Maßnahme	503
c)	Fortgang nach Ende der vorläufigen Festnahme	505

2.	Höchstdauer	506
a)	Absolute Höchstdauer	506
b)	„Unverzüglichkeit“	507
aa)	Allgemeine Grundsätze	507
bb)	Zulässigkeit der Ausschöpfung der Frist zur Sachverhalts- aufklärung	508
3.	Verlängerung	511
4.	Fristberechnung und Anrechnungen	511
a)	Fristbeginn und Anrechnung anderweitiger Maßnahmen	511
b)	Fristende bzw. Bezugspunkt der Frist	512
c)	Exkurs: Anrechnung auf spätere Verurteilung	513
5.	Verhältnismäßigkeit	513
D.	Garantien	514
1.	Recht auf Information	515
a)	Festnahmeakzessorische Informationsrechte	515
aa)	Überblick	515
bb)	Zeit und Form	517
b)	Vernehmungsakzessorische Beschuldigtenbelehrungen	519
c)	Aktenbezogener Informationsanspruch	521
2.	Recht auf Benachrichtigung Dritter	522
3.	Recht auf anwaltlichen Beistand	524
a)	Überblick	524
b)	Inhaltliche Ausgestaltung	525
aa)	Verteidigerauswahl	525
bb)	Modalitäten der Verteidigerintervention	526
c)	Zeitliche Maßgaben	528
4.	Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindest- standards	529
5.	Protokollierungs- und Aufzeichnungspflichten	531
a)	Protokoll- und Registerführung	531
b)	Audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung	533
E.	Richterliche Kontrolle	535
1.	Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft	535
2.	Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler	536
3.	Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehler- kompensation	537
a)	Beweisverwertungsverbote im Rahmen des konkreten Straf- verfahrens	537
aa)	Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung als „unzulässiger Zwang“?	537
bb)	Ungeschriebene Verwertungsverbote wegen sonstiger Verstöße	540

b) Überprüfungsmöglichkeiten außerhalb des konkreten Strafverfahrens	544
aa) Nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit	544
bb) Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Haft	547
cc) Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Haft	548
dd) Strafanzeige gegen Ermittlungsbeamte (§ 239 StGB)	548
III. Justizhaft: Untersuchungshaft	550
A. Grundlagen	550
1. Begriff, Bedeutung und Historie	550
a) Terminologie und Definition	550
b) Qualitative und quantitative Bedeutung	550
c) Entstehungsgeschichtlicher Überblick	555
aa) Ursprungsfassung in der RStPO von 1877	555
bb) Entwicklung und Reform	556
2. Anwendungsbereich und Regelungstechnik	559
a) Überblick zur Gesetzssystematik	559
b) Ungehorsams- und Hauptverhandlungshaft als besondere (Kurz-)Haftformen	561
c) Sonderregelungen bei bestimmten Straftaten	563
aa) Anwendungsbereich der gesetzlichen Haftgründe	563
bb) Garantieverkürzungsmöglichkeiten	565
3. Abgrenzung und Verhältnis zu anderen Instituten	565
a) Einstweilige Unterbringung (§ 126a StPO)	566
b) Anstaltsunterbringung zur Beobachtung (§ 81 StPO)	568
c) Festhalteberechtigung aufgrund Vorführbefehls (§§ 134, 163a Abs. 3 StPO)	569
d) Ordnungshaft und Beugehaft (§§ 51, 70, 161a StPO)	571
4. Surrogate	571
a) Absehen von der Festnahme (§ 127a StPO) als Haftbefehls-surrogat	572
b) Aussetzung des Vollzugs (§§ 116 ff. StPO) als Haftvollzugs-surrogat	572
B. Anordnung	575
1. Zuständigkeit	575
a) Anordnungszuständigkeit	575
b) Antragserfordernis	576
2. Straftatbezug und Adressat	576
a) Dringender Tatverdacht	576
aa) Begriff, Bezugspunkt und Gegenstand	577
bb) Verdachtsgrad	577
cc) Tatsachenbasis und Beweiswürdigung	578
b) Beschuldigter als Adressat	579

3.	Haftgründe	580
a)	Tatsachengrundlage und Prognosemaßstab	580
b)	„Klassische“ Haftgründe zur Verfahrensprävention (§ 112 Abs. 2 StPO)	581
aa)	Anwesenheitssicherung bei Flucht (Nr. 1)	581
bb)	Anwesenheitssicherung bei Fluchtgefahr (Nr. 2)	582
cc)	Beweissicherung bei Verdunkelungsgefahr (Nr. 3)	584
c)	Haftgrund der „besonderen Tatschwere“ (§ 112 Abs. 3 StPO)	587
aa)	Begriff, Bedeutung und Voraussetzungen	587
bb)	Grundsätzliche Bedenken im Schrifttum	589
d)	Vorbeugung von Straftaten bei Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO)	590
aa)	Begriff, Bedeutung und Voraussetzungen	590
bb)	Grundsätzliche Bedenken im Schrifttum	592
e)	Sonderfälle der Anwesenheitssicherung: Ungehorsams- und Hauptverhandlungshaft (§§ 230 Abs. 2, 127b Abs. 2 StPO)	594
f)	Zusammenfassung zu den Anordnungszwecken	595
4.	Form und Verfahren	598
a)	Form der Anordnung (§ 114 StPO)	598
b)	Verfahren im Zusammenhang mit der Haftanordnung	599
aa)	Anordnung in Abwesenheit, Vorführung nach der Festnahme	600
bb)	Anordnung in Anwesenheit des (vorgeführten) Beschuldigten	601
cc)	Ablauf des Vorfürtermins und Haftentscheidung	602
(1)	Grundmodell: Verfahren vor „zuständigem Richter“ (§ 115 StPO)	602
(2)	Subsidiär: Eingeschränkte Befugnisse des „nächsten Richters“ (§ 115a StPO)	603
(3)	Regelfall: Vorführung nach vorläufiger Festnahme (§ 128 StPO)	604
5.	Ermessen und Verhältnismäßigkeit	605
a)	Unverhältnismäßigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal	605
b)	Verhältnismäßigkeit als positives Tatbestandsmerkmal	606
c)	Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Ermessensausübung	607
C.	Dauer	608
1.	Grundsätzliches zum Verlauf der Haft	608
a)	Ergreifung aufgrund eines Haftbefehls	608
b)	Durchführung (Haftvollzug im Überblick)	608
c)	Automatische Kontrolle und Beendigung	612
2.	Zulässige Dauer: Die Sechs-Monats-Grenze und ihre Überwindung	614
3.	Verfahren zur Verlängerung über sechs Monate hinaus	616
4.	Fristberechnung und Anrechnungen	618

a)	Ausgangspunkt: Untersuchungshaftvollzug wegen „derselben Tat“	618
b)	Fristbeginn und Fristende	618
c)	Berücksichtigung anderweitiger Freiheitsentziehungen	619
d)	Exkurs: Anrechnung auf spätere Verurteilung	620
5.	Verhältnismäßigkeit und Beschleunigungsgrundsatz	620
a)	Allgemein: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	621
b)	Insbesondere: Beschleunigungsgrundsatz	622
D.	Garantien	623
1.	Recht auf Information	623
a)	Haftspezifische Belehrungen im Zusammenhang mit der Ergreifung	623
aa)	Mitteilung der Gründe der Verhaftung und des Tatvorwurfs ...	624
bb)	Belehrung über die Rechte des verhafteten Beschuldigten ...	624
cc)	Belehrungen bei Zwischenschaltung einer polizeilichen Vernehmung	625
b)	Belehrungen bei der richterlichen Entscheidung über die Haft	625
aa)	Vernehmungsspezifische Belehrungen	625
bb)	Haftspezifische Belehrungen bei Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung	627
c)	Unterrichtungen und Informationszugang im Haftvollzug	627
d)	Aktenbezogener Informationsanspruch des Beschuldigten	629
2.	Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt	629
a)	Benachrichtigungsrecht	629
b)	Sonstige Rechte auf Kontakt zur Außenwelt	631
3.	Recht auf anwaltlichen Beistand	632
a)	Entsprechende Geltung der Ausführungen zur Polizeihaft	632
b)	Besonderheiten im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft ...	633
aa)	Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen	633
bb)	Notwendige Verteidigung ab Vollzug	634
cc)	Einschränkungen des Verteidigerzugangs	636
dd)	Akteneinsichtsrecht	637
4.	Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards	638
5.	Protokollierung, Aufzeichnung und Publizität	639
E.	Richterliche Kontrolle	640
1.	Vor Anordnung bzw. Vollzug: Vermeidung rechtswidriger Haft	640
2.	Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler	641
a)	Vorbemerkungen	641
aa)	Nachträgliche Interventionsfelder des Richters	641
bb)	Auswirkungen von Rechtsverstößen auf die Haft	642
b)	Haftprüfungsantrag und (Haft-)Beschwerde	643

aa)	Haftprüfungsantrag	643
bb)	(Haft-)Beschwerde	645
cc)	Verhältnis der beiden Rechtsbehelfe zueinander	648
dd)	Prüfungsumfang, Kontrolldichte und Entscheidungs- grundlage	649
c)	Kontrolle des Haftvollzugs und sonstiger haftrelevanter Entscheidungen	650
aa)	§ 119 Abs. 5 StPO versus Beschwerde	650
bb)	§ 119a StPO versus §§ 23 ff. EGGVG	651
cc)	Rechtsschutz gegen sonstige haftrelevante Entscheidungen ...	651
d)	Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf	652
3.	Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehler- kompensation	653
a)	Überprüfung im Rahmen des konkreten Strafverfahrens	653
aa)	Haft-Rechtswidrigkeit als unzulässiger Zwang?	653
bb)	Ungeschriebene Verwertungsverbote bei sonstigen Verstößen	653
cc)	Sonderfall: Berücksichtigung konventionswidriger Haft bei Strafausspruch	656
b)	Rechtsschutzmöglichkeiten außerhalb des konkreten Straf- verfahrens	656
aa)	Nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit	656
bb)	Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Haft	657
cc)	Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Haft	658
dd)	Strafanzeige wegen Freiheitsberaubung (§ 239 StGB)	659

Teil 3

Rechtsvergleich

I.	Grundlagen	660
A.	Übergesetzliche Vorgaben	660
1.	Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen	660
a)	Inkorporiertes Verfassungsrecht versus Grundrechtekatalog	660
b)	Eingeschränkte versus umfassende verfassungsgerichtliche Kontrolle	661
c)	Übergesetzlicher versus einfachgesetzlicher Rang der EMRK	662
2.	Verfassungsrechtlicher Schutz der persönlichen Freiheit	664
a)	Entstehungsgeschichtliche, systematische und strukturelle Parallelen	664
b)	Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der inhaltlichen Ausgestaltung	665
aa)	Gesetzesvorbehalt in Form eines Vorbehalts des förmlichen Gesetzes	665

bb)	Strikter Richtervorbehalt versus Kontrolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit	665
cc)	Unterschiedliche Handhabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes	667
dd)	Zusätzliche verfahrensrechtliche Garantien nach Art. 104 GG	668
c)	Haftspezifische Garantien im weiteren Sinne	668
3.	Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafgewalt des Gesetzgebers	669
a)	Formelle Grenzen: Gesetzlichkeitsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz	669
b)	Inhaltlich-materielle Grenzen: Verhältnismäßigkeit und Schuldprinzip	669
c)	Konsequenzen für die Reichweite des materiellen Strafrechts	670
B.	Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen	671
1.	Gewaltenteilungsbasierter Dualismus	671
a)	Grundsatz: Präventives Polizeirecht versus repressives Strafprozessrecht	671
b)	Relativierungen: Präventive Elemente im Strafprozessrecht	673
2.	Illustration: Freiheitsentziehungen	674
a)	Régime répressif versus Kombinationsmodell	674
b)	Präventive Elemente bei strafprozessualen Freiheitsentziehungen	675
C.	Strafprozessrechtlicher Rahmen	678
1.	Überblick	678
a)	Dualistisches versus einheitliches Vorverfahren	678
b)	Zur Bedeutung besonderer Verfahrensarten	681
2.	Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren	683
a)	Bedeutung vorprozessualer Geständnisse und Rechtsfolgen des Schweigens	683
b)	Unmittelbarkeit versus Mündlichkeit	684
c)	Beweisverwertung	685
d)	Sonstige prozessuale Folgen von Verfahrensdefiziten	687
3.	Strafprozessuale Sonderregelungen für Schwerekriminalität	688
II.	Polizeihaft	689
A.	Grundlagen	689
1.	Begriff, Bedeutung und Historie	689
2.	Regelungstechnik und Anwendungsbereich	693
3.	Verhältnis zu anderen polizeilichen Festnahme- und Festhaltebefugnissen	695
a)	Überblick zum institutionellen Umfeld der Polizeihaft im engeren Sinne	695
b)	Konsequenzen der unterschiedlichen habeas corpus-Modelle	695

c)	Konsequenzen der unterschiedlichen Reichweite der Haftermächtigungen	696
d)	Konsequenzen der unterschiedlichen Einstellungen zu polizeirechtlicher Haft	698
e)	Identitätsfeststellungshaft („Kurz-Polizeihaft“)	699
4.	Surrogate	700
B.	Anordnung	702
1.	Zuständigkeit	702
2.	Straftatbezug und Adressat	703
3.	Zulässige Haftzwecke	706
a)	Vorbemerkung	706
b)	Gegenüberstellung und Vergleich der gesetzlichen Haftziele	707
c)	Zusammenfassende (Zwischen-)Betrachtung zum Ausmaß der Zweckkonvergenz	710
4.	Form und Verfahren	711
5.	Ermessen und Verhältnismäßigkeit	712
C.	Dauer	712
1.	Ablauf	712
a)	Durchführung	712
b)	Kontrolle und Beendigung	714
c)	Fortgang nach Ende der Polizeihaft	715
2.	Zulässige Grund- bzw. Höchstdauer	716
3.	Verlängerung	717
4.	Fristberechnung	718
5.	Verhältnismäßigkeit	720
D.	Garantien	720
1.	Recht auf Information	721
2.	Recht auf Benachrichtigung Dritter bzw. Kontakt nach außen	724
3.	Recht auf anwaltlichen Beistand	725
a)	Überblick	725
b)	Inhaltliche Ausgestaltung	726
c)	Zeitliche Maßgaben	728
4.	Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards	729
5.	Protokollierungs- und Aufzeichnungspflichten	730
E.	Richterliche Kontrolle	732
1.	Vor und während der Maßnahme	732
2.	Nachträgliche Überprüfung	733
a)	Im Rahmen des konkreten Verfahrens	733
b)	Außerhalb des konkreten Verfahrens	736

III. Justizhaft	737
A. Grundlagen	737
1. Begriff, Bedeutung und Historie	737
2. Regelungstechnik und Anwendungsbereich	741
3. Verhältnis zu anderen justiziellen Freiheitsentziehungen	744
a) System der mandats de justice im Spiegel des deutschen Haftrechts	745
b) Fehlen einer Vor-Inhaftierungsbefugnis vor Haftbefehlserlass in der StPO	747
c) Freiheitsentziehungen gegenüber eventuell nur eingeschränkt Schuldfähigen	747
d) Fehlen einer Ordnungs- oder Beugehaft gegenüber bloßen Zeugen im CPP	748
4. Freiheitsbeschränkende Haftsurrogate	749
B. Anordnung	752
1. Zuständigkeit	752
2. Straftatbezug und Adressat	753
3. Zulässige Haftzwecke	755
a) Vorbemerkung	755
b) Gegenüberstellung und Vergleich der gesetzlichen Haftziele	758
c) Zusammenfassende Betrachtung zur Reichweite der Zweckkonvergenz	763
4. Form und Verfahren	764
a) Form	764
b) Verfahren	764
aa) Vorbemerkung	764
bb) Verbringung des abwesenden Verdächtigen zum zuständigen Richter	765
cc) Ablauf der Anhörung vor dem bzw. den zuständigen Richtern	766
5. Verhältnismäßigkeit und Ermessen	768
C. Dauer	769
1. Grundsätzliches zum Verlauf der Haft	769
a) Haftvollzug im Überblick	769
b) Automatische Kontrolle und Beendigung von Amts wegen	771
2. Zulässige Grund- und Höchstdauer	772
3. Verlängerung bzw. Aufrechterhaltung	772
4. Fristberechnung und Anrechnungen	776
5. Verhältnismäßigkeits- und Beschleunigungsgrundsatz	778
D. Garantien	780
1. Recht auf Information	780

2.	Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt	784
3.	Recht auf anwaltlichen Beistand	786
4.	Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards	789
5.	Protokollierung, Aufzeichnung und Publizität	790
E.	Richterliche Kontrolle	791
1.	Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft	791
a)	Richtervorbehalt und rechtliches Gehör bei der Haftentscheidung	791
b)	Doppelt-gespaltener versus einfach-einheitlicher Richtervorbehalt	792
2.	Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler	793
a)	Überblick	793
b)	Förmliches Freilassungsersuchen	794
c)	(Haft-)Beschwerde und Eilrechtsschutzmöglichkeiten	796
d)	Kontrolle des Tatverdachts	798
e)	Höchstrichterliche Rechtskontrolle und Kontrolldichte	799
f)	Sonderproblem: Kontrolle des Haftvollzugs	800
3.	Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation	801
a)	Überprüfung im Rahmen des konkreten Verfahrens	801
b)	Überprüfung außerhalb des konkreten Verfahrens	802

Schlussbetrachtung

Wichtigste Ergebnisse und rechtspolitische Anregungen

I.	Zusammenfassung der wesentlichen Konvergenzen und Divergenzen	805
A.	Grundlagen	806
1.	Übergesetzliche Vorgaben	806
a)	Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen	806
b)	Verfassungsrechtlicher Schutz der persönlichen Freiheit	807
c)	Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Strafandrohungsbefugnis	807
2.	Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen	808
a)	Gewaltenteilungsbasierter Dualismus	808
b)	Illustration: Freiheitsentziehungen	808
3.	Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts	809
a)	Überblick	809
b)	Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren	809
c)	Strafprozessuale Sonderregelungen für Schwerekriminalität	810

B.	Polizeihaft	810
1.	Grundlagen	810
a)	Begriff, Bedeutung und Historie	810
b)	Regelungstechnik und Anwendungsbereich	811
c)	Verhältnis zu anderen polizeilichen Eingriffsermächtigungen und Surrogate	811
2.	Anordnung	812
a)	Zuständigkeit	812
b)	Straftatbezug und Adressat	812
c)	Zulässige Haftzwecke	813
d)	Form und Verfahren sowie Verhältnismäßigkeit und Ermessen ...	813
3.	Dauer	814
a)	Ablauf, insbesondere Durchführung, Kontrolle und Beendigung	814
b)	Zulässige Grund- bzw. Höchstdauer sowie Verlängerungen	814
c)	Fristberechnung und Anrechnungen sowie Verhältnis- mäßigkeit	815
4.	Garantien	815
a)	Recht auf Information	816
b)	Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt	817
c)	Recht auf anwaltlichen Beistand	817
d)	Recht auf ärztliche Untersuchung und Dokumentationspflichten ...	817
5.	Richterliche Kontrolle	818
C.	Justizhaft	818
1.	Grundlagen	818
a)	Begriff, Bedeutung und Historie	818
b)	Regelungstechnik und Anwendungsbereich	819
c)	Verhältnis zu anderen justiziellen Freiheitsentziehungen	820
d)	Freiheitsbeschränkende Haftsurrogate	820
2.	Anordnung	821
a)	Zuständigkeit	821
b)	Straftatbezug und Adressat	821
c)	Zulässige Haftzwecke	822
d)	Form und Verfahren	823
e)	Verhältnismäßigkeit und Ermessen	824
3.	Dauer	824
a)	Verlauf der Haft	824
b)	Zulässige Grund- und Höchstdauer sowie Verlängerungen	824
c)	Fristberechnung und Anrechnungen	825
d)	Verhältnismäßigkeits- und Beschleunigungsgrundsatz	826
4.	Garantien	826

a)	Recht auf Information	826
b)	Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt	827
c)	Recht auf anwaltlichen Beistand	827
d)	Recht auf ärztliche Untersuchung und Dokumentationspflichten ...	828
5.	Richterliche Kontrolle	828
a)	Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft	828
b)	Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler	829
c)	Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehler- kompensation	830
II.	Rechtspolitische Impulse	831
A.	Ansätze für ein höheres Freiheitsschutzniveau im französischen Recht	832
1.	Grundlagen und Grundstrukturen	832
2.	Erste Stufe: „Ob“ der Haft	832
3.	Zweite Stufe: „Ob noch“/„Wie lange“ der Haft	833
4.	Dritte Stufe: „Wie“ der Haft	834
5.	Vierte Stufe: Gerichtliche Kontrolle der Haft	836
B.	Ansätze für ein höheres Freiheitsschutzniveau im deutschen Recht	837
1.	Grundlagen und Grundstrukturen	837
2.	Erste Stufe: „Ob“ der Haft	839
3.	Zweite Stufe: „Ob noch“/„Wie lange“ der Haft	841
4.	Dritte Stufe: „Wie“ der Haft	842
5.	Vierte Stufe: Gerichtliche Kontrolle der Haft	843
III.	Ausblick	845
	Literaturverzeichnis	849

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AbfG BW	Abfallgesetz Baden-Württemberg
abl.	ablehnend
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
ähnl.	ähnlich
ADL	Actualités Droits-Libertés
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AFP	Agence France Presse
AG	Amtsgericht
AGGewVerbrG	Ausführungsgesetz zum Gesetz über gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung
AJDA	Actualité Juridique Droit Administratif
AJ Pén.	Actualité Juridique Pénale
AK-GG	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AK-StiPO	Alternativkommentar zur Strafprozessordnung
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
AO	Abgabenordnung
APC	Archives de politique criminelle
APJ	Agent de police judiciaire
App.	Appendice
arg.	Argument
arg. e	Argument aus
arg. e contrario	Argument aus dem Umkehrschluss zu
Art.	Artikel

Art. D.	Artikel im Dekret-Teil eines frz. Gesetzbuchs
Art. L.	Artikel im Gesetzesteil eines frz. Gesetzbuchs
Art. préI.	Article préliminaire (Einführungsartikel)
Art. R.	Artikel im Verordnungsteil eines frz. Gesetzbuchs
ASOG Bln	Allgemeines Sicherheits- und Ordnungsgesetz Berlin
Ass. nat.	Assemblée nationale
Ass. plén.	Assemblée plénière
AStBV (St)	Anweisungen für das Straf- und Bußgeldverfahren (Steuer)
AT	Allgemeiner Teil
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Az.	Aktenzeichen
BAK	Blut-Alkohol-Konzentration
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Ordnungsblatt
BayLStVG	Bayerisches Landesstraf- und Ordnungsgesetz
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayPAG	Bayerisches Polizeiaufgabengesetz
BayUVollzG	Bayerisches Untersuchungshaftvollzugsgesetz
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BbgPolG	Brandenburgisches Polizeigesetz
BbgPolGewO	Brandenburgische Polizeigewahrsamsordnung
BbgVerfG	Brandenburgisches Verfassungsgericht
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Begr.	Begründer; Begründung
BerLLImSchG	Berliner Landes-Immissionsschutzgesetz
BerIVerfGH	Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen

BGSG	Gesetz über den Bundesgrenzschutz
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
BKA	Bundeskriminalamt
BKAG	Bundeskriminalamtgesetz
BK-GG	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BMJ	Bundesministerium der Justiz
BPolG	Bundespolizeigesetz
BR	Bundesrat
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BremPolG	Bremisches Polizeigesetz
Bsp.	Beispiel
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BT-RA	Rechtsausschuss des Bundestags
Bull.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Strafsachen)
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (Zivilsachen)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
C	Französische Verfassung (Constitution) der V. Republik vom 4.10.1958
C 1946	Französische Verfassung (Constitution) der IV. Republik vom 27.10.1946
CA	Cour d'appel
Cah. C. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cass.	Cour de cassation
CCC	Constitutio Criminalis Carolina (kurz: Carolina) / Peinliche Halsgerichtsordnung Karls V. von 1532
C. const.	Conseil constitutionnel
CCT	Code des collectivités territoriales
CD	Code des douanes
CE	Conseil d'Etat

CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CESDIP	Centre de Recherches Sociologiques sur le Droit et les Institutions Pénales
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CGCT	Code général des collectivités territoriales
Ch. acc.	Chambre d'accusation
Ch. instr.	Chambre d'instruction
Ch. mixte chron.	Chambre mixte de la Cour de cassation chronique
CIC	Code d'instruction criminelle
Civ. 1er	Première chambre civile de la Cour de cassation
CJA	Code de justice administrative
CJM	Code de justice militaire
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CNCDH	Commission nationale consultative des droits de l'homme
CNRD	Commission nationale de réparation des détentions
COJ	Code de l'organisation judiciaire
comm.	commentaire
concl.	conclusion
CP	Code pénal
CPCE	Code des postes et des communications électroniques
CPP	Code de procédure pénale
CPP-E	Reformentwurf des CPP
CPT	European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment
CRDF	Centre de Recherche sur les Droits Fondamentaux
CREDOF	Centre de Recherches et d'Etudes sur les Droits Fondamentaux
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
CSI	Code de la sécurité intérieure
CSM	Conseil supérieur de la magistrature
CSP	Code la santé publique
D.	Recueil Dalloz
DAV	Deutscher Anwaltverein

XL	Abkürzungsverzeichnis
DC	Kennzeichnung der Entscheidungen des Conseil constitutionnel, die eine abstrakte Normenkontrolle von Rechtsakten vor ihrer Verabschiedung zum Gegenstand haben
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789
ders.	derselbe
d.h.	das heißt
DienstGH	Dienstgerichtshof
dies.	dieselbe(n)
dir.	directeur(s)
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
Dr. pén.	Droit pénal
dt.	deutsch
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO PolG BW	Durchführungsverordnung zum Polizeigesetz Baden-Württemberg
e.A.	eine Ansicht
ebda.	ebenda
EGGVG	Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGOWiG	Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch
EJC	European Journal of Criminology
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
endg.	endgültig
engl.	englisch
entg.	entgegen
Erwgg.	Erwägungsgrund
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EU-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
eucrim	The European Criminal Law Associations' Forum
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EUR	Euro

EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende/fortfolgende
FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fasc.	Fascicule
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn.	Fußnote
FreihEntzG	Gesetz über das gerichtliche Verfahren bei Freiheitsentziehungen
frz.	französisch
FS	Festschrift
FSI	Forensic Science International
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht
GAV	Garde à vue
Gaz Pal.	Gazette du Palais
GBL	Gesetzesblatt des Landes Baden-Württemberg
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GHN	Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), EU-Recht
grds.	grundsätzlich
GrK	Große Kammer
Gr. Sen.	Großer Senat
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GVVG	Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten
H.d.d.A.	Hervorhebung durch den Autor
h.L.	herrschende Lehre
h.M.	herrschende Meinung
HmbgSOG	Hamburger Gesetz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung

HmbGUVollzG	Hamburger Gesetz über den Vollzug der Untersuchungshaft
HRRS	Online-Zeitschrift für Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht
Hrsg.	Herausgeber
HRW	Human Rights Watch
Hs.	Halbsatz
HSOG	Hessisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
i.a.W.	in anderen Worten
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.d.S.	in diesem Sinne
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinne
IfSG	Infektionsschutzgesetz
i.H.v.	in Höhe von
INHESJ	Institut National des Hautes Etudes de la Sécurité et de la Justice
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
IRG	Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen
i.R.v.	im Rahmen von
i.S.d.	im Sinne des
i.S.e.	im Sinne einer/eines
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinne
JA	Juristische Arbeitsblätter
JCl.	JurisClasseur
JCP / JCP G	La Semaine Juridique, édition générale (JurisClasseur périodique)
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JI	Juge d'instruction

JLD	Juge des libertés et de la détention
JO	Journal officiel
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
JURA	Juristische Ausbildung
JurBüro	Das Juristische Büro
JuS	Juristische Schulung
JVA	Justizvollzugsanstalt
JVollDSG Bln	Justizvollzugsdatenschutzgesetz Berlin
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht Berlin
KK-OWiG	Karlsruher Kommentar zum OWiG
KK-StPO	Karlsruher Kommentar zur StPO
km	Kilometer
KMR	Kleinknecht/Müller/Reitberger-Kommentar zur Strafprozessordnung
KOM	Kommissionsdokument
Kommission	Europäische Kommission
krit.	kritisch
LG	Landgericht
lit.	litera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung
LR	Löwe-Rosenberg
LVwG SH	Landesverwaltungsgesetz Schleswig-Holstein
LVwVfG	Landesverwaltungsverfahrensgesetz
m.	mit
MBL NRW	Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
ME-PolG	Musterentwurf eines einheitlichen Polizeigesetzes
MM	Mindermeinung
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen

XLIV	Abkürzungsverzeichnis
m.W.v.	mit Wirkung vom
m.W.z.	mit Wirkung zum
n°, Nr.	Nummer
NdsRpfl	Niedersächsische Rechtspflege
NdsSOG	Niedersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJVollzG	Niedersächsisches Justizvollzugsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
NK	Neue Kriminalpolitik
NotVO	Notverordnung
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report Strafrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report Verwaltungsrecht
o.Ä.	oder Ähnliches
öStPO	österreichische Strafprozessordnung
o.g.	oben genannt
OLG	Oberlandesgericht
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Strafsachen und über Ordnungswidrigkeiten
ONDRP	Observatoire nationale de la délinquance et des réponses pénales
OPJ	Officier de police judiciaire
Ord. prés.	Ordonnance présidentielle
OVG	Oberverwaltungsgericht
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten
p.	page
PAGÄndG	Änderungsgesetz zum Bayerischen Polizeiaufgabengesetz
PFRLR	Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République
PJZS	Polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen

PKV	Paulskirchenverfassung
PolG BW	Polizeigesetz des Landes Baden-Württemberg
PolG NRW	Polizeigesetz des Landes Nordrhein-Westfalen
PolGewO	Polizeigewahrsamsordnung
PolGewO NRW	Polizeigewahrsamsordnung des Landes Nordrhein-Westfalen
PreußPVG	Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz
Proc. pén.	Procédure pénale
Prot.	Protokoll
PS	Parti socialiste
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
RA	Rechtsausschuss
RAF	Rote Armee Fraktion
RAO	Reichsabgabenordnung
RB	Rahmenbeschluss
RDH	Revue des Droits de l'Homme
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RegE	Regierungsentwurf
Rép. pén.	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
RG	Reichsgericht
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGSt	Sammlung der Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RhpfVerf	Verfassung für Rheinland-Pfalz
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue Internationale de Droit Pénal
RiStBV	Richtlinien für das Strafverfahren in Bußgeldsachen
RJT	Revue juridique Thémis
RL	Richtlinie
RL-E	Richtlinien-Entwurf
Rn.	Randnummer
RDPD	Revue pénitentiaire et de droit pénal

RPfPOG	Polizei- und Ordnungsbehördengesetz Rheinland-Pfalz
RPR	Rassemblement pour la République
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
Rspr.	Rechtsprechung
RStPO	Reichsstrafprozessordnung
RV	Verfassung des Deutschen Kaiserreichs von 1871
S.	Seite
SaarlPolG	Saarländisches Polizeigesetz
SächsPolG	Polizeigesetz des Freistaates Sachsen
SCC	Supreme Court of Canada
SK-StPO	Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung
sog.	sogenannt
SOG LSA	Gesetz über öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-Anhalt
SOG M-V	Sicherheits- und Ordnungsgesetz Mecklenburg-Vorpommern
Spstr.	Spiegelstrich
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG
StPO	Strafprozessordnung
StPO-E	StPO-Entwurfassung
str.	streitig
StRÄndG	Strafrechtsänderungsgesetz
StraFo	Strafverteidiger Forum
StrEG	Strafverfolgungsentschädigungsgesetz
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StV	Strafverteidiger
StVÄG	Gesetz zur Änderung und Ergänzung des Strafverfahrensrechts – Strafverfahrensänderungsgesetz
StVollzG	Strafvollzugsgesetz
StVRG	Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts
Tab.	Tabelle
TC	Tribunal des conflits
TGI	Tribunal de grande instance
ThPAG	Thüringer Polizeiaufgabengesetz

ThürUVollzG	Thüringer Untersuchungshaftvollzugsgesetz
TI	Tribunal d'instance
TPG	Transplantationsgesetz
u.	und
u.a.	unter anderem
UA	Unterabsatz
ÜVerfBesG	Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren
U-Haft	Untersuchungshaft
U-HaftRÄndG	Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts
U-Häftling	Untersuchungshäftling
UK	United Kingdom
UMP	Union pour un mouvement populaire
UNODC	United Nations Office on Drugs and Crime
Urt.	Urteil
u.U.	unter Umständen
UVollzG	Untersuchungshaftvollzugsgesetz
UVollzG Bln	Berliner Untersuchungshaftvollzugsgesetz
UVollzG SH	Untersuchungshaftvollzugsgesetz Schleswig-Holstein
UVollzO	Untersuchungshaftvollzugsordnung
UZwG	Gesetz über den unmittelbaren Zwang bei Ausübung öffentlicher Gewalt durch Vollzugsbeamte des Bundes
v.	von
v.a.	vor allem
Var.	Variante
VerbrBekG	Verbrechensbekämpfungsgesetz
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VollzBek	Vollzugsbekanntmachung
Vor	Vorbemerkung
VR	Verwaltungsrundschau
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung

XLVIII

Abkürzungsverzeichnis

VStGB

Völkerstrafgesetzbuch

VwGO

Verwaltungsgerichtsordnung

VwVfG

Verwaltungsverfahrensgesetz

wistra

Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

WRV

Weimarer Reichsverfassung

WÜK

Wiener Übereinkommen über konsularische Beziehungen

z.B.

zum Beispiel

ZEuS

Zeitschrift für Europarechtliche Studien

Ziff.

Ziffer

ZIS

Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik

ZPO

Zivilprozessordnung

ZRP

Zeitschrift für Rechtspolitik

ZStW

Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft

z.T.

zum Teil

zust.

zustimmend

zutr.

zutreffend

Einleitung

Gegenstand und Konzeption der Untersuchung

I. Europäisiertes Haftrecht im deutsch-französischen Vergleich

A. Bedeutung und Aktualität der Materie

Freiheitsentziehungen gegenüber Personen, die lediglich im Verdacht stehen, eine Straftat begangen zu haben, die also in Ermangelung einer rechtskräftigen Verurteilung von Rechts wegen als unschuldig gelten, werden bis heute als der schwerste – spürbare – strafprozessuale Grundrechtseingriff wahrgenommen. Im Gegensatz zu sonstigen strafverfahrensrechtlichen Maßnahmen hat die Verhaftung nicht nur die vollständige Beseitigung der für die Ausübung aller anderen Grund- und Menschenrechte elementaren Bewegungsfreiheit zur Folge. Sie kann vielmehr – selbst im Fall einer lediglich kurzfristigen Freiheitsentziehung – auch die Beziehungen zum persönlichen und sozialen Umfeld des Betroffenen, allen voran Familie und Arbeitgeber, dauerhaft in Mitleidenschaft ziehen, ja: zerstören. Die besondere rechtsstaatliche Brisanz dieses Eingriffs beruht nicht zuletzt darauf, dass er sich in Erscheinungsbild, Wirkung und Eingriffsintensität kaum von der Freiheitsstrafe – die einen rechtskräftigen Schuldspruch voraussetzt – unterscheidet.

Wegen der Unschuldsvermutung und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes herrscht heute in den meisten Ländern Europas im Ausgangspunkt Einigkeit, dass dergestalt „vorläufige Freiheitsentziehungen“, die nicht auf einem rechtskräftigen Schuldspruch basieren, Ausnahmecharakter haben sollten.¹ Die Tatsache, dass sich die entsprechenden, selbst rechtsvergleichend interessierten Diskussionen in Deutschland zuvörderst auf die Gefängnishaft kraft richterlichen Haftbefehls („Untersuchungshaft“),² im englischsprachigen Raum auf die(se) Haft im Vorfeld des eigentlichen Prozessbeginns (*pre-trial detention*)³ und in Frankreich auf alle Arten

¹ Pradel, Droit pénal comparé, Rn. 338; Europäische Kommission, Grünbuch Freiheitsentzug, Ziff. 4 (S. 9).

² Vgl. nur Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, insb. Schmidt, a.a.O., S. 46 ff. und Sessar, a.a.O., S. 185 ff.; Jescheck, ZStW 86 (1974), 773; siehe auch Dünkel/Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, namentlich Dünkel, a.a.O., S. 67 ff.

³ Siehe die engl. Ko-Betitelung von Dünkel/Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft („Pre-Trial Detention“) und van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention; van Kalmthout u.a. (Hrsg.), Pre-trial detention, insb. von Knäpen/van der Linden, a.a.O., S. 357 ff., 370; Ruggeri (Hrsg.), Liberty and security („pre-trial precautionary measures“), insb. Sinn, a.a.O., S. 105 ff.

von Freiheitsentziehungen vor dem erstinstanzlichen Urteil (*détention/privation de liberté avant jugement*) beziehen,⁴ tut dieser Grundübereinstimmung⁵ zwar keinen Abbruch; sie macht jedoch deutlich, dass von Land zu Land mitunter recht unterschiedliche Akzente gesetzt werden.

Auf den rechtsordnungsübergreifenden (Minimal-)Konsens über das Postulat eines Ausnahmecharakters der Inhaftierung Tatverdächtiger wirken gegenwärtig zwei in entgegengesetzte Richtungen strebende Kräfte ein: Auf der einen Seite sind vielerorts Rufe nach einer Anpassung des Haftrechts an die Bedürfnisse der Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität zu vernehmen (Sicherheitsdiskurse);⁶ auf der anderen Seite werden auf internationaler Ebene zunehmend präzisere Vorgaben zum Schutz des Freiheitsrechts formuliert und von entsprechend liberalen Forderungen begleitet (Freiheitsdiskurse).⁷ Was auf das Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit im Allgemeinen zutrifft, kennzeichnet die physische Freiheit als ihre ursprünglichste und sprichwörtlich greifbarste Ausprägung in besonderem Maße: Etwaige Verschiebungen in diesem Kräfteverhältnis sind sorgfältig zu beobachten, da darauf zu achten ist, dass das prekäre Gleichgewicht beider Belange keinen Schaden nimmt. Dies gilt umso mehr, als das Haftrecht, in dem die gegenläufigen Interessen von Individuum und Gesellschaft besonders stark aufeinanderprallen, seit jeher als Gradmesser für die Rechtsstaatlichkeit bzw. das rechtspolitische Klima in einem Strafverfahren angesehen wird, welches seinerseits oft als „Seismograph“ der Staatsverfassung bezeichnet wird.⁸

Während sich die wachsenden europarechtlichen Impulse zur Anpassung und Harmonisierung des Haftrechts in Deutschland bislang nur vereinzelt bemerkbar machen und dabei noch vergleichsweise wenig Aufmerksamkeit im Schrifttum erfahren, haben sie in vielen ausländischen Rechtsordnungen, darunter Frankreich, bereits grundlegende Gesetzesänderungen veranlasst und sind dort aus den haftrechtlichen Diskussionen nicht mehr wegzudenken. Angesichts der allmählichen Herausbildung eines „europäischen Haftrechts“ setzt das Verständnis der einzelstaatlichen Haftregelungen in zunehmendem Maß ein Bewusstsein für diese europäischen Zusammenhänge voraus.

⁴ Siehe insb. die frz. Ko-Betitelung des Werks von *van Kempen* (Hrsg.), *Pre-trial detention („Détention avant jugement“)*; *Pradel* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté; ders., Droit pénal comparé*, Rn. 338; *Aubert*, RSC 2012, 454.

⁵ Ihren kleinsten gemeinsamen Nenner bildet die gerichtliche Inhaftierung in der Haftanstalt vor Beginn der Hauptverhandlung, vgl. die Begriffsdefinition in UNODC, *Détention avant jugement*, S. 2, 3.

⁶ Siehe dazu *Müller*, *Präventive Freiheitsentziehungen*, S. 6 ff.; *Forster*, *Freiheitsbeschränkungen*, S. 12 ff.; *Pfützner*, *Organisierte Kriminalität*, S. 32 ff.; *Walther*, ZIS 2007, 464 ff.

⁷ Vgl. etwa HRW, *Preempting Justice*, S. 78 ff.

⁸ *Busse*, *Strafverteidigung*, S. 6; *Seebode*, *Untersuchungshaft*, S. 2 ff.; *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, § 2 Rn. 1 ff.; vgl. auch *Masing*, JZ 2011, 753 ff.

B. Wandel des Haftrechts im europäischen Kontext

Die immer wichtiger werdenden europarechtlichen Einflüsse,⁹ denen die Materie seit einiger Zeit unterliegt, manifestieren sich nicht nur auf der zwischenstaatlichen Ebene der EMRK, sondern treten inzwischen verstärkt auch im supranationalen EU-Recht zutage.

1. Menschenrechtlicher Freiheitsschutz auf der Ebene der EMRK

Die wichtigsten internationalen Impulse für eine Haftrechtsangleichung gehen auf europäischer Ebene traditionell von den Aktivitäten des Europarats aus.¹⁰ Übertragende Bedeutung hat die am 4.11.1950 von dessen Mitgliedern unterzeichnete EMRK und die auf ihrer Grundlage ergangene Straßburger Rechtsprechung zu dem Freiheitsrecht aus Art. 5 erlangt.¹¹ Dessen deutsche Übersetzung lautet wie folgt:

(1) Jede Person hat das Recht auf Freiheit und Sicherheit.¹² Die Freiheit darf nur in den folgenden Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden:

- a) rechtmäßige Freiheitsentziehung nach Verurteilung¹³ durch ein zuständiges Gericht;
- b) rechtmäßige Festnahme¹⁴ oder Freiheitsentziehung¹⁵ wegen Nichtbefolgung einer rechtmäßigen gerichtlichen Anordnung oder zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung;

⁹ Zu der hier ausgeblendeten UN-Ebene *Triffierer*, in: *Jescheck/Krümpelmann* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 885 ff.; *van Kempen*, in: ders. (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 53 ff.

¹⁰ Zu den Besuchs- und Berichtstätigkeiten des CPT, das zur Umsetzung von Art. 3 EMRK durch die Anti-Folter-Konvention (Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe vom 26.11.1987; in Deutschland m.W.z. 1.6.1990 umgesetzt) eingerichtet wurde, siehe *van Kalmthout/Knapen*, in: *van Kempen* (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 121 ff.; *Tsambikakis*, ZIS 2009, 506 ff.; *Morgenstern*, NK 2009, 138 f. Zu den einschlägigen Empfehlungen des Europarats, insb. der Empfehlung des Ministerrats über den Gebrauch der Untersuchungshaft (Recommendation Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards and abuse) und den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen (*European Prison Rules*) vom 11.1.2006 siehe *Morgenstern*, StV 2013, 531 f. und *dies.*, NK 2009, 139 ff. Obgleich den zuletzt genannten *soft law*-Instrumenten in der Praxis erhebliche Bedeutung zuwächst, handelt es sich wegen des bloßen Empfehlungscharakters – anders als bei der EMRK – nicht um bindendes Völkerrecht.

¹¹ Zur Rspr. zu Art. 5 EMRK siehe z.B. *Vogler*, in: *Jescheck/Krümpelmann* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 873 ff.; *Trechsel*, EuGRZ 1980, 514 ff.; *Tsambikakis*, ZIS 2009, 504 ff.; *Unfried*, Art. 5 EMRK, passim; *Morgenstern*, NK 2009, 137 f.; *dies.*, ZIS 2011, 241 ff.

¹² In der amtlichen frz. bzw. engl. Fassung heißt es „sûreté“ bzw. „security“. Der Begriff „Sicherheit“ ist der frz. Verfassungstradition entlehnt und im Wesentlichen gleichbedeutend mit dem der Freiheit (vor willkürlicher Haft), vgl. *Bernsdorff*, in: *Meyer* (Hrsg.), EU-Charta, Art. 6 Rn. 12; zum Konzept der *sûreté* siehe unten Teil 1, I.A.2.

¹³ Frz. Fassung: „après condamnation“; engl. Fassung: „after conviction“.

¹⁴ Frz. „arrestation“; engl. „arrest“.

¹⁵ Frz. „détention“; engl. „detention“.

c) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde,¹⁶ wenn hinreichender Verdacht¹⁷ besteht, dass die betreffende Person eine Straftat begangen hat, oder wenn begründeter Anlass zu der Annahme besteht, dass es notwendig ist, sie an der Begehung einer Straftat oder an der Flucht nach Begehung einer solchen zu hindern;

d) rechtmäßige Freiheitsentziehung bei Minderjährigen zum Zweck überwachter Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde;

e) rechtmäßige Freiheitsentziehung mit dem Ziel, eine Verbreitung ansteckender Krankheiten zu verhindern, sowie bei psychisch Kranken, Alkohol- oder Rauschgiftsüchtigen und Landstreichern;

f) rechtmäßige Festnahme oder Freiheitsentziehung zur Verhinderung der unerlaubten Einreise sowie bei Personen, gegen die ein Ausweisungs- oder Auslieferungsverfahren im Gange ist.

(2) Jeder festgenommenen Person muss unverzüglich¹⁸ in einer ihr verständlichen Sprache mitgeteilt werden, welches die Gründe für ihre Festnahme sind und welche Beschuldigungen gegen sie erhoben werden.

(3) Jede Person, die nach Absatz 1 Buchstabe c von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, muss unverzüglich¹⁹ einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person²⁰ vorgeführt werden; sie hat Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist²¹ oder auf Entlassung während des Verfahrens. Die Entlassung kann von der Leistung einer Sicherheit für das Erscheinen vor Gericht abhängig gemacht werden.

(4) Jede Person, die festgenommen oder der die Freiheit entzogen ist, hat das Recht zu beantragen, dass ein Gericht innerhalb kurzer Frist über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung entscheidet und ihre Entlassung anordnet, wenn die Freiheitsentziehung nicht rechtmäßig ist.

(5) Jede Person, die unter Verletzung dieses Artikels von Festnahme oder Freiheitsentziehung betroffen ist, hat Anspruch auf Schadensersatz.

Die sachliche Reichweite der nachfolgenden Untersuchung deckt sich weitgehend mit den in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK umschriebenen Fällen der „Strafverfolgungshaft“. Die Vorschrift erfasst nicht nur die Gefängnishaft auf gerichtliche Anordnung (z.B. die deutsche Untersuchungshaft), sondern auch – selbst kurzfristige²² – polizeiliche Freiheitsentziehungen. Im Übrigen bezieht sie sich wegen ihres untrennbaren Zusammenhangs mit Abs. 3 ausschließlich auf Maßnahmen im Rahmen des Strafverfahrens, also nicht etwa auf einen polizei- bzw. verwaltungsrecht-

¹⁶ Frz. „autorité judiciaire“; engl. „legal authority“.

¹⁷ Frz. „des raisons plausibles de soupçonner“; engl. „reasonable suspicion“.

¹⁸ Frz. „dans le plus court délai“; engl. „promptly“.

¹⁹ Frz. „aussitôt“; engl. „promptly“.

²⁰ Frz. „un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires“; engl. „a judge or other officer authorised by law to exercise judicial power“.

²¹ Frz. „délai raisonnable“; engl. „reasonable time“.

²² EGMR, *K.F. / Deutschland*, NJW 1999, 775: 12-stündige Identitätsfeststellungshaft (§§ 163b, c StPO).

lichen Sicherheitsgewahrsam.²³ Enger als der vorliegende Untersuchungsradius ist der Schutzbereich der Bestimmung nur insoweit, als bereits die erstinstanzliche Verurteilung – und nicht erst deren Rechtskraft – dazu führt, dass sich die Beurteilung der Rechtfertigung der Haft nicht mehr nach lit. c, sondern nach lit. a richtet.²⁴

Im Zusammenspiel mit anderen, im weiteren Sinne haftrelevanten Konventionsgarantien, welche das Freiheitsrecht aus Art. 5 EMRK komplettieren, trifft die EMRK umfangreiche Schutzvorkehrungen zugunsten des (potenziell) von einer Strafverfolgungshaft Betroffenen, indem sie bindende Maßgaben für die Anordnung, die zulässige Dauer, die zu eröffnenden Garantien sowie die Rechtsschutzmöglichkeiten formuliert.²⁵ Auf diese Weise unterstreicht sie den aus Unschuldsvermutung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitenden Ausnahmecharakter hinsichtlich „Ob“ (1. Stufe), „Wie lange“/„Ob noch“ (2. Stufe) und „Wie“ der Haftanordnung bzw. -durchführung (3. Stufe) und unterstellt ihn einer gerichtlichen Kontrolle (4. Stufe). Abweichungen sind nur zulässig, wenn das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht wird (Art. 15 EMRK).

Erstens: Die Anordnung (d.h. das „Ob“) einer Strafverfolgungshaft i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK ist nur mit den konventionsrechtlichen Mindeststandards vereinbar, wenn ihr eine innerstaatliche Ermächtigung zugrunde liegt und deren Voraussetzungen erfüllt sind (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EMRK: Willkürverbot).²⁶ Die Zuständigkeit zur Haftanordnung braucht nicht dem Richter vorbehalten zu sein. Die Rechtfertigung der Haft nach lit. c setzt wegen des erforderlichen strafprozessualen Kontextes *stets* – also trotz der insoweit missglückten Formulierung („oder“) auch in Alt. 2 (Verhinderung von Tatbegehung oder Flucht) – voraus, dass ihr ein Tatverdacht zugrunde liegt, der sich gegen den Adressaten der Maßnahme richtet,²⁷ aus dem in Art. 7 EMRK verankerten Gesetzlichkeitsprinzip folgt außerdem, dass die Strafbarkeit bereits zur Tatzeit rechtlich bestimmt gewesen sein muss. Abgesehen davon, dass die Freiheitsentziehung „zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde“ und damit im Rahmen eines Strafverfahrens zu erfolgen hat, formuliert die EMRK keine weiteren positiven Vorgaben für die zulässigen Ziele der Haftanordnung; den in Alt. 2 normierten Zwecken kommt keine eigenständige,

²³ St. Rspr., EGMR, *Ostendorf ./ Deutschland*, NVwZ 2014, 43, §§ 68, 82 ff.; *Schwabe u. M.G. ./ Deutschland*, NVwZ 2012, 1089, 1091, § 72; *Epple ./ Deutschland*, NVwZ 2006, 797, 798; *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 114 f.; *Marguénaud*, RSC 2013, 653; a.A. *Schädler*, in: KK-StPO, Art. 5 EMRK Rn. 11.

²⁴ St. Rspr., siehe z.B. EGMR (GrK), *Kudla ./ Polen*, NJW 2001, 2694, 2696, § 104.

²⁵ Siehe z.B. *Kreicker*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, § 51 Rn. 42 ff.

²⁶ EGMR, *K.F. ./ Deutschland*, NJW 1999, 775, 777, § 63; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 13 ff.

²⁷ EGMR, *Ostendorf ./ Deutschland*, NVwZ 2014, 43, § 82; EGMR (GrK), *A. u.a. ./ Vereinigtes Königreich*, NJOZ 2010, 1903; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 31. Zu den Konsequenzen für den polizeirechtlichen Präventivgewahrsam im deutschen Recht siehe unten Teil 2, I.B.1.a.bb.

haftbegrenzende Bedeutung zu, nachdem wie gesehen auch hier das (insoweit ungeschriebene) Erfordernis eines Tatverdachts gilt, der gemäß Alt. 1 bereits als solcher für die Haftanordnung ausreicht.²⁸ Aus der in Art. 6 Abs. 2 EMRK normierten Unschuldsvormutung dürfte immerhin in negativer Hinsicht folgen, dass die Maßnahme nicht der vorweggenommenen Bestrafung dienen darf. Für Form und Verfahren der Haftanordnung enthält die EMRK zwar keine eigenen Voraussetzungen; es besteht jedoch eine Konventionspflicht zur Einhaltung der nationalen Vorgaben (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EMRK).²⁹ Liegt der Freiheitsentziehung allerdings eine gerichtliche Entscheidung zugrunde, so führen nur „grobe und offensichtliche“ Verstöße zu einem im nationalen Rechtsmittelverfahren nicht mehr heilungsfähigen EMRK-Verstoß.³⁰ Obwohl ein expliziter Hinweis auf die „Notwendigkeit“ nur in lit. c Alt. 2 vorgesehen ist, muss jede Freiheitsentziehung wegen des Willkürverbots auch daraufhin geprüft werden, ob sie notwendig und verhältnismäßig ist.³¹

Zweitens: Im Hinblick auf Ablauf und Dauer (d.h. das „Wie lange“/„Ob noch“) der Maßnahme formuliert Art. 5 Abs. 3 EMRK speziell für die Strafverfolgungshaft nach Abs. 1 lit. c zwei spezifische Anforderungen, die den allgemeinen Grundsatz, wonach umgehend nach Fortfall einer Haftvoraussetzung die Freilassung zu erfolgen hat, komplettieren.³² Zum einen ist jede, insbesondere die polizeilich festgenommene bzw. festgehaltene Person unverzüglich nach Beginn der Freiheitsentziehung einem Richter vorzuführen (Satz 1 Hs. 1). Obschon die Verbringung vor den Staatsanwalt nicht genügt,³³ ist es für die Wahrung des Unverzüglichkeitskriteriums im Regelfall ausreichend, wenn die Person irgendwann binnen vier Tagen persönlich vor einem Richter erscheint;³⁴ aus den Umständen des Einzelfalls kann sich jedoch auch eine deutlich kürzere Höchstfrist ergeben.³⁵ Zum anderen hat jede, insbesondere die kraft richterlichen Haftbefehls im Gefängnis festgehaltene Person Anspruch auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist oder Freilassung (Hs. 2). Hierbei handelt es sich um die in der Praxis bedeutsamste konventionsrechtliche Gewährleistung.³⁶ Anders als die Anordnung der Haft, für die bereits ein Tatver-

²⁸ Vgl. EGMR, *Ostendorf ./ Deutschland*, NVwZ 2014, 43, § 86, der sich dennoch – mit fragwürdiger Begründung – gegen die Überflüssigkeit von Alt. 2 ausspricht.

²⁹ *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 12 m.w.N.

³⁰ EGMR, Ur. vom 9.7.2009, *Mooren ./ Deutschland*, Az.: 11364/03, §§ 74 f., 84 ff.

³¹ EGMR, *Enhorn ./ Schweden*, NJW 2006, 2313, 2314, § 36.

³² EGMR, Ur. vom 30.10.2003, *Goral ./ Polen*, Az.: 38654/97, §§ 57 f.

³³ EGMR, Ur. vom 10.7.2008, *Medvedyev u.a. ./ Frankreich*, Az.: 3394/03, § 61; Ur. vom 23.11.2010, *Moulin ./ Frankreich*, Az.: 37104/06, §§ 55 ff.

³⁴ EGMR, Ur. vom 3.2.2009, *Ipek u.a. ./ Türkei*, Az.: 17019/02, 30070/02, § 36; Ur. vom 23.6.2009, *Oral u. Atabay ./ Türkei*, Az.: 39686/02, § 43.

³⁵ EGMR, Ur. vom 15.10.2013, *Gutsanovi ./ Bulgarien*, Az.: 34529/10: Verstoß gegen Art. 5 Abs. 3 EMRK, obwohl Vorführung vor den Richter „bereits“ nach drei Tagen und fünfeinhalb Stunden erfolgte. Krit. zum Fehlen einer klaren Fristenregelung und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit *Roets*, RSC 2014, 169.

³⁶ *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 70.

dacht ausreicht, setzt die Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit ihrer Aufrechterhaltung über eine bestimmte Zeitspanne hinaus das zusätzliche Vorliegen eines Haftgrundes voraus. Der EGMR erkennt insoweit vier Gefahrenlagen an, die im Einzelfall substantiiert darzulegen und mit dem Freiheitsrecht abzuwägen sind: das Risiko, dass der Beschuldigte im Fall einer Freilassung im weiteren Verfahren nicht erscheint, dass er Handlungen vornimmt, die geeignet sind, den geordneten Ablauf der Ermittlungen zu erschweren, dass er später weitere Schädigungen herbeiführt oder dass er Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung verursacht.³⁷ Die haftrechtliche Beschleunigungsmaxime, die im Angemessenheitsgrundsatz mitenthalten ist, verschärft schließlich mit ihrem Verbot einer überlangen Haftdauer und der Verpflichtung, Haftsaachen besonders zügig und sorgfältig zu betreiben, den allgemeinen, in Art. 6 Abs. 1 EMRK verbürgten Anspruch auf eine angemessene Verfahrensdauer.³⁸

Drittens: Die verfahrensrechtlichen Absicherungen, die dem Betroffenen im Zusammenhang mit der Freiheitsentziehung zustehen (d.h. das „Wie“ von Haftanordnung und Haftablauf), werden zwar in Art. 5 EMRK selbst nur relativ rudimentär umschrieben, da Abs. 2 lediglich die unverzügliche Unterrichtung der festgenommenen Person über die Gründe der Festnahme und die gegen sie erhobenen Beschuldigungen verlangt (vgl. auch Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK). Das Freiheitsrecht wird jedoch durch eine Reihe geschriebener und ungeschriebener Komplementärgarantien vervollständigt, denen im Bereich der strafprozessualen Freiheitsentziehungen besonderes Gewicht zukommt. An erster Stelle stehen dabei die haftspezifischen Konkretisierungen des Rechts auf ein faires Verfahren, die teilweise in Art. 5 EMRK selbst, teilweise in Art. 6 EMRK verankert sind.³⁹ Aus Art. 6 Abs. 1, 3 lit. c EMRK folgt, dass der Beschuldigte nicht nur ab der ersten (i.d.R. polizeilichen) Vernehmung, sondern auch unabhängig davon ab Beginn einer polizeilichen oder richterlichen Freiheitsentziehung die Möglichkeit haben muss, sich des Beistands eines Verteidigers zu bedienen. Einschränkungen kommen nur im Einzelfall aufgrund zwingender Gründe (*raisons impérieuses*) in Betracht. Mithin scheidet ein pauschaler, an die Tatschwere anknüpfender Ausschluss aus.⁴⁰ Dieses die Selbstbelastungsfreiheit absichernde Recht besteht erst recht, wenn über das Schweigerecht nicht belehrt wurde.⁴¹ Da das Verfahren bei dem in Art. 5 Abs. 4 EMRK vorgesehenen Rechtsbehelf gem. Art. 6 EMRK kontradiktorisch und im Einklang mit dem Grundsatz der Waffengleichheit ausgestaltet sein muss, ist dem

³⁷ EGMR, Urt. vom 3.5.2007, *Kapar ./. Türkei*, Az.: 7328/03, § 29 m.w.N.

³⁸ Zur umfangreichen Kasuistik siehe *Esser*, Europäisches Strafverfahrensrecht, S. 281 ff.; *Schädler*, in: KK-StPO, Art. 5 EMRK Rn. 22 f.; *Kazele*, Untersuchungshaft, S. 29 ff.

³⁹ *Lebreton*, Libertés, S. 380 f.; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 20; EGMR, Urt. vom 5.10.2004, *H.L. ./. Vereinigtes Königreich*, Az.: 45508/99, §§ 115, 124.

⁴⁰ EGMR, Urt. vom 27.11.2008, *Salduz ./. Türkei*, Az.: 36391/02, §§ 50–55; Urt. vom 13.10.2009, *Dayanan ./. Türkei*, Az.: 7377/03, §§ 30–34.

⁴¹ EGMR, Urt. vom 14.10.2011, *Brusco ./. Frankreich*, Az.: 1466/07, §§ 45, 54.

Anwalt Einsicht in die für eine wirksame Haftanfechtung wesentlichen Akten zu gewähren.⁴² Das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) eröffnet dem Gefangenen nicht nur ein Benachrichtigungsrecht bei Haftantritt, sondern es gebietet darüber hinaus eine ermessensfehlerfreie Interessenabwägung bei der Prüfung der Erteilung von Besuchererlaubnissen und schützt gegen unverhältnismäßige Beschränkungen oder Kontrollen des Telefon- und Schriftverkehrs.⁴³ Aus dem Verbot der Folter und der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung (Art. 3 EMRK) folgt die Pflicht, menschenwürdekonforme Haftbedingungen sicherzustellen.⁴⁴ Wegen der besonderen Verwundbarkeit von Häftlingen besteht eine positive Schutzpflicht bezüglich ihrer Gesundheit, die insbesondere einen Anspruch auf angemessene ärztliche Behandlung verleiht.⁴⁵ Da Art. 5 EMRK den Staat verpflichtet, wirksame Maßnahmen zu treffen, um das spurlose Verschwinden einer Person zu verhindern, treffen ihn Aufzeichnungs- und Dokumentationspflichten, die insbesondere Angaben über den Namen des Festgenommenen, Datum und Uhrzeit der Festnahme sowie den Ort der Haft erfordern.⁴⁶

Viertens: Die Sicherstellung der Einhaltung dieser drei Garantieebenen setzt eine effektive gerichtliche Kontrolle und die Möglichkeit der Sanktionierung von Verstößen voraus. Zwar verzichtet Art. 5 EMRK auf die Normierung eines strikten Richtervorbehalts im Sinne eines Grundsatzes der *vorgängigen* richterlichen Entscheidung bzw. eines Vorrangs der richterlichen Haftanordnung. Da festgenommene Personen jedoch gem. Abs. 3 von Amts wegen unverzüglich, d.h. binnen maximal vier Tagen, einem Richter zur persönlichen Anhörung und Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Haft vorzuführen sind, ist für alle Freiheitsentziehungen, die diese Dauer erreichen, eine entsprechende automatische Kontrolle zu Beginn der Maßnahme zu gewährleisten.⁴⁷ Darüber hinaus müssen Personen, denen die Freiheit entzogen ist, die Möglichkeit haben, innerhalb kurzer Frist ein Gericht anzurufen, damit dieses über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme entscheidet und im Fall ihrer Verneinung die Entlassung anordnet (Abs. 4). Der Anspruch beinhaltet das Recht, eine entsprechende Kontrolle in periodischen Abständen zu veranlassen, er entfällt jedoch mit der unbedingten Freilassung und wird daher bei sehr kurzfristigen Freiheitsentziehungen häufig nicht zum Zuge kommen; nach Beendigung der

⁴² EGMR, *Lietzow ./. Deutschland*, NJW 2002, 2013, §§ 44 ff.

⁴³ *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 8 Rn. 82 f., 92 ff.; EGMR, Urt. vom 4.4.2006, *Sari u. Colak ./. Türkei*, Az.: 42596/98, 42603/98 (Benachrichtigungsrecht); Urt. vom 11.10.2005, *Baginski ./. Polen*, Az.: 37444/97, §§ 89 ff. (Besuchsrecht); 4.7.2000, *Niedbala ./. Polen*, Az.: 27915/95, §§ 78 ff. (Briefverkehr: Unzulässigkeit automatischer Zensur).

⁴⁴ *Schädler*, KK-StPO, Art. 3 EMRK Rn. 9; speziell zur Untersuchungshaft EGMR, *Kudla ./. Polen*, NJW 2001, 2694, 2695, §§ 92 ff.

⁴⁵ EGMR, *Pretty ./. Vereinigtes Königreich*, NJW 2002, 2851, 2852, § 51; ausf. zu allen haftspezifischen Anwendungsfeldern *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 3 Rn. 11, 26–56.

⁴⁶ EGMR, Urt. vom 31.5.2005, *Akdeniz ./. Türkei*, Az.: 25165/94, § 129; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 20, 57 m.w.N.

⁴⁷ EGMR (GrK), *Aquilina ./. Malta*, NJW 2001, 51, § 47.

Haft lebt jedoch das – im Verhältnis zu Art. 5 Abs. 4 EMRK subsidiäre – Recht auf eine wirksame Beschwerde aus Art. 13 EMRK mit seinen weniger strengen Anforderungen wieder auf.⁴⁸ Schließlich sieht Art. 5 Abs. 5 EMRK vor, dass die von einer gegen Art. 5 EMRK verstoßenden Freiheitsentziehung betroffene Person einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadensersatz hat.

2. Haftrechtsvereinheitlichung auf EU-Ebene

Auf EU-Ebene spielte das Haftrecht – ähnlich wie das Strafrecht im Allgemeinen – über einen langen Zeitraum, der von der Gründung der EGKS (1952) bis zu den Vertragsreformen in den 1990er Jahren reicht, keine Rolle. Hintergrund ist, dass die Vorgängerorganisationen der EU als schlichte Wirtschaftsgemeinschaften und nicht, wie der Europarat, zum Schutz der Menschenrechte und zur Förderung demokratischer und rechtsstaatlicher Grundsätze konzipiert worden waren.⁴⁹ Inzwischen gehen jedoch auch von der EU-Ebene bedeutsame europarechtliche Initiativen zu punktuellen Angleichungen des Haftrechts aus. Dabei sind zwei unterschiedliche Tendenzen zu beobachten: Einerseits bestehen Bestrebungen, die Effektivität der grenzüberschreitenden Strafverfolgung zu verbessern (nachfolgend a.). Andererseits treten zunehmend liberale Harmonisierungsinitiativen zutage (b.).

a) Im Anschluss an die Maastrichter Reformen (1992/1993) hatte zunächst noch der Ausbau der Kooperation und Koordination der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit im Vordergrund gestanden. Aufbauend auf den Vertragsänderungen von Amsterdam (1997/1999), die der EU das Ziel zugewiesen haben, den Bürgern in einem „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ein hohes Maß an Sicherheit zu bieten (Art. 29 EUV a.F.), wurden dann allerdings in der ersten Dekade des neuen Jahrtausends vielfältige Rahmenbeschlüsse auf strafrechtlichem Gebiet auf den Weg gebracht.

Anhand dieser richtlinienähnlichen, aber intergouvernementalen Instrumente erfolgte einerseits eine Angleichung zahlreicher Kriminalitätsbereiche des materiellen Strafrechts. Diese kann sich mit ihren Mindesthöchststraferefordernissen indirekt auch auf den Anwendungsbereich des nationalen Haftrechts auswirken.⁵⁰

Andererseits wurde der ursprünglich für den Binnenmarkt entwickelte Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung („Herkunftslandprinzip“) auf einzelne Bereiche des Straf- und Strafverfahrensrechts erstreckt, um die grenzüberschreitende Einhaltung und Durchsetzbarkeit justizieller Entscheidungen unionsweit sicherzustellen –

⁴⁸ Meyer-Ladewig, EMRK, Art. 5 Rn. 84, 85 ff., 99 m.w.N.

⁴⁹ Sieber, in: ders. u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, Einführung Rn. 139 ff., 143.

⁵⁰ Allg. zur (materiellen) Strafrechtsangleichung Zeder, EuR 2012, 35 f.; Hecker, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 10, passim; zur Regelungstechnik der Mindesthöchststrafen siehe Killmann, a.a.O., § 11 Rn. 29; zur Bedeutung von Mindesthöchststrafen im frz. Haftrecht siehe unten Teil 1, II.C.3.a. sowie III.B.2.a.dd. und C.3.

und zwar unabhängig davon, ob diese auch im Vollstreckungsstaat hätten erlassen werden können. Dies bedeutete den Abschied von dem das herkömmliche Rechtshilferecht prägenden Grundsatz der beiderseitigen Strafbarkeit.⁵¹

Wegen ihres haftrechtlichen Zusammenhangs verdienen insoweit vor allem zwei Rechtsakte Beachtung: Zum einen der Rahmenbeschluss 2002/584/JI vom 13.6.2002 über den Europäischen Haftbefehl, mit dem die Festnahme und Übergabe einer in einem anderen Mitgliedstaat gesuchten Person zur Strafverfolgung (oder -vollstreckung) gegenüber dem traditionellen Auslieferungsverfahren beschleunigt und vereinfacht wird;⁵² zum anderen der Rahmenbeschluss 2009/829/JI vom 23.10.2009 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Entscheidungen über Überwachungsmaßnahmen als Alternative zur Untersuchungshaft, mit dem zum Schutz der Allgemeinheit sichergestellt werden soll, dass eine Person, gegen die im Anordnungsstaat ein Strafverfahren anhängig ist, von den Behörden des Vollstreckungsstaates, in dem sie ansässig ist, auf Grundlage der im Anordnungsstaat ergangenen Haftersatzmaßnahme bis zur Gerichtsverhandlung überwacht werden kann.⁵³ Obschon der letztgenannte Rahmenbeschluss zweitrangig auch dazu dienen soll, die Anordnung von Haftsurrogaten zur Vermeidung von Freiheitsentziehungen zu fördern⁵⁴ und obwohl der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung als solcher kriminalpolitisch eigentlich neutral ist,⁵⁵ lag den vorgenannten Instrumenten und Initiativen doch in erster Linie gerade keine freiheitsschützende bzw. haftbegrenzende Zielrichtung zugrunde, sondern im Gegenteil das

⁵¹ Siehe Nr. 33 der Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates vom 15./16.10.1999 in Tampere; weiterführend *Vogel*, in: GHN, Art. 82 AEUV Rn. 17 ff.; *Wasmeier*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 32 Rn. 25 ff.

⁵² ABl. L 190 vom 18.7.2002, S. 1; ausf. dazu von *Heintschel-Heinegg*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 37. In Deutschland wurde dieser Rahmenbeschluss umgesetzt durch Gesetz vom 20.7.2006 (BGBl. I S. 1721), nachdem der erste Umsetzungsanlauf mit dem Gesetz vom 21.7.2004 (BGBl. I S. 1748) für verfassungswidrig befunden worden war, BVerfG NJW 2005, 2289. In Frankreich erfolgte die Umsetzung durch Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004, wobei es hierfür einer vorherigen Änderung von Art. 88-2 C durch verfassungsänderndes Gesetz n° 2003-267 vom 25.3.2003 bedurfte hatte.

⁵³ ABl. L 294/20 vom 11.11.2009, S. 20; siehe dazu *Esser*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 53 Rn. 83 ff. Obwohl der Rahmenbeschluss bis zum 1.12.2012 umzusetzen war, ist eine Umsetzung bisher weder in Frankreich noch in Deutschland erfolgt, vgl. Bericht der Kommission vom 5.2.2014, KOM(2014) 57 endg. In Deutschland wurde vom BMJ am 12.11.2014 ein entsprechender Gesetzentwurf vorgelegt. Das in Frankreich im April 2014 von der Justizministerin vorgelegte *projet de loi portant adaptation de la procédure pénale au droit de l'Union européenne* wurde zwar am 5.11.2014 in der Assemblée nationale beschlossen, das Gesetzgebungsverfahren ist jedoch noch nicht abgeschlossen.

⁵⁴ Erwgg. 4 und Art. 2 Abs. 1 lit. b des RB; Europäische Kommission, Grünbuch Freiheitsentzug, Ziff. 3.4.

⁵⁵ Vgl. das Maßnahmenprogramm des Rates zur Umsetzung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen, ABl. C 12 vom 15.1.2001, S. 10 (Einleitung); *Vogel*, in: GHN, Art. 82 AEUV Rn. 24.

repressive Anliegen, die Effizienz der grenzüberschreitenden Strafverfolgung auszubauen.⁵⁶

b) Seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags am 1.12.2009⁵⁷ sind im Bereich des Haftrechts nun aber auch liberale Harmonisierungsbestrebungen auszumachen. Die nunmehr mit Rechtsverbindlichkeit und Vertragsrang ausgestattete EU-Charta (Art. 6 Abs. 1 EUV) gewährleistet in Art. 6 ein Recht auf Freiheit und Sicherheit. Dieses wiederholt allerdings lediglich den Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EMRK und stimmt wegen Art. 52 Abs. 3 Satz 1 EU-Charta auch im Übrigen in Inhalt und Reichweite mit der Konventionsbestimmung (Art. 5 Abs. 1–5 EMRK) überein.⁵⁸ Eine unionsgerichtliche Rechtsprechung, die der Vorschrift einen zusätzlichen, über die konventionsrechtlichen Mindeststandards hinausgehenden Bedeutungsgehalt geben könnte (vgl. Art. 52 Abs. 3 Satz 2 EU-Charta), ist nicht ersichtlich.⁵⁹ Die tragende Rolle, die den Konventionsgarantien auch auf Unionsebene – selbst unabhängig von der EU-Charta als sogenannte allgemeine Grundsätze (Art. 6 Abs. 3 EUV) – zukommt,⁶⁰ wird mit dem sich abzeichnenden Beitritt der EU zur EMRK (vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV) und der damit einhergehenden Unterwerfung der Unionsorgane unter die Jurisdiktion des EGMR weiter zunehmen.⁶¹ Mithin ist davon auszugehen, dass für den grund- bzw. menschenrechtlichen Schutz des Freiheitsrechts auf europäischer Ebene auch künftig – mehr denn je – die Gewährleistungen von Art. 5 EMRK in der Auslegung durch den EGMR maßgeblich sein werden.

Individualschützende haftrechtsvereinheitlichende Akzente werden auf der supranationalen Ebene der EU jedoch neuerdings durch eine richtlinienförmige Angleichung des nationalen Strafverfahrensrechts gesetzt. Da das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweilige Strafrechtspflege voraussetzt, enthält Art. 82 Abs. 2 lit. b AEUV nunmehr eine Ermächtigung für den Erlass von Richtlinien zur Festlegung von Mindestvorschriften über „die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren“. In dem am 30.11.2009 vom Rat beschlossenen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren,⁶² der vom Europäischen Rat am 10.12.2009 in das Stockholmer Programm (Ziff. 2.4) aufgenommen wur-

⁵⁶ Erwgg. 3 und Art. 2 Abs. 1 lit. a, c, Abs. 2 des RB; *Morgenstern*, NK 2009, 143 f.; *Polakiewicz*, ZEuS 2010, 2; zur diesbezüglichen Kritik an der gegenseitigen Anerkennung siehe etwa *Schünemann*, ZRP 2003, 187; *ders.*, ZRP 2003, 472; *Zeder*, EuR 2012, 38, 40.

⁵⁷ Siehe dazu etwa *Brodowski*, ZIS 2010, 376 ff.; *Beukelmann*, NJW 2010, 2081 ff.

⁵⁸ *Dörr*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 13 Rn. 9; *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), EU-Charta, Art. 6 Rn. 1, 13; weiterführend *Weiß*, EuZW 2013, 289, 291.

⁵⁹ *Dörr*, in: Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Kap. 13 Rn. 9.

⁶⁰ *Bernsdorff*, in: Meyer (Hrsg.), EU-Charta, Vor Titel II Rn. 6.

⁶¹ Vgl. *Schorkopf*, in: GHN, Art. 6 EUV Rn. 48 f., 59.

⁶² ABl. C 295 vom 4.12.2009, S. 1; siehe dazu *Jimeno-Bulnes*, eucrim 2009, 157 ff.

de,⁶³ wird die Kommission daher ersucht, schrittweise (*step-by-step approach*)⁶⁴ und nicht abschließend Maßnahmen zu ergreifen, die das Recht auf Übersetzungen und Dolmetschleistungen (Maßnahme A), das Recht auf Belehrung über die Rechte und Unterrichtung über die Beschuldigung (Maßnahme B), das Recht auf Rechtsbeistand und Prozesskostenhilfe (Maßnahme C), das Recht – hier speziell: des „Verdächtige[n] oder Beschuldigte[n], dem die Freiheit entzogen wurde“⁶⁵ – auf Kommunikation mit Angehörigen, Arbeitgebern und Konsularbehörden (Maßnahme D) und besondere Garantien für schutzbedürftige Verdächtige oder Beschuldigte (Maßnahme E) betreffen. Außerdem wird sie mit folgender „Kurzen Erläuterung“ zur Vorlage eines „Grünbuchs über die Untersuchungshaft“⁶⁶ (Maßnahme F) angeregt:

„Die Dauer der Untersuchungshaft⁶⁷ vor und während der Gerichtsverhandlung variiert erheblich zwischen den Mitgliedstaaten. Übermäßig lange Zeiten der Untersuchungshaft sind nachteilig für die betreffende Person, können die justizielle Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen und entsprechen nicht den Werten, für die die Europäische Union steht. Auf geeignete Maßnahmen in diesem Bereich sollte in einem Grünbuch eingegangen werden.“

Das von der Kommission am 14.6.2011 vorgelegte „Grünbuch zur Anwendung der EU-Strafrechtsvorschriften im Bereich des Freiheitsentzugs“⁶⁸ löst sich zwar im Titel und teils auch bei den begrifflichen Klärungen⁶⁹ von der im Fahrplan für diese Maßnahme F vorgesehenen Beschränkung auf die Institution der „Untersuchungshaft“, also die auf einem richterlichen Haftbefehl basierende Gefängnisshaft. Es behält diese Fokussierung jedoch inhaltlich bei (siehe Ziff. 4), da es in Ziff. 2 und 3 maßgeblich auf die Auswirkungen der Haftbedingungen auf das Funktionieren des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen (siehe Art. 82 Abs. 1 AEUV) abstellt: Nachdem die Mitgliedstaaten auch bei der Vollziehung der auf diesem Prinzip beruhenden Instrumente, etwa eines Europäischen Haftbefehls, zur Achtung der Grundrechte (Art. 6 EUV) verpflichtet sind (z.B. Art. 1 Abs. 3 Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl), seien sie berechtigt, die Ausführung (Überstellung) zu verweigern und damit vom Grundsatz

⁶³ ABl. C 115 vom 4.5.2010, S. 1; siehe dazu *Zeder*, EuR 2012, 50 ff.; *Beukelmann*, NJW 2010, 2083 f.

⁶⁴ Der auf eine *umfassende* Regelung zielende Vorschlag der Kommission vom 28.4.2004 für einen Rahmenbeschluss über bestimmte Verfahrensrechte in Strafverfahren, KOM(2004) 328 endg., wurde vom Rat nicht angenommen; ausf. dazu *Esser*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, § 53 Rn. 53 ff.; *Jimeno-Bulnes*, eucrim 2009, 158.

⁶⁵ So die „Kurze Erläuterung“ im „Fahrplan“. In der frz. Fassung heißt es: „Une personne suspectée ou poursuivie qui fait l’objet d’une mesure privative de liberté“, die engl. Fassung lautet: „A suspected or accused person who is deprived of his or her liberty“.

⁶⁶ Frz. „*détention provisoire*“; engl. „*pre-trial detention*“.

⁶⁷ Frz. „*détention avant d’être jugée et pendant la procédure judiciaire*“; engl. „*detention before being tried in court and during the court proceedings*“.

⁶⁸ Frz. „*détention*“; engl. „*detention*“.

⁶⁹ Vgl. Ziff. 1 Fn. 1; Ziff. 4 vor Fn. 19.

der gegenseitigen Anerkennung abzuweichen, wenn den Betroffenen im Anordnungsstaat unzumutbare Haftbedingungen (Art. 3 EMRK) oder eine übermäßig lange Untersuchungshaft- oder Verfahrensdauer (Art. 6 Abs. 1 EMRK) erwartet (Ziff. 3.1).⁷⁰ Soweit sich die von der Kommission zur Konsultation gestellten Fragen (auch) auf die Haft im Vorfeld einer (rechtskräftigen) Verurteilung beziehen – was bei allen zehn Fragen mit Ausnahme von Frage 2 der Fall ist –, erscheint es denn konsequent, dass sie sich nur für die Untersuchungshaft (i.e.S.)⁷¹ und nicht für die Surrogate, Dauer und Haftbedingungen bei polizeilichen Freiheitsentziehungen interessieren.

Den auf Grundlage des Fahrplans in die Wege geleiteten Richtlinien zur Festlegung von Mindestvorschriften über „die Rechte des Einzelnen im Strafverfahren“ ist eine dahingehende Begrenzung fremd. Hintergrund ist, dass Art. 82 Abs. 2 AEUV diese Rechtsakte nicht nur zur Erleichterung der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen, sondern auch der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen mit grenzüberschreitender Dimension zulässt. Obwohl sich nur Maßnahme D (Benachrichtigungsrecht) unmittelbar auf die Rechtsstellung festgehaltener Personen bezieht, enthalten auch die anderen Maßnahmen spezifische Schutzvorkehrungen zugunsten Verdächtiger oder Beschuldigter, denen im Rahmen eines Strafverfahrens die Freiheit entzogen ist. Sie gelten nicht nur für *cross-border situations*, sondern auch für reine Inlandssachverhalte.⁷²

– Die bis zum 27.10.2013 umzusetzende Richtlinie 2010/64/EU vom 20.10.2010 über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren,⁷³ mit der Maßnahme A des Fahrplans verwirklicht wird, nennt bei der Aufzählung der „wesentlichen Unterlagen“, für die ein Recht auf schriftliche Übersetzung besteht, an erster Stelle – noch vor Anklage und Urteil – „jegliche Anordnung einer freiheitsentziehenden Maßnahme“⁷⁴ (Art. 3 Abs. 1, 2 RL). Erfolgt ausnahmsweise nur eine mündliche Übersetzung oder Zusammenfassung (Abs. 7) oder wird ein Verzicht erklärt (Abs. 8), so ist dies zu dokumentieren (Art. 7 RL).

– Die haftrechtlichen Implikationen der bis zum 2.6.2014 umzusetzenden Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung

⁷⁰ Der EuGH tendiert hier jedoch eher zur Zurückhaltung, siehe EuGH, *Radu*, NJW 2013, 1145; *Melloni*, NJW 2013, 1215. Siehe dazu auch *Gaede*, NJW 2013, 1279 ff.

⁷¹ Frz. „détention provisoire“; engl. „pre-trial detention“.

⁷² Siehe *Cras/De Matteis*, eucrim 2013, 23; krit. *De Bondt/Vermeulen*, eucrim 2010, 163 f.

⁷³ ABl. L 280 vom 26.10.2010, S. 1; ausf. dazu *Esser*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, § 53 Rn. 95 ff.; *Cras/De Matteis*, eucrim 2010, 153 ff. In Deutschland wurde diese Richtlinie umgesetzt durch Gesetz vom 2.7.2013 (BGBl. I S. 1938), in Frankreich durch Gesetz n° 2013-711 vom 5.8.2013.

⁷⁴ Frz. „toute décision privative de liberté“; engl. „any decision depriving a person of his liberty“.

in Strafverfahren⁷⁵ (Maßnahme B) sind ungleich stärker. Darin sind zahlreiche Bezugnahmen auf „Verdächtige oder beschuldigte Personen [enthalten], die festgenommen oder inhaftiert werden“.⁷⁶ Hierunter fallen *alle* Situationen einer strafverfahrensrechtlichen Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK (Erwgg. 21).

Während Art. 3 RL für sämtliche Verdächtigen und Beschuldigten ein „Recht auf Rechtsbelehrung“ über das Recht auf Hinzuziehung eines Anwalts, auf unentgeltliche Rechtsberatung, auf Unterrichtung über den Tatvorwurf gemäß Art. 6 RL, auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen sowie auf Aussageverweigerung vorsieht, die spätestens vor der ersten offiziellen Vernehmung zu erteilen ist (Erwgg. 28), normiert Art. 4 RL zugunsten von im obigen Sinne festgehaltenen Personen ein weitergehendes Recht auf die umgehende⁷⁷ Aushändigung einer „Schriftlichen Erklärung der Rechte bei Festnahme“⁷⁸ (*letter of rights*). Diese muss nicht nur über die soeben genannten Rechte informieren, sondern auch über das Recht auf Akteneinsicht, auf Benachrichtigung, auf medizinische Versorgung sowie darüber, wie lange der Freiheitsentzug bis zur Vorführung vor eine Justizbehörde⁷⁹ höchstens dauern darf (Abs. 2); außerdem sind Informationen über Rechtsbehelfe gegen die Freiheitsentziehung zu geben (Abs. 3). Die Aufklärungspflicht über den „Tatvorwurf“ (Art. 3 i.V.m. Art. 6 RL) umfasst auch die Gründe der Freiheitsentziehung (Art. 6 Abs. 2 RL). Art. 8 Abs. 1 RL legt den Mitgliedstaaten eine Dokumentationspflicht über die gemäß Art. 3–6 RL zu erteilenden Informationen auf. Bemerkenswert ist die Maßgabe in Erwgg. 20, wonach zwar Belehrungspflichten aufgrund anderer Rechtsvorschriften unberührt bleiben, die einmal erfolgte Belehrung über ein Recht jedoch nicht wiederholt zu werden braucht, sofern dies nicht aufgrund besonderer Umstände oder innerstaatlichen Rechts erforderlich ist.

Unabhängig von den von Amts wegen zu erteilenden Belehrungen und Unterrichtungen ist zugunsten von Personen, die in irgendeinem Stadium des Strafverfahrens festgenommen oder inhaftiert werden, sicherzustellen, dass ihnen oder ihrem Anwalt auf Verlangen alle Verfahrensunterlagen, die sich im Besitz der zuständigen Behörden befinden und für eine wirksame Anfechtung der Freiheitsentziehung wesentlich sind, zur Verfügung gestellt werden (Art. 7 Abs. 1 RL). Zu beachten ist jedoch, dass die Ausgestaltung – d.h. „Ob“ und „Wie“ – der Rechte,

⁷⁵ ABl. L 142 vom 1.6.2012, S. 1; ausf. dazu *Cras/De Matteis*, eucrim 2013, 22 ff. In Deutschland wurde diese Richtlinie umgesetzt durch Gesetz vom 5.7.2013 (BGBl. I S. 1938), in Frankreich durch Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014.

⁷⁶ Frz. „des suspects ou des personnes poursuivies qui sont arrêtés ou détenus“; engl. „suspects or accused persons who are arrested or detained“.

⁷⁷ Frz. „rapidement“; engl. „promptly“.

⁷⁸ Frz. „Déclaration de droits lors de l’arrestation“; engl. „Letter of Rights on arrest“. Siehe das „Musterbeispiel der Erklärung der Rechte“ in Anhang I der Richtlinie.

⁷⁹ Frz. „autorité judiciaire“; engl. „judicial authority“.

die Gegenstand der o.g. Belehrungen sind, von der Richtlinie nicht berührt wird, sich also grundsätzlich, d.h. vorbehaltlich des Bestehens anderweitiger unions- oder konventionsrechtlicher Vorgaben, weiterhin nach innerstaatlichem Recht richtet (vgl. Art. 3 Abs. 1, 4 Abs. 2, Art. 7 Abs. 1 RL; Erwgg. 23). Soweit also die Anfechtung einer Freiheitsentziehung nach nationalem Recht – etwa bei kurzfristigen polizeilichen Freiheitsentziehungen – ausscheidet, entfällt neben der Pflicht zu einer dahingehenden Belehrung (Art. 4 Abs. 3 RL) auch das an die Haftanfechtung gekoppelte Akteneinsichtsrecht (vgl. Erwgg. 30) nach Art. 7 Abs. 1 RL; an seine Stelle tritt dann aber freilich das allgemeine Akteneinsichtsrecht nach Abs. 2–4.

Obwohl nach dem Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 RL lediglich sicherzustellen ist, dass Versäumnisse bei der „Belehrung oder Unterrichtung“ durch Rechtsbehelfe angefochten werden können, stellt Erwgg. 36 klar, dass dies auch für etwaige Mängel bei der Offenlegung von Unterlagen (Akteneinsichtsrecht nach Art. 7 RL) gilt.

– Mit der am 22.10.2013 verabschiedeten Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs⁸⁰ werden die Maßnahmen C (mit Ausnahme der Prozesskostenhilfe) und D des Fahrplans umgesetzt. In ihr überwiegen denn sogar recht eindeutig die haftspezifischen Vorgaben:

Art. 3 Abs. 2 RL gibt den Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass Verdächtige und beschuldigte Personen⁸¹ unverzüglich, in jedem Fall aber „vor ihrer Befragung“⁸² durch die Polizei oder andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörden (lit. a), ab der Durchführung bestimmter Ermittlungs- oder Beweiserhebungshand-

⁸⁰ ABl. L 294 vom 6.11.2013, S. 1. Vgl. auch den 2011 vorgelegten und am 10.9.2013 im Europäischen Parlament beschlossenen Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über das Recht auf Rechtsbeistand in Strafverfahren und das Recht auf Kontaktaufnahme bei der Festnahme, KOM(2011) 326; MEMO/13/772 der Europäischen Kommission vom 10.9.2013. Weiterführend *Esser*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, § 53 Rn. 116 ff. Die Richtlinie wurde bislang weder in Deutschland noch in Frankreich umgesetzt. In Frankreich allerdings greift das – obschon formal allein zur Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 bestimmte – Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014 bereits Teile der Umsetzung vorweg.

⁸¹ Frz. „les suspects et les personnes poursuivies“; engl. „suspects and accused persons“.

⁸² Frz. „avant qu'ils ne soient interrogés“; engl. „before they are questioned“. Zwar muss es sich hierbei nicht um eine „offizielle Vernehmung“ handeln. Nicht erfasst sein soll jedoch eine lediglich „vorläufige Befragung“ („questions préliminaires“; „preliminary questioning“) i.S.v. Erwgg. 20, d.h. eine Vorbefragung „zu dem Zweck, die Identität der betreffenden Person festzustellen, den Besitz von Waffen festzustellen oder andere, ähnliche Sicherheitsfragen zu klären oder festzustellen, ob Ermittlungen eingeleitet werden sollten, beispielsweise im Laufe einer Straßenkontrolle oder bei regelmäßigen Stichprobenkontrollen, wenn ein Verdächtiger oder eine beschuldigte Person noch nicht identifiziert worden ist“.

lungen (lit. b i.V.m. Abs. 3 lit. c), „unverzüglich nach dem Entzug der Freiheit“⁸³ (lit. c) sowie rechtzeitig vor dem Erscheinen vor Gericht (lit. d) Zugang zu einem Rechtsbeistand erhalten. Inhaltlich umfasst ist gemäß Art. 3 Abs. 3 RL das Recht des Betroffenen zur vertraulichen (Art. 4 RL) Kommunikation mit dem Verteidiger (lit. a), auf Anwesenheit und wirksame Teilnahme des Verteidigers bei Befragungen (lit. b), sowie darauf, dass der Rechtsbeistand bestimmten Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen beiwohnen kann (lit. c).⁸⁴ Der jederzeit widerrufliche Verzicht auf einen Rechtsbeistand setzt neben der Information des Betroffenen über dessen Folgen voraus, dass er aus freien Stücken eine unmissverständliche Verzichtserklärung abgibt, die zu protokollieren ist (Art. 9 RL). Werden diese Rechte verletzt, so muss ihm ein wirksamer Rechtsbehelf zustehen; ein Beweisverwertungsverbot wird allerdings im Gegensatz zum Kommissionsentwurf nicht mehr festgeschrieben (Art. 12 RL; siehe insoweit aber immerhin Erwgg. 50).

Zugunsten von Verdächtigen oder beschuldigten Personen, denen die Freiheit entzogen ist, sehen Art. 5–7 RL weitere Garantien vor. Ihnen ist das Recht einzuräumen, eine von ihnen benannte Person unverzüglich benachrichtigen zu lassen; (nur) bei Minderjährigen ist die Benachrichtigung von Amts wegen zu veranlassen (Art. 5 Abs. 1 und 2 RL). Außerdem ist ihnen das Recht zu gewähren, unverzüglich mit einer Person ihrer Wahl zu kommunizieren (Art. 6 RL). Für Ausländer besteht ein zusätzliches Benachrichtigungs- und Kommunikationsrecht im Hinblick auf die Konsularbehörden ihres Heimatlandes (Art. 7 RL).

„Vorübergehende Abweichungen“ von dem Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand (Art. 3 RL) und dem Benachrichtigungsrecht (Art. 5 RL) müssen im Wege einer ordnungsgemäß begründeten Einzelfallentscheidung – jedoch anders als noch im Kommissionsentwurf vorgesehen nicht notwendigerweise durch eine „Justizbehörde“⁸⁵ – genehmigt werden und entweder zur Abwehr einer Gefahr für Leib oder Leben oder für die Freiheit einer Person oder zur Abwendung einer erheblichen Gefährdung des Strafverfahrens dringend notwendig sein (Art. 3 Abs. 6, Art. 5 Abs. 3 RL). Sie müssen verhältnismäßig, zeitlich eng befristet sowie nicht allein durch Art oder Schwere der Straftat begründet sein und dürfen nicht ein insgesamt faires Verfahren beeinträchtigen (Art. 8 RL). Soweit das Recht auf Zugang zu einem Verteidiger betroffen ist, kommen die Abweichungen außerdem nur

⁸³ Frz. „sans retard indu après la privation de liberté“; engl. „without undue delay after deprivation of liberty“.

⁸⁴ Das im Kommissionsentwurf vorgesehene Recht des Verteidigers, die Haftbedingungen des Beschuldigten zu prüfen und das ihm zu diesem Zweck eingeräumte Zugangsrecht zu dem Ort, an dem die Person festgehalten wird (Art. 4 Abs. 4 RL-E), findet sich in der finalen Fassung der Richtlinie nicht mehr wieder.

⁸⁵ Frz. „autorité judiciaire“; engl. „judicial authority“.

„[u]nter außergewöhnlichen Umständen und nur im vorgerichtlichen Stadium“⁸⁶ in Betracht. Liegen die letztgenannten Voraussetzungen vor, so stellt Art. 3 Abs. 5 RL im Hinblick auf das haftspezifische Verteidigerzugangsrecht (Art. 3 Abs. 2 lit. c RL) eine weitere Retardierungsmöglichkeit für Fälle bereit, in denen die unverzügliche Gewährleistung aufgrund der geografischen Entfernung nicht möglich ist.

Die Mitgliedstaaten haben noch bis zum 27.11.2016 Zeit, um die Richtlinie umzusetzen (Art. 15 RL).

– Am 27.11.2013 hat die Kommission schließlich ein umfangreiches, fünf Einzelmaßnahmen umfassendes Legislativpaket vorgestellt,⁸⁷ mit dem die Verfahrensgarantien im Strafverfahren auch und gerade zugunsten inhaftierter Personen weiter ausgebaut werden sollen:

Besondere Bedeutung kommt dem Vorschlag für eine Richtlinie über vorläufige Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte, denen die Freiheit entzogen ist, sowie über Prozesskostenhilfe in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls zu.⁸⁸ Mit diesem Instrument soll sichergestellt werden, dass das in der Richtlinie 2013/48/EU vorgesehene Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand auch tatsächlich ausgeübt werden kann, indem den Mitgliedstaaten aufgegeben wird, unverzüglich nach Beginn des Freiheitsentzugs und vor jedweder Befragung vorläufige Prozesskostenhilfe zu gewähren (Art. 4 RL-E; Erwgg. 1 und 9). Gemeinsam mit der am selben Tag vorgelegten Empfehlung zum Recht auf Prozesskostenhilfe in Strafverfahren für Verdächtige oder Beschuldigte,⁸⁹ die sich ihrerseits nicht mehr speziell mit der Situation vorläufig inhaftierter Verdächtiger befasst, soll so der noch ausstehende Teil von Maßnahme C des Fahrplans umgesetzt werden.

Auch der Vorschlag für eine Richtlinie über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für verdächtige oder beschuldigte Kinder⁹⁰ enthält weitreichende Schutzbestimmungen zugunsten von (minderjährigen) Personen, die Gegenstand einer Freiheitsentziehung sind: zusätzliche Belehrungs- und Unterrichtungspflichten (Art. 4 Abs. 2 RL-E); Recht auf medizinische Untersuchung (Art. 8 RL-E); audiovisuelle Aufzeichnung sämtlicher Befragungen (Art. 9 Abs. 2 RL-E); *ultima ratio*-Charakter der Freiheitsentziehung und regelmäßige gerichtliche Kontrolle (Art. 10 RL-E); Vorrang von Haftersatzmaßnahmen (Art. 11 RL-E); Recht auf besondere Behandlung in der Haft (Art. 12 RL-E). Entsprechendes gilt für die Empfehlung der Kommission vom selben Tag über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für

⁸⁶ Frz. „[d]ans des circonstances exceptionnelles et au cours de la phase préalable au procès pénal uniquement“; engl. „[i]n exceptional circumstances and only at the pre-trial stage“.

⁸⁷ Siehe z.B. *Esser*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, § 53 Rn. 126 ff.

⁸⁸ KOM(2013) 824 endg.

⁸⁹ ABl. C 378 vom 24.12.2013, S. 11.

⁹⁰ KOM(2013) 822 endg.

verdächtige oder beschuldigte schutzbedürftige Personen (siehe insbesondere Abschnitt 3, Ziff. 9, 10, 12–14). Beide vorgenannten Instrumente dienen der Verwirklichung von Maßnahme E des Fahrplans.

In der Tradition des Grünbuchs (Maßnahme F des Fahrplans) steht schließlich der Richtlinien-Vorschlag zur Stärkung bestimmter Aspekte der Unschuldsvermutung und des Rechts auf Anwesenheit in der Verhandlung in Strafverfahren.⁹¹ Er verankert insbesondere das im Zusammenhang mit Freiheitsentziehungen besonders wichtige Recht auf Aussageverweigerung (Art. 7 RL-E) und auf Anwesenheit in der Verhandlung (Art. 8 RL-E).

3. Folgen der Schutzverdoppelung im europäischen Mehr-Ebenen-System

Obschon die neuerdings zu beobachtende Verdoppelung des zwischenstaatlichen und supranationalen Freiheitsschutzes in dem europäischen Mehr-Ebenen-System eine neue Dynamik bei der rechtsordnungsübergreifenden Absicherung des Ausnahmecharakters strafprozessualer Freiheitsentziehungen entfaltet hat, spricht manches dafür, dass sie die traditionelle Vormachtstellung der EMRK auf diesem Gebiet (noch) nicht beseitigt hat.⁹²

Zum einen ist die Mitgliederzahl der EMRK (47) derjenigen der EU (28) deutlich überlegen, zumal alle EU-Mitgliedstaaten auch die Konvention ratifiziert haben. Zum anderen orientieren sich sämtliche einschlägigen EU-Instrumente in Inhalt und Formulierung an den konventionsrechtlichen Vorbildern und enthalten darüber hinaus Gleichstellungsklauseln nach dem Muster von Art. 52 Abs. 3 Satz 1 EU-Charta. Danach sind die Konventionsrechte in der Auslegung durch den EGMR für die Bedeutung und Reichweite der EU-Rechte, die den EMRK-Garantien entsprechen, maßgeblich.⁹³ Vor allem aber stellt nur die EMRK den Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen im Wege flächendeckender Minimalanforderungen sicher, indem sie Vorgaben für das „Ob“, „Wie lange/Ob noch“, „Wie“ und die gerichtliche Kontrolle der Haft formuliert (4-Stufen-Ansatz) und sich dabei gleichermaßen auf die polizeiliche Festnahme und die richterlich angeordnete Gefängnishaft bezieht. Da dem Freiheitsrecht aus Art. 6 EU-Charta keine inhaltlich über Art. 5 EMRK hinausgehende Bedeutung zukommt und die gegenseitige Anerkennung von Ersatzmaßnahmen lediglich sekundär der Haftvermeidung dient, beschränkt sich das Einsatzspektrum der EU-Rechtsakte bislang auf das „Wie“ der Haft (3. Stufe: Information, Benachrichtigung, Anwalt und entsprechende Dokumentation) und die Gewährleistung eines dahingehenden Rechtsschutzes (4. Stufe). Zwar erwägt das Grünbuch von 2011 eine Erstreckung der uni-

⁹¹ KOM(2013) 821 endg.

⁹² Krit. zum Mehrwert der EU-Initiativen *De Bondt/Vermeulen*, eucrim 2010, 163 f.

⁹³ Erwgg. 33 der Dolmetsch-RL; Erwgg. 42 der Belehrungs-RL; Ziff. 3.14 und Erwgg. 53 der Rechtsbeistands-RL; weiterführend *Weiß*, EuZW 2013, 289, 291.

onsrechtlichen Harmonisierungspolitik auf die Frage der Haftbedingungen und -dauer (2. Stufe); die Überlegungen gelten aber bislang, anders als die Bestimmungen der EMRK, lediglich der auf einem gerichtlichen Haftbefehl basierenden Inhaftierung in einer Haftanstalt, nicht jedoch polizeilichen Freiheitsentziehungen.⁹⁴

Ungeachtet dessen würde es den unionsrechtlichen Richtlinien nicht gerecht, ihnen im Vergleich zur EMRK-Ebene lediglich symbolische Bedeutung beizumessen: Sie sehen für die von ihnen erfassten Sachbereiche teilweise detailliertere (z.B. Belehrungsinhalte) und weitreichendere (z.B. *letter of rights*) Schutzvorkehrungen vor und haben gegenüber dem kasuistischen Vorgehen des EGMR auch den Vorzug, dass durch ausdrückliche, abstrakt-generelle Rahmenvorgaben unmittelbar auf die Gesetzgebung der Mitgliedstaaten eingewirkt und Rechtssicherheit geschaffen wird.⁹⁵ Strukturelle Vorteile bestehen auch im Hinblick auf das Durchsetzungspotenzial der unionsrechtlichen Verpflichtungen: Zwar können und müssen Defizite der Gesetzeslage von den nationalen Gerichten hier wie dort im Einzelfall korrigiert werden (richtlinien- bzw. konventionskonforme Auslegung; ggf. Nichtanwendung im Einzelfall). Während jedoch die Rüge staatlicher Versäumnisse vor dem EGMR in erster Linie dem betroffenen Individuum selbst obliegt, kann die Einhaltung der unionsrechtlichen Umsetzungspflichten seit der „Supranationalisierung“ der früheren „3. Säule“ (PJZS) auch von der Kommission als „Hüterin der Verträge“ im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens am EuGH eingeklagt werden.⁹⁶

Die von der europäischen Ebene für das Gebiet der strafprozessualen Freiheitsentziehungen ausgehenden Reformimpulse haben zwar in der deutschen Wahrnehmung bislang noch keine allzu großen Wellen geschlagen. In Frankreich dagegen sind die Auswirkungen der zunehmenden Europäisierung der Materie längst deutlich sichtbar, hat sie dort doch bereits tiefgreifende Reformen angestoßen, deren Bedeutung gar nicht hoch genug eingeschätzt werden kann.⁹⁷

⁹⁴ Siehe nun aber den RL-Entwurf über Verfahrensgarantien für beschuldigte Kinder, wonach die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass Kindern vor deren Verurteilung nur als letztes Mittel und für die kürzeste angemessene Zeit die Freiheit entzogen wird“ (Art. 10 RL-E) und „dass, wenn die Voraussetzungen für einen Freiheitsentzug erfüllt sind, die zuständigen Behörden nach Möglichkeit auf alternative Maßnahmen zurückgreifen“ (Art. 11 RL-E).

⁹⁵ Erwgg. 6, 7 der Dolmetsch-RL; Erwgg. 7, 8 der Belehrungs-RL; Erwgg. 5 und 6 der Rechtsbeistands-RL; *Cras/De Matteis*, eucrim 2013, 25, 27, 31; *Zeder*, EuR 2012, 52; ausf. zum (potenziellen) Mehrwert der EU-Vorstöße *Polakiewicz*, ZEuS 2010, 7 ff.; zur begrenzten Wirkung der EGMR-Rechtsprechung und dem Bedürfnis nach einheitlichen Instrumenten im Haftrecht siehe *Morgenstern*, StV 2013, 532.

⁹⁶ Ähnl. *Cras/De Matteis*, eucrim 2010, 161; *Zeder*, EuR 2012, 48 f.; zum Ganzen *Böse*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 52 Rn. 1; *ders.*, a.a.O., § 54 Rn. 40 ff.

⁹⁷ Ausgesprochen lesenswert dazu die Analyse von *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15.

C. Frankreich und Deutschland als „ungleiches Geschwisterpaar“

Die vorliegende Arbeit interessiert sich – ungeachtet ihrer Sensibilität für die europäischen Aspekte und Hintergründe – in erster Linie für die nationale Ebene. Dieser Ansatz ist zum einen dadurch gerechtfertigt, dass „europäisches Haftrecht“ – zumindest *de lege lata* – nur dort zum Einsatz kommen kann, wo eine nationale Ermächtigungsgrundlage für die Freiheitsentziehung existiert. Zum anderen setzt nicht nur das Verständnis, sondern vor allem auch die Ausarbeitung und Fortentwicklung kollektiver Mindeststandards ein fundiertes rechtsvergleichendes Bewusstsein über den gemeinsamen haftrechtlichen Kernbestand sowie auch dessen Grenzen und strukturelle Unterschiede in den europäischen Staaten voraus.⁹⁸

Der nachfolgend beabsichtigte Vergleich gilt dem nationalen Haftrecht Frankreichs und Deutschlands in der Gestalt, welche die Materie durch die europarechtlichen Harmonisierungseinflüsse und das länderübergreifend feststellbare Kräfteverhältnis zwischen liberalen und repressiven Tendenzen erlangt hat. Für die Auswahl gerade dieser beiden Rechtsordnungen sprechen einerseits die grundlegenden Parallelen, die sie in europäischer, historischer, aktueller, menschenrechtlicher und vor allem auch struktureller Hinsicht auf mehr oder weniger augenscheinliche Weise vereinen – und die als gemeinsames Fundament den Zugang zur jeweils anderen Rechtsordnung und damit eine gegenüberstellende Würdigung erleichtern. Ungeachtet dieser Verwandtschaft sind es aber andererseits vor allem auch die tiefgreifenden Gegensätze, die sich insoweit bei näherer Betrachtung zeigen, welche einem Haftrechtsvergleich der beiden Länder ein besonderes Interesse verleihen.

1. Parallelen und Grundübereinstimmungen

Wenngleich inzwischen mehr als zwei Dutzend weitere Staaten existieren, denen die Doppelzugehörigkeit zu EU und EMRK gemeinsam ist, gelten Frankreich und Deutschland aufgrund ihres politischen und wirtschaftlichen Gewichts bis heute als gemeinsamer Motor der europäischen Integration. Beide Länder zählen zu den sechs Gründungsmitgliedern der Vorgängerorganisationen der EU (EGKS: 1952;

⁹⁸ Sieber, in: ders./Albrecht (Hrsg.), Strafrecht, S. 81 ff.; Jung, JuS 1998, 6 f. So ist etwa bei der Definition des Anwendungsbereichs von Harmonisierungsinstrumenten zu beachten, dass die Reichweite der Angleichung strafprozessualer Freiheitsentziehungen nicht nur davon abhängt, ob diese sich allein auf die, jeweils wörtlich verstandene, „Untersuchungshaft“, die *pre-trial detention* oder die *détention avant jugement* bezieht – oder ob sie alle Freiheitsentziehungen im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung einbezieht. Sie hängt vielmehr auch davon ab, wie im nationalen Recht die Grenzen zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht verlaufen, ist doch das entsprechende Vereinheitlichungspotenzial in einem Land, das Freiheitsentziehungen zur Vorbeugung oder Verfolgung von Straftaten nur im Strafprozessrecht zulässt, sehr viel weiter als z.B. in einer Rechtsordnung, in der Polizei- und Strafprozessrecht gleichberechtigt nebeneinander stehen und in der womöglich sogar der präventive Haftgrund der Wiederholungsgefahr dem Polizeirecht zugewiesen wird.

EWG: 1957) und – mit dem *Schuman*-Plan (1950) und der diplomatischen Führungsrolle von *de Gaulle* und *Adenauer* – zu den geistigen Vätern der europäischen Einigung. Frankreich gehört dem Europarat seit der ersten Stunde (5.5.1949) an und übte maßgeblichen Einfluss auf die Gestaltung der EMRK aus; Deutschland, das dem Gremium zwei Jahre später beitrug (2.5.1951), ist eines der neun europäischen Länder, in denen sie seit dem Tag ihres Inkrafttretens (3.9.1953) gilt.⁹⁹ Der Strafgesetzgebung beider Länder kommt auf internationaler Ebene auch insofern beachtliches Gewicht zu, als es sich um „Exportgüter“ handelt, die in vielen inner- und außereuropäischen Staaten rezipiert wurden.

Die historische Verbundenheit und konzeptionelle Ähnlichkeit des Strafprozessrechts der beiden Länder – die als Angehörige des romanisch-germanischen Rechtskreises auf umfassende gesetzliche Kodifikationen bauen (*civil law*-System) und die Wahrheitsfindung nach dem inquisitorischen Modell organisieren – wurzelt in den überragenden Einflüssen, welche die Französische Revolution (1789) und der Code d'instruction criminelle (1808) auf die deutsche Strafgesetzgebung des 19. Jahrhunderts ausgeübt haben.¹⁰⁰ Diese Einflüsse waren nicht nur der unmittelbaren Geltung des CIC in den besetzten Territorien geschuldet,¹⁰¹ sondern beruhen auch und gerade auf der Vorbildfunktion, die ihm im Zusammenhang mit der Ablösung des absolutistisch geprägten durch den reformierten, liberalen Strafprozess zuwuchs: Nicht zuletzt wegen des großen Interesses, welches das auslandsrechtlich und rechtsvergleichend interessierte Schrifttum (*von Feuerbach, Mittermaier, Zachariae, Planck*) seinerzeit dem französischen Recht entgegenbrachte, fanden prägende Elemente der napoleonischen Gesetzgebung Eingang in die RStPO von 1877 (Anklageprinzip, Schriftlichkeit des Ermittlungsverfahrens, gerichtliche Voruntersuchung mit Untersuchungsrichter, Funktionsverteilung zwischen Staatsanwaltschaft als Anklagebehörde und erkennendem Gericht, Einrichtung von Geschworenengerichten, Mündlichkeit und Öffentlichkeit des Verfahrens).¹⁰²

Bei den aktuellen Entwicklungen der Haftgesetzgebung bestehen einerseits insofern Parallelen, als die Regelungen über den Vollzug der haftbefehlsbasierten Gefängnishaft in beiden Ländern erheblich umgestaltet wurden.¹⁰³ Andererseits finden derzeit auf europarechtliche Veranlassung hin insbesondere auf dem Gebiet der Garantien, die dem von einer strafprozessualen Freiheitsentziehung betroffenen Verdächtigen/Beschuldigten zustehen, beachtliche Gesetzesreformen statt.¹⁰⁴ Umgekehrt lehnen beide Länder auch nach den Anschlägen vom 11.9.2001 ein Son-

⁹⁹ Siehe unten Teil 1, I.A.1.b. sowie Teil 2, I.A.1.b.

¹⁰⁰ *Jescheck*, ZStW 86 (1974), 765: „Mutterrecht“.

¹⁰¹ Siehe dazu *Gergen*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 40 ff.

¹⁰² *Jescheck*, ZStW 86 (1974), 761, 765–767 m.w.N.

¹⁰³ Siehe unten Teil 1, III.C.1.a. sowie Teil 2, III.C.1.b.

¹⁰⁴ Siehe unten Teil 1, II.A.1.c.cc. und dd. sowie Teil 2, II.A.1.c. und III.A.1.c.bb.

derstraf(prozess)recht mit spezifischen Inhaftierungsinstrumenten gegenüber mutmaßlichen Terroristen und Schwerekriminellen ab.¹⁰⁵

Zu dem menschenrechtlich fundierten Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen, der übereinstimmend auf die Unschuldsvermutung und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zurückgeführt wird, bekennen sich beide Rechtsordnungen seit Langem. Die Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26.8.1789 postuliert in Art. 9 ausdrücklich:

„Da jedermann als unschuldig gilt, solange er nicht für schuldig erklärt wurde, muss dort, wo seine Verhaftung für unumgänglich befunden wird, jede Härte, die nicht zur Sicherstellung seiner Person notwendig ist, vom Gesetz streng unterbunden werden.“

In ähnlicher Weise hat das BVerfG vor einem halben Jahrhundert ausgeführt:

„[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 Freiheitsstrafe gleichkommen.“¹⁰⁶

Haftrechtsstrukturelle Gemeinsamkeiten bestehen schließlich insofern, als beide Länder zwischen einem auf die Gefahrenabwehr bedachten Verwaltungs-/Polizeirecht und einem jedenfalls primär auf die Strafverfolgung zielenden Strafprozessrecht unterscheiden und für jedes dieser Rechtsgebiete – je nach Zielrichtung des hoheitlichen Handelns – spezifische Ermächtigungen für freiheitsentziehende Maßnahmen bereitstellen.¹⁰⁷ Darüber hinaus kennen sowohl das französische als auch das deutsche Strafprozessrecht mit der „Polizeihaft“ (*garde à vue*/Festhalte-recht im Anschluss an vorläufige Festnahme) einerseits und der „Justizhaft“ (*détention provisoire*/Untersuchungshaft) andererseits zwei Grundformen von Freiheitsentziehungen gegenüber Tatverdächtigen, die sich im Wesentlichen in je einer institutionellen Ausprägung konkretisieren (haftrechtliche Dichotomie).¹⁰⁸ Der in

¹⁰⁵ Siehe unten Teil 1, I.C.3. sowie Teil 2, I.C.3.

¹⁰⁶ BVerfG, NJW 1966, 243, 244 („Wencker-Beschluss“). Siehe unten Teil 1, I.A.2.b.cc. sowie Teil 2, I.A.2.b.aa.

¹⁰⁷ Siehen unten Teil 1, I.B.1.a. und 2.a.bb. sowie Teil 2, I.B.1.a.

¹⁰⁸ Zu diesem das Haftrecht beider Länder prägenden Dualismus siehe für Deutschland (vorläufige Festnahme – Untersuchungshaft) z.B. Müller-Dietz, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 219 ff.; Dvorak, StV 1983, 514 f.; Feest, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 394; Dünkel, in: ders./Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 67 ff.; anders offenbar Eser, ZStW 108 (1996), 103 ff., der von einer Trias Untersuchungshaft – vorläufige Festnahme – Polizeihaft ausgeht und (ohne nähere Begründung) die §§ 127 ff. StPO der zweiten Kategorie, die *garde à vue* dagegen der dritten Kategorie zuordnet. Die duale Struktur des frz. Haftrechts (*garde à vue – détention provisoire*) betonen bzw. belegen z.B. die folgenden Werke: Fayard, RDPC 1966/1967, 117 ff.; Levasseur, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), Atteintes à la liberté, S. 78 ff., 85 ff., 90 ff.; Pradel, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-

beiden Ländern eher ungebräuchliche, aber nicht unbekannte Begriff der Polizeihaft (*détention policière*)¹⁰⁹ bezeichnet übereinstimmend die durch eine polizeiliche Entscheidung veranlasste Freiheitsentziehung eines Tatverdächtigen, die häufig einer Spontanfestnahme nachfolgt, normalerweise auf der Polizeiwache vollzogen wird, im Regelfall eine Vernehmung beinhaltet, vom Gesetz als relativ kurzfristige, maximal mehrtägige Maßnahme konzipiert ist und die traditionell durch ein – insbesondere im Vergleich zur Justizhaft – eher abgeschwächtes gesetzliches Garantieniveau gekennzeichnet ist.¹¹⁰ Der in Deutschland unbekannt, in Frankreich immerhin vereinzelt gebrauchte Begriff der Justizhaft (*détention judiciaire*) wird in dieser Arbeit als gemeinsamer Oberbegriff für die auf einem gerichtlichen Haftbefehl basierende Inhaftierung des Beschuldigten in einer Haftanstalt verwendet, welche im Gesetz als tendenziell langfristige, weil häufig mehrmonatige – und unter Umständen mehrjährige – Freiheitsentziehung angelegt ist und bei der dem Betroffenen umgekehrt relativ starke verfahrensrechtliche Absicherungen zugutekommen.¹¹¹ Hintergrund dieses haftrechtlichen Dualismus ist die in beiden Ländern verfassungsrechtlich verwurzelte Vorstellung, dass jedenfalls die längerfristige Inhaftierung in einer Haftanstalt einen richterlichen Haftbefehl voraussetzt (*habeas corpus*), dass aber andererseits in bestimmten Situationen – vor allem in Eilsituationen – das unabweisliche Bedürfnis entstehen kann, tatverdächtige Personen auch schon im Vorfeld der Einholung einer richterlichen Entscheidung vorübergehend festzuhalten.

trial detention, S. 378 ff., 383 ff.; *Mérigeau*, in: Dünkel/Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 225 ff., 231 ff.; *Pradel* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 9 ff., 117 ff.

¹⁰⁹ Im dt. Schrifttum wird der Begriff soweit ersichtlich nur bei den Kommentierungen zu § 51 StGB (Anrechnung auf die Strafe) verwendet, siehe z.B. *Heintschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 51 Rn. 3; *Lackner/Kühl*, StGB, § 51 Rn. 1; rechtsvergleichend angelegte Landesberichte bedienen sich seiner dagegen häufiger, siehe z.B. *Feest*, in: van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 394; *Dünkel*, in: ders./Vagg (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 67 ff. Zur Verwendung im frz. Schrifttum – das den Begriff der *détention* (Haft) im Einklang mit der gesetzlichen Terminologie ebenfalls überwiegend der gerichtlich angeordneten Freiheitsentziehung in einer Justizanstalt vorbehält – siehe etwa *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 378.

¹¹⁰ Zur übereinstimmenden institutionellen – und jedenfalls ansatzweise auch funktionalen – Grundstruktur von vorläufiger Festnahme und *garde à vue* siehe *Goy*, *Vorläufige Festnahme*, S. 29 ff.; *Manaigo-Vekil*, *Gruppenkriminalität*, S. 227; *Jung*, *FS für Lüderssen*, S. 893; *Sénat*, *Garde à vue*, S. 3 ff., 11 ff.; *Pradel*, in: ders. (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 393; vgl. auch *Hünerfeld*, a.a.O., S. 89 ff.; ähnlich für die österreichische Gesetzgebung *Giudicelli/Juhász*, *RSC* 2011, 59 f.

¹¹¹ Anders als bei der Polizeihaft, wo die übereinstimmenden Grundstrukturen von *garde à vue* und vorläufiger Festnahme in rechtsvergleichenden und auslandsrechtlichen Arbeiten in aller Regel wenigstens kurz begründet oder zumindest ausdrücklich festgestellt werden, sind die entsprechenden institutionellen und/oder funktionalen Parallelen bei Untersuchungshaft und *détention provisoire* offenbar so selbstverständlich, dass meist ganz ohne Weiteres von der „französischen Untersuchungshaft“ oder der „*détention provisoire* allemande“ die Rede ist, siehe *Grebing*, *Untersuchungshaft*, insb. S. 35 ff.; *Jescheck*, in: *Ancel* (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 387 ff.; *Pradel* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 117 ff.

2. Diskrepanzen und Gegensätze

Der Umstand, dass sich hinter diesen relativ offenkundigen Grundübereinstimmungen in Wirklichkeit beachtliche Gegensätze und Divergenzen verbergen, lässt einen Vergleich der beiden Rechtsordnungen besonders reizvoll erscheinen.

Ungeachtet des ähnlichen europäisch-europarechtlichen Kontextes sowie der Leitrolle, die beiden Ländern und Strafgesetzgebungen bei der europäischen Integration attestiert wird, bestehen hinsichtlich der „Konventionsverträglichkeit“ beider Haftrechts- und Strafverfahrensordnungen offenbar erhebliche Unterschiede. Obwohl Frankreich der EMRK erst zwei Jahrzehnte nach Deutschland beigetreten ist und das Individualbeschwerderecht gar erst Anfang der 1980er Jahre anerkannt hat,¹¹² weisen die Verurteilungsstatistiken für den Zeitraum von 1959 bis 2014 einen beachtlichen Vorsprung „zugunsten“ Frankreichs auf: 61 Verurteilungen wegen Verstößen gegen Art. 5 EMRK standen am 31.12.2014 lediglich 28 entsprechende Verurteilungen Deutschlands gegenüber (Verhältnis 2:1). Während Frankreich bereits 263 Mal wegen Verletzungen des Rechts auf ein faires Verfahren aus Art. 6 EMRK verurteilt wurde, stehen für Deutschland lediglich 19 solcher Verurteilungen zu Buche (Verhältnis 15:1). Zulasten Frankreichs wurde in 282 Fällen eine überlange Verfahrensdauer und damit eine Verletzung von Art. 6 EMRK festgestellt, wohingegen zuungunsten Deutschlands erst 102 entsprechende Verurteilungen ergangen sind (Verhältnis 3:1). Verstöße gegen Art. 3 EMRK wurden für Frankreich in 27 Fällen, für Deutschland in 3 Fällen festgestellt (Verhältnis 10:1).¹¹³

Im Verlauf der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts – als in Deutschland im Wege punktueller Gesetzesänderungen die „zweite Stufe“ der mit dem Übergang zum reformierten Strafprozess im 19. Jahrhundert eingeleiteten Strafverfahrensreform vollzogen wurde¹¹⁴ – haben sich die rechtsgeschichtlich begründeten Bande zwischen CIC bzw. CPP und StPO im gleichen Maße gelockert, wie das Interesse des deutschen Schrifttums an der französischen Strafgesetzgebung zurückgegangen ist. Auch wenn gerichtliche Voruntersuchung und Untersuchungsrichter unter der StPO niemals die herausragende Bedeutung innehatten, die ihnen im französischen Ermittlungsverfahren – zumindest nach gesetzgeberischer Vorstellung und rechtskulturellem Selbstverständnis – bis heute zuteilwird, so bewirkte ihre endgültige Abschaffung in Deutschland mit Wirkung zum 1.1.1975 doch einen klaren und dauerhaften Bruch mit dieser französischen Tradition.¹¹⁵ Die tiefgreifenden konzeptionellen Unterschiede, die mit der Entscheidung für ein einheitliches oder ein

¹¹² Siehe dazu unten Teil 1, I.A.1.b. sowie Teil 2, I.A.1.b.

¹¹³ EGMR, Violations par article et par pays 1959–2014, Straßburg 31.12.2014.

¹¹⁴ Jescheck, ZStW 86 (1974), 761 f.

¹¹⁵ Siehe unten Teil 2, I.C.1.a.

zweigliedriges Ermittlungsverfahren verbunden sind,¹¹⁶ stellen die Durchführung rechtsvergleichender Untersuchungen zwar offenkundig vor besondere Schwierigkeiten. Ob das heterogene Verfahrensumfeld jedoch zugleich die Aussichten schmälert, in der jeweils anderen Rechtsordnung bei der Suche nach transplantationsfähigen Lösungen für der Sache nach vergleichbare prozessuale Problemlagen im Vorverfahren fündig zu werden, ist damit nicht gesagt. Obwohl die Ausgestaltung des Strafverfahrens die grundlegenden Entscheidungen des materiellen Strafrechts nachvollziehen und widerspiegeln sollte,¹¹⁷ lässt denn auch allein die Erkenntnis, dass die kriminalpolitische und gesetzgeberische Abwertung der kurzen Freiheitsstrafe in Deutschland im französischen Recht ohne Entsprechung geblieben ist,¹¹⁸ keine verlässliche Prognose darüber zu, wie der Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen gegenüber bloßen Verdächtigen im Hinblick auf das „Ob“, „Ob noch“, „Wie lange“, „Wie“ und den gerichtlichen Rechtsschutz im Zusammenhang mit diesen vorläufigen Maßnahmen verwirklicht wird.

Während sich in Deutschland die jüngsten, größtenteils europarechtlich bedingten Gesetzesänderungen auf dem Gebiet der strafprozessualen Freiheitsentziehungen eher auf punktuelle Einzelaspekte bezogen haben und die Materie insgesamt seit einiger Zeit ausgesprochen stabil erscheint (Ausnahme: Neuregelung des Untersuchungshaftvollzugs infolge der Föderalismusreform), war das französische Haftrecht seit Beginn des neuen Jahrtausends – ebenso wie bereits im Jahrhundert zuvor¹¹⁹ – mehrfach Gegenstand tiefgreifender Modifikationen, die einer rechtsvergleichenden Befassung ein besonderes aktuelles Interesse verleihen. Auf dem Gebiet der Polizeihaft hat das Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 („Loi Perben II“) zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität ein prozessuales Sonderregime u.a. für die *garde à vue* geschaffen.¹²⁰ Umgekehrt wurde die Maßnahme mit Gesetz n° 2011-392 vom 14.4.2011 auf multiple europa- und verfassungsrechtliche sowie rechtspolitische Veranlassung hin der wichtigsten und umfangreichsten Reform seit ihrer Kodifikation im CPP zugeführt,¹²¹ die Umsetzung der EU-Richtlinie zum Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014 dürfte einen (weiteren) tiefgreifenden Funktionswandel dieses Instruments eingeleitet haben.¹²² Im Hinblick speziell auf die Justizhaft wurde der emblematischen Figur des Untersuchungsrichters – nach jahrzehntelangen Debatten und unzähligen gescheiterten Reformversuchen – mit Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 die Haftanordnungszuständigkeit entzogen und auf den neuen Grund-

¹¹⁶ Siehe dazu im Einzelnen unten Teil 3, I.C.1.a.

¹¹⁷ Jescheck, ZStW 86 (1974), 762.

¹¹⁸ Vgl. zur kurzen Freiheitsstrafe im Ausland Weigend, JZ 1986, 262.

¹¹⁹ Vgl. Grebing, Untersuchungshaft, S. 35.

¹²⁰ Siehe dazu unten Teil 1, I.C.3. und II.A.2.b.

¹²¹ Siehe dazu unten Teil 1, II.A.1.c.cc.

¹²² Siehe unten Teil 1, II.A.1.c.dd.

rechte- und Haftrichter übertragen.¹²³ Von übergreifender Bedeutung für beide Haftformen sollte sich schließlich die sogenannte *Outreau*-Affäre (2001–2005) erweisen, die als einer der größten Justizskandale der V. Republik auch und gerade auf dem Gebiet des Haftrechts grundlegende Mängel zutage gefördert hat. Gegenstand der Affäre, die das Vertrauen in die Leistungsfähigkeit der französischen Justiz nachhaltig erschüttert hat, war ein von massiven medialen und öffentlichen Vorverurteilungen begleitetes Verfahren gegen mehr als ein Dutzend vermeintliche Angehörige eines Pädophilen-Rings in der Kleinstadt Outreau. Diese waren von mehreren Kindern des sexuellen Missbrauchs bezichtigt worden und wurden, trotz im Nachhinein offensichtlicher Widersprüche, erst nach mehrjährigen – einseitig geführten – Ermittlungen und teilweise ebenso langen Haftaufenthalten ganz überwiegend freigesprochen. Die zur Aufarbeitung des Debakels eingesetzten Untersuchungskommissionen identifizierten die Ausgestaltung und Durchführung sowohl der Polizeihaft (*garde à vue*) als auch der Justizhaft (*détention provisoire*) als einen der Hauptschwachpunkte des Systems und als Mitursache des Skandals: Die polizeilichen Vernehmungen im Rahmen der *garde à vue* wurden unmittelbar und gezielt dazu verwendet, den Betroffenen selbst- und/oder drittbelastende Aussagen zu entlocken; die Entscheidungen über Anordnung und Fortbestand der *détention provisoire* stützten sich zum Teil ausdrücklich auf die fehlende Kooperationsbereitschaft der Beschuldigten und waren somit jedenfalls indirekt als Beugehaft angelegt, gegen die keine wirksamen Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung standen. Aufbauend auf den Empfehlungen der Untersuchungsberichte hat das Gesetz n° 2007-291 vom 5.3.2007 eine ganze Reihe auch haftrechtsrelevanter Änderungen herbeigeführt (insb. Pflicht zur Videoaufzeichnung bestimmter Vernehmungen, Lückenschließung im Justizhaft-Rechtssystem, Öffentlichkeitsgrundsatz für alle Verhandlungen über die Justizhaft).¹²⁴

Obwohl beide Länder den Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen zulasten bloßer Tatverdächtiger betonen und mannigfache Vorkehrungen treffen, um ihn normativ umzusetzen, scheint das deutsche Recht bei dessen faktischer Verwirklichung – jedenfalls im Hinblick auf „Ob“ und „Ob noch/Wie lange“ der (Justiz-)Haft – zuletzt größere Erfolge verbuchen zu können: Während sich die Untersuchungshaftzahlen in den vergangenen fünfzehn Jahren annähernd halbiert haben und die in den 1980er Jahren geführten Debatten darüber, dass zu viel und zu lang verhaftet werde, immer mehr verstummt sind,¹²⁵ bewegen sich die entsprechenden Werte und Diskussionspegel in Frankreich nach wie vor auf einem sehr hohen Level; die zuversichtliche Zukunftsprognose, mit der *Grebing* seine im

¹²³ Siehe unten Teil 1, III.A.1.c.cc. und B.1.

¹²⁴ *Vallini/Houillon*, Rapport Outreau, S. 192 ff., 308 ff. (*garde à vue*), 237 ff., 323 ff., 343 ff. (*détention provisoire*); *Viout*, Rapport Outreau, S. 37–42 (*détention provisoire*); zu den einschlägigen Neuerungen siehe unten Teil 1, II.D.5.b., III.D.5.a. und b., E.1.b.bb. und 2.c.; siehe zum Ganzen auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 20.

¹²⁵ Siehe unten Teil 2, III.A.1.b.

deutschsprachigen Raum bis heute maßgebende Untersuchung zur „französischen Untersuchungshaft“ beschlossen hat,¹²⁶ scheint sich jedenfalls nicht erfüllt zu haben. Im Gegenteil: Die jüngsten – geringfügigen – Rückgänge bei den Justizhaft-Zahlen werden weniger auf liberale Errungenschaften zurückgeführt als vielmehr auf Verschiebungen hin zur Strafhaft; die *garde à vue*-Zahlen hatten sich in den der großen Reform aus 2011 vorangegangenen eineinhalb Jahrzehnten sogar mehr als verdoppelt (2009: fast 800.000 Fälle).¹²⁷ Auffällig ist freilich, dass die auf die vorläufige Festnahme folgende Polizeihaft in den deutschen Diskussionen seit jeher keinerlei Rolle spielt,¹²⁸ wohingegen die *garde à vue* in Frankreich – trotz ihrer bezogen auf die Dauer der Maßnahme vergleichsweise geringen Eingriffsintensität – nicht minder große Aufmerksamkeit erfährt, als die *détention provisoire*.

Diese bemerkenswerte Diskrepanz leitet zu den beiden tiefgreifendsten haftrechtlichen Strukturunterschieden über, die eine rechtsvergleichende Befassung mit dem französischen Strafprozessrecht aus deutscher Perspektive besonders schwierig, zugleich aber auch besonders attraktiv machen, zumal ihnen in den deutschsprachigen Untersuchungen, die sich bisher des französischen Haftrechts angenommen haben, nicht hinreichend Rechnung getragen wird. Zum einen verzichtet das französische Verwaltungsrecht auf eine dem polizeirechtlichen Sicherheitsgewahrsam der deutschen Länder entsprechende, strafatverdachtsunabhängige Ermächtigung zu präventiv-polizeilichen Freiheitsentziehungen gegenüber konkret gefährlichen Personen, die im Begriff sind, eine Straftat zu begehen oder fortzusetzen;¹²⁹ sollte die in verwaltungsrechtsvergleichenden Arbeiten geäußerte Vermutung zutreffen, dass das französische Recht sich deshalb der strafprozessualen Inhaftierungsbefugnisse verstärkt auch zu präventiven Zwecken bedient,¹³⁰ so hätte dies u.a. zur Folge, dass die entsprechenden Haftfunktionen in sehr viel stärkerem Maße als in Deutschland von den strafverfahrensrechtlichen Harmonisierungskräften auf europäischer Ebene erfasst würden. Zum anderen und vor allem ist das französische Strafverfahren, in eklatantem Kontrast zu Deutschland, durch ein in ihrem jeweiligen Stellenwert mehr oder weniger gleichberechtigtes Nebeneinander von Justizhaft und Polizeihaft gekennzeichnet: Während der *garde à vue* in Schrifttum und Kriminalpolitik ein im Vergleich zur *détention provisoire* weitgehend identischer Aufmerksamkeitsgrad zuteilwird, fristet die auf die vorläufige Festnahme folgende Freiheitsentziehung in ihrer Eigenschaft als Polizeihaft (§§ 127 ff. StPO) in Deutschland ein Schattendasein, gilt hier doch das nahezu ungeteilte Interesse traditionell dem Institut der Untersuchungshaft.¹³¹

¹²⁶ Grebing, Untersuchungshaft, S. 315.

¹²⁷ Siehe unten Teil 1, II.A.1.b. (*garde à vue*) und III.A.1.b. (*détention provisoire*).

¹²⁸ Vgl. nur Dünkel, in: ders./Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 67 f. Fn. 2.

¹²⁹ Siehe dazu ausführlich unten Teil 1, I.B. sowie Teil 2, I.B.1.a. und II.A.3.b.

¹³⁰ Vgl. Trautwein, Freiheitsentzug, S. 231; Wittzack, Vollzugspolizeien, S. 260 f.

¹³¹ Siehe dazu unten Teil 1, II.A.1.b. sowie Teil 2, II.A.1.b.

II. Konzeptionelle Ausrichtung des Haftrechtsvergleichs

A. Forschungsfrage

1. Ausgangspunkt

Die Untersuchung geht der Fragestellung nach, auf welche Weise das französische und das deutsche Recht den – aus der besonderen Eingriffsintensität, Strafähnlichkeit und Unschuldsvermutung folgenden – *Ausnahmecharakter* strafprozessualer Freiheitsentziehungen gegenüber tatverdächtigen, also nicht rechtskräftig verurteilten Personen, normativ verwirklichen. Es wird also nicht lediglich ein „allgemeiner Vergleich“ der deutschen und französischen Haftregelungen angestrebt, sondern es geht speziell um die Frage, inwieweit beide Rechtsordnungen dem selbstgesteckten Anspruch einer möglichst umfassenden Verwirklichung des Ausnahmecharakters dieser Maßnahmen gerecht werden.

Bei der Würdigung des europarechtlichen Umfelds der Materie (siehe oben I.B.) hat sich gezeigt, dass dessen normative Umsetzung in vier Bereichen ansetzen kann: Hiernach erfordert eine vollumfängliche Absicherung des Ausnahmecharakters neben der rechtlichen Eingrenzung der *Anordnung* („1. Stufe“) und *Aufrechterhaltung* („2. Stufe“) der Freiheitsentziehungen auch die Einräumung von *Verfahrensrechten* („3. Stufe“) sowie die Möglichkeit, die Einhaltung dieser drei Garantiestufen einer effektiven *gerichtlichen Kontrolle* zuzuführen („4. Stufe“). Diese vier Stufen konkretisieren die übergeordnete Forschungsfrage und bestimmen daher auch Gegenstand, Methode und Gang der Untersuchung (unten B.2. und III.).

2. Präzisierung der Reichweite der Untersuchung

Bisherige haftrechtsvergleichende Forschungsarbeiten haben vor allem „die Häufigkeit und Dauer der Untersuchungshaft“ als eines derjenigen sozialen Probleme definiert, die mehr oder weniger gleich in jeder Rechtsordnung vorzufinden und deshalb tauglicher Ausgangspunkt eines (funktionalen) Strafverfahrensrechtsvergleichs seien.¹ Die vorliegend gewählte Anknüpfung der Forschungsfrage geht über diesen früheren, begrenzten Ansatz in zweierlei Hinsicht hinaus:

Einerseits gilt die Untersuchung nicht allein Häufigkeit und Dauer der Haft und damit dem Ausnahmecharakter von „Ob“ und „Ob noch“/„Wie lange“ (Stufen 1 / 2). Sie erstreckt sich vielmehr gleichermaßen auch auf die Frage der Garantien („Wie“) und Rechtsbehelfe, die dem Betroffenen in dem Kontext eröffnet sind (Stu-

¹ Jescheck, ZStW 86 (1974), 772 f., 776 f. mit Verweis auf *ders./Krümpelmann* (Hrsg.), Untersuchungshaft.

fen 3 / 4). Diese Aspekte sind für die Beurteilung des effektiven Ausnahmecharakters der Freiheitsentziehungen von nicht minderer Bedeutung.²

Andererseits, und hierin liegt die speziell im Hinblick auf das französische Recht wichtigste Neuerung und Erweiterung, interessiert sich diese Abhandlung weder ausschließlich noch auch nur schwerpunktmäßig für „die Untersuchungshaft“, mag diese auch die innerdeutschen Diskussionen dominieren (siehe oben I.C.2.). Sie widmet sich vielmehr – zunächst einmal völlig losgelöst von spezifischen Institutionen – *allen* Arten von Freiheitsentziehungen, die im Rahmen des Strafverfahrens gegenüber tatverdächtigen Personen vor dessen rechtskräftigem Abschluss zum Einsatz gelangen können. Nach hier vertretener Auffassung ist der Terminus „Untersuchungshaft“ als genuin deutscher – und im Übrigen wegen seines missverständlichen Charakters nicht unumstrittener³ – Rechtsbegriff in Ermangelung eines international einheitlichen terminologischen Verständnisses ungeeignet,⁴ die Reichweite einer rechtsordnungsübergreifenden Betrachtung auf unzweideutige Weise abzustecken. Er sollte deshalb auch und gerade bei der Formulierung des einem (funktionalen) Rechtsvergleich zugrunde zu legenden *Sach*problems vermieden werden.⁵

Auch wenn die haftrechtsvergleichenden und auslandsrechtlichen Studien zur „ausländischen Untersuchungshaft“ auf die Entwicklung einer selbstständigen, rechtsordnungsübergreifenden Begriffswelt verzichtet haben,⁶ liegt ihnen freilich i.E. doch zumindest *implizit* die hier (siehe oben I.C.1.) als Gegenmodell zur „Polizeihaft“ (also: polizeiliche Anordnung; Vollzug i.d.R. auf dem Polizeirevier; eher kurze Dauer; traditionell vergleichsweise schwache verfahrensrechtliche Absicherungen) konzipierte Metakategorie der „Justizhaft“ (also: gerichtliche Anordnung;

² Vgl. dagegen den einheitlichen Gliederungsentwurf für die Landesberichte von *Jescheck*, in: ders./Krümpelmann (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 6, wo zwar immerhin die Rechtsbehelfe (im Hinblick auf „ob“ und „ob noch/wie lange“ der Haft) als eigenständiger Gliederungspunkt (VI.) geführt werden („4. Stufe“), die haftrelevanten Garantien und Verteidigungsrechte („3. Stufe“) dagegen nicht gesondert problematisiert werden und der Haftvollzug explizit vom Untersuchungsfeld ausgenommen wird (S. 7).

³ *Schroeder*, JuS 1990, 177 f.; siehe dazu unten Teil 2, III.A.1.a.

⁴ Nichts anderes würde für die scheinbar neutralen, in Wirklichkeit aber ebenfalls rechtlich vorgeprägten Begriffe „Durchsuchung“ oder „verdeckter Ermittler“ gelten. Im Übrigen besteht selbst und gerade dort, wo die ausländische Rechtsordnung begriffliche Äquivalente bereitstellt, die Gefahr, dass es sich um institutionell und funktional völlig unterschiedliche Phänomene handelt: Die kanadische *investigative detention* etwa bezeichnet, anders als die dt. Untersuchungshaft, ein der frz. Polizeihaft ähnelndes polizeiliches Festhalterrecht zu Ermittlungszwecken, vgl. SCC, 23.7.2004, *R. v. Mann*, 2004 SCC 52.

⁵ *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 33; *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht*, S. 112; *Jung*, JuS 1998, 3; *Engelhart*, Sanktionierung, S. 23; so i.Ü. auch *Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung*, S. 40.

⁶ Zum Erfordernis einer autonomen, idealerweise universalen Begriffsbildung und Strukturierung siehe *Jung*, JuS 1998, 3; *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht*, S. 115.

Vollzug im Gefängnis; tendenziell lange Dauer; relativ hohes Garantieniveau) zugrunde.⁷ Aus spezifisch deutscher Sicht, wo die so verstandene „Justizhaft“ das öffentliche Interesse am Haftrecht seit jeher geradezu monopolisiert, mag es je nach Untersuchungsziel ggf. ausreichen, sich lediglich bzw. ganz schwerpunktmäßig den im Ausland strukturell der Untersuchungshaft entsprechenden Institutionen, in Frankreich also der *détention provisoire* zuzuwenden. Dies gilt zumal dann, wenn eine Arbeit – wie die vom BMJ in den 1970er Jahren in Auftrag gegebene rechtsvergleichende Großuntersuchung von *Jescheck/Krümpelmann*⁸ – gerade darauf angelegt ist, rechtspolitische Erkenntnisse über die Reform der deutschen Untersuchungshaft zu gewinnen.⁹

Geht es hingegen darum, ein soziales Phänomen (vorliegend: die Freiheitsentziehung mutmaßlicher Straftäter) rechtsordnungsübergreifend im Hinblick auf die Lösung eines spezifischen Sachproblems (hier: die normative Gewährleistung bzw. Umsetzung ihres allseits postulierten Ausnahmecharakters) darzustellen und funktional zu vergleichen, so greift die Beschränkung auf die Untersuchungs- bzw. Justizhaft zu kurz: Die Außerachtlassung – bzw. lediglich annexartige Einbeziehung¹⁰ – der Polizeihaft würde den Umstand vernachlässigen, dass dieser Form von Freiheitsentziehung in bestimmten ausländischen Rechtsordnungen, namentlich in Frankreich (*garde à vue*)¹¹ sowie z.B. auch in England (*police custody*),¹² eine in quantitativer und qualitativer Hinsicht nicht minder große Bedeutung zuwächst als der Justizhaft; sie hätte daher zwangsläufig zur Folge, dass die Würdigung der ausländischen Rechtsordnung im Hinblick auf die Lösung des wiewohl identischen Sachproblems um eine wesentliche Komponente verkürzt würde.¹³ Die Zielsetzung einer dergestalt umfassenden Untersuchung, die in dieser Arbeit intendiert ist, gebietet es mithin – in Einklang mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK und den jüngsten uni-

⁷ Siehe namentlich *Jescheck*, in: ders./Krümpelmann (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 6, wo die „vorläufige Festnahme“ unter Ziff. VIII.1 als von der Untersuchungshaft abzugrenzende Einrichtung behandelt wird; vgl. auch *Sessar*, a.a.O., S. 214 ff., der im frz. Landesbericht „Die garde à vue“ im Anschluss an „Die vorläufige Festnahme“ unter Ziff. VIII.2 gesondert darstellt; so auch *Grebing*, *Untersuchungshaft*, S. 43 ff., der allerdings allein auf den Urheber der Freiheitsentziehung abstellt und deshalb die „französische Untersuchungshaft“ u.a. von freiheitsentziehenden Maßnahmen der Verwaltungsbehörden und der Polizei abgrenzt; ähnlich auch *Markwordt Skehan*, *Untersuchungshaft*, S. XXVI, XXVII, die der „Untersuchungshaft i.e.S.“ die „vorläufige Festnahme“ gegenüberstellt.

⁸ *Jescheck/Krümpelmann* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*.

⁹ *Jescheck*, ZStW 86 (1974), 776.

¹⁰ So z.B. *Grebing*, *Untersuchungshaft*, S. 45 ff.; *Sessar*, in: *Jescheck/Krümpelmann* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 214 ff.; ähnl. beim Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht *Markwordt Skehan*, *Untersuchungshaft*, S. XXVII, 63 ff., 281 ff., 464 ff.

¹¹ Siehe dazu unten Teil 1, II.A.1.b.

¹² Vgl. *Forster*, *Freiheitsbeschränkungen*, S. 120 ff., 130 f.

¹³ Es mag daher kein Zufall sein, wenn *Jescheck*, in: ders./Krümpelmann (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 6 feststellt, dass gerade bei den frz. und engl. Landesberichten größere Abweichungen von der einheitlichen Gliederungsstruktur erforderlich wurden.

onsrechtlichen Harmonisierungsrichtlinien – Justizhaft und Polizeihaft *gleichermaßen*, insbesondere gleichgewichtet einzubeziehen und zu analysieren.¹⁴

3. Aufgaben

Die Formulierung, Bearbeitung und Beantwortung der untersuchungsleitenden Forschungsfrage ist im Lichte der klassischen Aufgaben der Strafrechtsvergleichung¹⁵ zu sehen. So soll die Arbeit zum einen eine umfassende Darstellung und Analyse des französischen Rechts leisten. Mit dieser Auslandsrechtskunde wird einerseits eine Erweiterung, Aktualisierung und Vertiefung des Grundlagenwissens über einen Schlüsselmoment und neuralgischen Punkt des (französischen) Strafverfahrens angestrebt. Andererseits soll sie im Kontext eines zusammenwachsenden Europas auch einen praktischen, die Rechtsanwendung und Rechtsangleichung gleichermaßen unterstützenden Beitrag leisten: In Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug kann die Kenntnis des französischen Haftrechts nicht nur für die Beurteilung der Anwendung oder Ablehnung eines auf dem unionsrechtlichen Prinzip der gegenseitigen Anerkennung basierenden Rechtsakts (z.B. Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls französischer Herkunft) relevant werden (Rechtshilfe-recht), sondern z.B. auch dann, wenn ein in der französischen Polizeihaft entstandenes Vernehmungsprotokoll vor einem deutschen Strafgericht in den Prozess eingeführt werden soll und sich die für den Beweiswert und die Verwertbarkeit der Aussagen maßgebliche Frage nach den Umständen ihres Zustandekommens stellt. Im Übrigen ist eine vertiefte Kenntnis des französischen Rechts und seiner Strukturen für die fachkundige Beteiligung an den Diskussionen über die Ausarbeitung rechtsvereinheitlichender Instrumente auf EU-Ebene und für die Einschätzung entsprechender Harmonisierungspotenziale und -hemmnisse ebenso unabdingbar wie

¹⁴ So auch die methodischen Ansätze von *Pradel* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté; van Kempen* (Hrsg.), *Pre-trial detention*, insb. *Casorla*, a.a.O., S. 101 f. In diesem Sinne auch bereits die konzeptionelle Ausrichtung von *Dünkel/Vagg*, *Untersuchungshaft*, in: dies. (Hrsg.), S. VIII–XI, insb. *Mérigeau*, S. 227 ff., 231 ff. (Frankreich), anders dagegen bedauerlicherweise *Dünkel*, a.a.O., S. 67 f. (Deutschland), der seine Ausführungen – nicht ganz konsequent – auf die Untersuchungshaft beschränkt, nachdem er zuvor festgestellt hat, dass die Polizeihaft in Deutschland wegen der Pflicht zur unverzüglichen Vorführung vor den Richter (§ 128 StPO) praktisch keine Rolle spiele, dabei aber im gleichen Atemzug (Fn. 2) auf die in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ausdrücklich abgesegnete Polizeipraxis des *Ausschöpfens* der bis zu 48-stündigen Vorführungsfrist verweist, welche dem auf die Festnahme folgenden Zeitraum auf der Polizeiwache sehr wohl den Charakter einer praktisch relevanten Polizeihaft zu verleihen scheint; siehe dazu unten Teil 2, III.C.2.b.bb. Unter den neueren haftrechtsvergleichenden Großstudien beschränken sich soweit ersichtlich lediglich *Ruggeri* (Hrsg.), *Liberty and security* sowie *van Kalmthout* u.a. (Hrsg.), *Pre-trial detention* (siehe dort insb. die begrifflichen Klärungen im Introductory Summary, S. 55 ff.) auf die hier als Justizhaft umschriebene Form der Freiheitsentziehung.

¹⁵ Siehe hierzu *Jescheck*, *Strafrechtsvergleichung*, S. 25 ff.; *Schroeder*, *ZStW* 86 (1974), 791 ff.; *Eser*, *FS für Kaiser*, S. 1506 ff.; *Jung*, *JuS* 1998, 5 f.; *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht*, S. 94 ff.

für das Verständnis des Inhalts und der Hintergründe der bereits verabschiedeten Rechtsangleichungsmaßnahmen.¹⁶

Zum anderen muss zur Beantwortung der Forschungsfrage eine ebenso umfassende, weil nach den Grundsätzen der Äquidistanz durchzuführende Erschließung der deutschen Rechtslage erfolgen. Hierbei handelt es nicht nur um einen notwendigen Zwischenschritt zum Zwecke der Ermöglichung des Vergleichs. Es soll vielmehr zugleich, gewissermaßen im Spiegel der französischen Rechtsordnung, der in deutscher Sprache¹⁷ soweit ersichtlich erstmalige Versuch unternommen werden, die in Deutschland vorherrschende Fokussierung auf die Untersuchungs- bzw. Justizhaft zu lockern und sie durch eine gleichberechtigte Analyse der *deutschen Polizeihaft* zu ergänzen. Auf diese Weise soll nicht zuletzt deren theoretische und praktische *Existenz* – die angesichts ihrer auffälligen Vernachlässigung im deutschen Schrifttum¹⁸ fast schon als *umstritten* gelten muss – und deren Problematik in das Bewusstsein einer breiteren Fachöffentlichkeit gerückt werden.

Der Vergleich als solcher, der das Herzstück der Untersuchung bildet, soll dem Leser sodann im Wege einer Querschnittsanalyse grundlegende Erkenntnisse über die Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Rechtsordnungen im Hinblick auf die normative Verwirklichung des Ausnahmecharakters dieser eingriffsintensivsten aller strafprozessualen Zwangsmaßnahmen vermitteln. Er fasst dabei nicht etwa nur die Landesberichte zusammen, sondern systematisiert und extrahiert deren wesentliche Inhalte, um sie einer systematischen Gegenüberstellung zuzuführen.

Wie bereits weiter oben dargetan, setzt ein aussagekräftiger Vergleich rechtlicher Instrumente und Mechanismen die sprachliche und gedankliche Loslösung von den Begrifflichkeiten, Kategorien und Instituten der jeweiligen Rechtsordnung (etwa

¹⁶ Zu den offensichtlich französisch geprägten Konzepten der „Justizbehörde“ (frz. „autorité judiciaire“) und der „Beeinträchtigung der Rechte der Verteidigung“ (frz. „atteinte aux droits de la défense“) in Art. 8, 12 der EU-Richtlinie über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand (2013/48/EU) siehe unten Teil I, I.A.2.b.bb. sowie C.2.c.aa. und II.E.3.a.bb. Allg. und weiterführend zu den hier nur beispielhaft angerissenen praktischen Funktionen der Auslandsrechtskunde *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung, S. 26 f., 29 f.; *Schroeder*, ZStW 86 (1974), 789 f.; *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), Strafrecht, S. 99 ff.

¹⁷ Siehe immerhin (allerdings in frz. Sprache) *Hünnerfeld*, in: Pradel (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 89 ff.

¹⁸ *Eser*, ZStW 108 (1996), 103 ff. etwa behandelt in Deutschland zwar die „vorläufige Festnahme“, eine „Polizeihaft“ wird dagegen nur in der Türkei und in Frankreich als solche thematisiert. *Dünkel*, in: ders./Vagg (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 67 f. spricht der Polizeihaft in Deutschland wegen der Pflicht zur unverzüglichen Vorführung vor den Richter im Haupttext jede praktische Bedeutung ab und würdigt sie deshalb gar nicht erst näher; in Fn. 2 wird dagegen eingeräumt, dass eine im Schrifttum kritisierte, aber höchsttrichterlich abgesegnete Polizeipraxis besteht, wonach die bis zu 48-stündige Vorführungsfrist häufig zu Ermittlungszwecken ausgeschöpft wird. Selbst *Hünnerfeld*, in: Pradel (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 89 ff. stellt seinen Ausführungen zu §§ 127 ff. StPO die bedauerlicherweise nicht näher spezifizierte Bemerkung voran, dass das dt. Strafverfahren keine Polizeihaft i.S.d. frz. *garde à vue* kenne („La procédure pénale allemande ne connaît pas la détention policière au sens de la garde à vue française.“).

„Untersuchungshaft“ oder *garde à vue*) voraus. Mit der Art und Weise der Beantwortung der Forschungsfrage soll deshalb zugleich auch ein Beitrag zu der Methodendiskussion geleistet werden, wie strafprozessuale Freiheitsentziehungen gegenüber Tatverdächtigen im Wege einer begrifflichen und systematischen Metastruktur rechtsordnungsübergreifend sinnvoll erfasst, dargestellt und verglichen werden können (siehe dazu unten B.).¹⁹

Obschon die Zugänglichkeit der Arbeit im Ausland aufgrund der Sprachbarrieren zwangsläufig geschmälert ist, soll der Vergleich prinzipiell zugunsten *beider* Rechtsordnungen, also nicht nur für den deutschen, sondern auch für den französischen Gesetzgeber,²⁰ einen rechtspolitischen „Lösungsvorrat“ aufzeigen. Vor diesem Hintergrund sollen ausgewählte Optimierungsmöglichkeiten und Entwicklungspotenziale bei der normativen Umsetzung des Ausnahmecharakters der Maßnahmen angesprochen und zur Diskussion gestellt werden.

4. Eingrenzung

Die vorliegende Untersuchung intendiert allerdings keine umfassende rechtspolitische Bewertung mit dem Ziel der Formulierung konkreter rechtspolitischer Handlungsempfehlungen. Ein solches Vorhaben könnte zwar an den oben (unter I.B.) skizzierten, einheitlichen europäischen Vorgaben anknüpfen, die Durchführung einer Implementationsstudie bzw. eine Verifizierung der Europarechtskonformität des nationalen Rechts würde aber nicht nur den Rahmen der Untersuchung sprengen. Sie lässt sich vielmehr genauso gut auch auf nationaler Ebene bzw. unter Beschränkung auf *eine* Rechtsordnung durchführen. Hinzu kommt, dass die Arbeit primär der Verwirklichung des in beiden Ländern postulierten Freiheitsschutzziels gilt. Sie kann schon allein wegen des Umfangs und des Facettenreichtums der Materie keine Abwägung mit gegenläufigen Sicherheitsinteressen anstreben, die jedoch bei konsequenter Durchführung für jede der zahlreichen untersuchten Einzelfragen vonnöten wäre, um spezifische rechtspolitische Empfehlungen formulieren zu können. Die der Analyse der verschiedenen Haftformen vorangestellten empirischen Eckdaten zu Anwendungshäufigkeit und Dauer der Maßnahme zeichnen freilich auch so bereits ein einigermaßen aussagekräftiges Bild davon, wie erfolgreich die normativen Bemühungen beider Länder zur Eingrenzung der Haft in der Rechtswirklichkeit sind. Außerdem sprechen die in dem rechtsvergleichenden Kapitel herausgearbeiteten Konvergenzen und Divergenzen weitgehend für sich.

¹⁹ Zu dieser zentralen Funktion und Aufgabe der Rechtsvergleichung *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 43 ff. sowie aus strafrechtlicher Sicht *Jescheck*, Strafrechtsvergleichung, S. 27 f., 34 f.; *Eser*, FS für Kaiser, S. 1519; *Jung*, JuS 1998, 3; *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), Strafrecht, S. 114 ff. („systematische Strafrechtsvergleichung“); *Schroeder*, ZStW 86 (1974), 794, 795.

²⁰ Anders *Jescheck*, ZStW 86 (1974), 776, der nur den *eigenen* Gesetzgeber in den Genuss von Verbesserungsvorschlägen kommen lassen will.

Neben der Fertigung einer summarischen Übersicht über die wesentlichen Erkenntnisse des Vergleichs ist daher lediglich eine knapp gefasste, kritische Abschlussbewertung beabsichtigt. Mit ihr sollen ausgewählte Aspekte, bei denen das Schutzniveau beider Länder variiert, noch einmal herausgegriffen und gesondert gewürdigt werden, um auf dieser Grundlage rechtspolitische Entwicklungspotenziale aufzeigen zu können.

Ebenfalls nicht vorgesehen ist die Berücksichtigung der abweichenden Sonderregelungen, die zugunsten besonders schutzbedürftiger Personen existieren (insb. Kinder und Jugendliche sowie sonst eingeschränkt zurechnungsfähige Personen; nicht der Landessprache mächtige Ausländer; körperlich oder geistig Behinderte). Für die Zwecke dieser Untersuchung muss vielmehr im Wesentlichen eine Darstellung derjenigen Grundsätze genügen, die für den „Normalfall“ des uneingeschränkt schuldfähigen Erwachsenen gelten, der keine konstitutiven Mängel oder sprachlichen Defizite aufweist.

Schließlich muss auf eine vertiefte Darstellung des Vollzugs der Justizhaft verzichtet werden. Ähnlich wie das Strafvollzugsrecht bilden auch das Recht des Untersuchungshaftvollzugs sowie das Recht des Vollzugs der *détention provisoire* eine Spezialmaterie. Zwar ist das der Untersuchung zugrunde gelegte Vier-Stufen-Analysemuster so angelegt, dass es – namentlich bei der 2. (Verlauf der Haft) und 3. Stufe (Garantien) – die Erfassung von besonders wichtigen Vollzugselementen (z.B. Kontakt mit der Außenwelt) erlaubt. Dabei handelt es sich jedoch nur um Einzelaspekte, welche die Rechtsstellung des Justizhäftlings im Haftvollzug nur unvollständig erfassen und wichtige Themenbereiche allenfalls streifen (z.B. Disziplinarsanktionsrecht).²¹

B. Forschungsmethode

1. Funktionale Rechtsvergleichung

Forschungsmethode ist die funktionale Rechtsvergleichung.²² Grundlage des „Problemlösungsvergleichs“ bildet das beiden Rechtsordnungen gemeinsame Anliegen (soziales Problem bzw. Sachproblem), Freiheitsentziehungen im Rahmen

²¹ Siehe auch *Jescheck*, in: ders./Krümpelmann (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 7, wo das Recht des Justizhaftvollzugs ausdrücklich und vollumfänglich ausgeklammert wird.

²² *Zweigert/Kötz*, *Rechtsvergleichung*, S. 33; aus strafrechtlicher Sicht: *Jescheck*, *ZStW* 86 (1974), 772 f.; *Eser*, *FS für Kaiser*, S. 1521 f.; *Jung*, *JuS* 1998, 2; *Sieber*, in: ders./Albrecht (Hrsg.), *Strafrecht*, S. 112 ff.; *Engelhart*, *Sanktionierung*, S. 23; zur Kritik aus soziologischer Sicht *Michaels*, in: *Reimann/Zimmermann* (Hrsg.), *Comparative Law*, S. 339 ff.; für eine Weiterentwicklung auf systemtheoretischer Grundlage *Fateh-Moghadam*, in: *Beck u.a.* (Hrsg.), *Strafrechtsvergleichung*, S. 43 ff.

des Strafverfahrens gegenüber lediglich tatverdächtigen Personen durch normative Vorkehrungen auf das strikt erforderliche Maß einzuzugrenzen.

Der vorliegende Vergleich setzt also – anders als bisherige Forschungsarbeiten – nicht schon von vornherein an spezifischen Institutionen und Kategorien des nationalen Haftrechts an, sondern er geht zunächst von dem einheitlichen Sachproblem der Verwirklichung des Ausnahmecharakters dieser Maßnahmen aus und nähert sich erst auf diese Weise den einschlägigen nationalen Regelungen und Figuren.

2. Differenzierung der Sachfrage

Bei der eingangs vorgenommenen Skizzierung des europarechtlichen Umfelds der Materie (oben I.B.1.) wurde deutlich, dass die normative Umsetzung dieses Ausnahmecharakters auf vier Bereichen ansetzen kann. Diese vier Bereiche liefern die für die Strukturierung der Haftrechtsanalyse erforderlichen Konkretisierungen der übergeordneten Sachfrage. Hieraus leiten sich folgende Unterfragen ab:

1. Wer darf wann gegenüber wem zu welchen Zwecken und unter welchen formalen, prozeduralen und sonstigen materiellen Voraussetzungen die Freiheitsentziehung anordnen? („Ob“ der Haft – 1. Stufe)
2. Wie lange und auf welche Weise darf sie aufrechterhalten und ggf. verlängert werden? („Ob noch“/„Wie lange“ der Haft – 2. Stufe)
3. Welche Garantien werden dem Betroffenen im Zusammenhang mit der Anordnung, Durchführung und Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung eingeräumt? („Wie“ der Haft – 3. Stufe)
4. Welche Möglichkeiten stehen dem Betroffenen zu, die Einhaltung dieser Grundsätze (1.–3.) einer gerichtlichen Kontrolle zuzuführen? (Kontrolle der Haft – 4. Stufe)

Die bereits in der Formulierung der Forschungsfrage angelegten (siehe oben A.1.) vier Stufen verkörpern mithin Ableitungen und Präzisierungen des übergeordneten, gemeinsamen Sachproblems (Verwirklichung des Ausnahmecharakters der Haft). Diese Stufen verzweigen sich ihrerseits in weitere Unterableitungen, welche wiederum selbst spezifischen sozialen Problemlagen entsprechen (z.B. bei der 3. Stufe: Anspruch auf Information, Anwaltsbeistand, Benachrichtigung etc.). Diese mannigfachen Verzweigungen von Forschungsfrage und Sachproblematik spiegeln sich denn auch im Gang der Untersuchung wider (III.).

3. Unterscheidung „Polizeihaft“ versus „Justizhaft“

Obschon die übergeordnete Sachfrage (Ausnahmecharakter) und ihre vier Konkretisierungen sowohl bei der Polizeihaft als auch bei der Justizhaft zu beantworten sind, unternimmt die Arbeit eine getrennte Würdigung der beiden Haftformen und

ihrer jeweiligen institutionellen Ausprägungen.²³ Sie sieht damit, jedenfalls weitgehend, sowohl von einer haftformübergreifenden Analyse als auch von einer haftzweckbezogenen Klassifizierung der verschiedenen freiheitsentziehenden Maßnahmen ab.

Eine gemeinsame, haftformübergreifende Analyse und Darstellung scheidet wegen der sehr unterschiedlichen Physiognomie und Struktur der Maßnahmen aus. Ungeachtet der offenkundigen *funktionalen* Parallelen, die Polizeihaft und Justizhaft (ähnlich wie die sonstigen polizeilichen Eileingriffsbefugnisse im Verhältnis zur jeweiligen richterlichen Grundermächtigung) verbinden,²⁴ handelt es sich (anders als etwa beim Verhältnis zwischen § 81a Abs. 2 Alt. 1 und Alt. 2 StPO oder zwischen § 105 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 und 2 StPO) in institutionell-struktureller Hinsicht um völlig eigenständige Maßnahmen. So variieren nicht nur die Anordnungs-kompetenzen – ein Umstand, der mit Blick auf die zumindest in Frankreich bestehende Möglichkeit einer *gerichtlichen* Verlängerung der Polizeihaft an Gewicht verliert –, sondern auch und vor allem die sonstige Grundarchitektur der Maßnahmen (Dauer der Haft, Ort der Haft und damit Haftvollzug, haftspezifisches Garantienlevel und Schutzbedürfnis des Betroffenen).²⁵ Auch wenn sich die vorliegende interessierenden Fragen bei beiden Haftformen *prima facie* auf ähnliche Weise stellen (vgl. die einheitliche Struktur der entsprechenden Analyseabschnitte in dem 4-Stufen-Ansatz), so stehen die Fragen doch jeweils unter ganz unterschiedlichen Vorzeichen und entziehen sich deshalb in weitem Umfang einer übergreifenden Darstellung und Analyse (siehe aber immerhin unten Schlussbetrachtung, II.).

²³ Zumindest im Ansatz ähnlich wie hier auch fremdsprachige rechtsvergleichende Arbeiten, welche die nicht nur annexartige Einbeziehung der Polizeihaft intendieren (und auch realisieren): Die Landesberichte bei *Pradel* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, nehmen sich Polizeihaft und Justizhaft in zwei gesonderten Kapiteln an, welche allerdings – anders als hier – völlig unterschiedlich strukturiert sind. Außerdem wird dort auch auf die Bildung einer begrifflichen Metaebene verzichtet: Mit „La garde à vue en droit comparé“ (S. 7 ff.) und „La détention provisoire en droit comparé“ (S. 115 ff.) werden vielmehr die Begrifflichkeiten und Institutionen des frz. Rechts zum Ausgangspunkt des Vergleichs genommen. Bei *van Kempen* (Hrsg.), *Pre-trial detention and Dünkel/Vagg* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, tragen zwar immerhin die frz. Landesberichte (*Pradel, Mériageau*) der Vorgabe einer gleichberechtigten Berücksichtigung beider Haftformen im Wege einer separaten Darstellung Rechnung. Die dt. Landesberichte (*Dünkel, Feest*) konzentrieren sich dagegen von vornherein auf die Untersuchungshaft.

²⁴ Vgl. einerseits § 127 Abs. 2 StPO, der die Untersuchungshaftgründe inkorporiert (siehe unten Teil 2, II.B.3.c.), sowie andererseits die Aufzählung der gesetzlichen Ziele der *garde à vue* in Art. 62-2 CPP, die sich am Katalog in Art. 144 CPP für die *détention provisoire* orientiert (siehe unten Teil 1, II.B.3.b.).

²⁵ So auch schon *Grebing*, *Untersuchungshaft*, S. 48 f. für das frz. Recht, wo die strukturellen Unterschiede zwischen Polizeihaft und Justizhaft – auch wegen ihrer unterschiedlichen verfahrenskontextuellen Einbindung (siehe unten Teil 1, I.C.1.a. zur Abgrenzung zwischen polizeilichem Ermittlungsverfahren und gerichtlicher Voruntersuchung) – besonders deutlich zutage treten.

Indem die Arbeit zwei institutionell-strukturell definierte Haft-Oberkategorien gegenüberstellt, die als „Polizeihaft“ und „Justizhaft“ bezeichnet und oben näher charakterisiert wurden, verzichtet sie zugleich darauf, die Darstellung und Systematisierung der verschiedenen Inhaftierungsbefugnisse unter Zugrundelegung eines finalen Metakriteriums zu ordnen (etwa: Fluchtverhinderungshaft; Identitätsfeststellungshaft; Beugehaft; Vernehmungshaft etc.).

Die Entscheidung gegen eine haftzweckbezogene Klassifizierung der verschiedenen freiheitsentziehenden Maßnahmen ist vorliegend bereits dadurch vorgegeben, dass der Anknüpfungspunkt von Sachproblem und Forschungsfrage *grundrechtsspezifisch* (Ausnahmecharakter der Freiheitsentziehung: Wann darf wie lange mit welchen Garantien und Rechtsschutzmöglichkeiten vorläufig eingesperrt werden?) und nicht – bzw. erst auf nachgeordneter Ebene²⁶ – *teleologisch* (wozu dürfen Tatverdächtige vorläufig eingesperrt werden?) definiert wurde.

Für diese Art der Anknüpfung spricht zum einen der haftrechtscharakteristische Umstand, dass die strafprozessualen Freiheitsentziehungen – im Gegensatz zu vielen anderen Ermittlungsmaßnahmen²⁷ – bereits vom Gesetz selbst als multifunktionale Maßnahmen konzipiert sind (vgl. die Aufzählungen in §§ 112, 112a, 127 ff. StPO und Art. 62-2, 144 CPP), dass zu den gesetzlichen Haftzielen in der Rechtswirklichkeit mindestens ebenso viele latente, heimliche Haftmotive hinzutreten und dass sich die Zwecke der verschiedenen Haftformen und -institutionen überschneiden. Ein haftzweckbasierter Rechtsvergleich ist mithin – so er sich nicht von vornherein lediglich auf ganz *bestimmte* Haftzwecke (etwa: Fluchtverhinderungshaft; Beweissicherungshaft; Vernehmungshaft; Ermittlungshaft; Terroranschlagsverhinderungshaft) beschränken und sich somit der Chance einer umfassenden, zweckübergreifenden Darstellung der Materie begeben will²⁸ – schon aus Darstellungsgründen nicht durchführbar.

Zum anderen rechtfertigt auch der strafverfahrensrechtliche Gegenstand der Untersuchung den hier gewählten Ansatz: Anders als im materiellen Strafrecht, wo in der Regel nicht das durch die Strafandrohung oder die Strafe selbst eingeschränkte Rechtsgut/Grundrecht, sondern das *tatbestandlich geschützte Rechtsgut* und damit

²⁶ Das Ziel der Haft („Wozu“) wird bei der Beurteilung der normativen Umsetzung des Ausnahmecharakters der Maßnahme sowohl auf der Ebene des „Ob“ (Eingrenzung der Anordnung), als auch auf der des „Ob noch“/„Wie lange“ (Eingrenzung der Dauer) der Freiheitsentziehung relevant (siehe sogleich).

²⁷ Vgl. etwa die in der StPO als monofinale Maßnahme angelegte körperliche Untersuchung (§ 81a StPO: „zur Feststellung von Tatsachen [...], die für das Verfahren von Bedeutung sind“) oder die doppelfinal konzipierte Durchsuchung (§ 105 StPO: „Ergreifungsdurchsuchung“ und „Ermittlungsdurchsuchung“).

²⁸ Zu dieser immanenten Schwäche des (zweck)funktionalen Ansatzes bei der Rechtsvergleichung *Michaels*, in: Reimann/Zimmermann (Hrsg.), *Comparative Law*, S. 371.

der Zweck der Pönalisierung das wichtigste Strukturmerkmal bildet,²⁹ kommt diese Funktion bei strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen weniger – d.h. zweitrangig³⁰ – der konkreten strafprozessualen Zweckrichtung des staatlichen Eingriffshandelns zu. Primär maßgeblich ist stattdessen die grundrechtliche Angriffsrichtung, also das *Rechtsgut, in das eingegriffen wird* (in unserem Fall: das Grundrecht auf körperliche Bewegungsfreiheit).³¹

Der Umstand, dass die für die Beantwortung der Forschungsfrage gegenüberzustellenden Haftformen und die ihnen korrespondierenden Haftinstitutionen (Polizeihaft: *garde à vue* versus Haft nach vorläufiger Festnahme; Justizhaft: *détention provisoire* versus Untersuchungshaft) ihrerseits, trotz des strafprozessualen Kontextes, möglicherweise nicht nur übereinstimmenden, sondern auch unterschiedlichen Zielen und Zwecken dienen, also selbst nur zu einem gewissen Grade zueinander zweckäquivalent sind, lässt die funktionale Äquivalenz der nationalen Lösungsansätze bei der Verwirklichung des Ausnahmecharakters der Haft und ihrer vier sachlichen Präzisierungen unberührt.

Im Übrigen bedeutet der Verzicht auf eine finale Klassifizierung als zentrales Ordnungsprinzip nicht etwa, dass keine komparativen Erkenntnisse über die Reichweite der Zweckäquivalenz der betreffenden Maßnahmen angestrebt würden. Ganz im Gegenteil: Nachdem die Haftgründe (d.h. das „Wozu“ der Haft) sowohl auf der 1. („Ob“) als auch auf der 2. Stufe („Ob noch“, „Wie lange“) des Analysestasters relevant werden, ermöglichen sie inzidenter einen Haftzweck- bzw. Haftfunktionenvergleich, dem im Rahmen der Beurteilung des Ausnahmecharakters der

²⁹ Vgl. das gesetzliche Ordnungsprinzip im Besonderen Teil des StGB, das auch den gängigen Lehrbuchdarstellungen zugrunde liegt: Straftaten *gegen* das Leben (also: Lebensschutz als Verbotszweck), *gegen* das Eigentum (Eigentumsschutz als Verbotszweck), *gegen* den Wettbewerb (Wettbewerbschutz als Verbotszweck) etc.; *nicht*: Straftatbestände, welche die Meinungsfreiheit einschränken, welche die allgemeine Handlungsfreiheit einschränken etc.; *nicht*: Straftatbestände, die mit einer Einschränkung des Freiheitsrechts (Freiheitsstrafe) oder des Vermögens (Geldstrafe) sanktioniert werden.

³⁰ Zur nachgeordneten, aber dennoch erheblichen Bedeutung, die der Analyse des Zwecks des Grundrechtseingriffs (hier: „Wozu“ der Haft) im Rahmen der Untersuchung (hier: beim „Ob“, „Ob noch“, „Wie lange“ der Haft) zukommt, siehe bereits oben; allg. dazu auch *Amelung*, JZ 1987, 737, 738 ff.; siehe zur Bedeutung der Identifikation und Analyse der Ziele und Funktionen strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen außerdem *Schroeder*, JZ 1985, 1028 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 1 ff.

³¹ Vgl. die gesetzliche Regelungstechnik bei den Ermittlungsmaßnahmen in der StPO und die den gängigen Lehrbuchdarstellungen zugrunde liegende institutions- und damit i.E. grundrechtsbezogene Struktur: z.B. Untersuchungshaft (also: Eingriff in Art. 2 Abs. 2 GG), Beschlagnahme (Eingriff in Art. 14 GG), Durchsuchung (Eingriff in Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG); *nicht*: Maßnahmen zur Beweissicherung; Maßnahmen zur Anwesenheitssicherung; Maßnahmen zur Verhinderung künftiger Straftaten. – *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 1 ff., 3 ff. und nach Rn. 26 (S. 236) widmen sich zwar in ihren grundlegenden Ausführungen zu den strafprozessualen Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffen *an erster Stelle* deren Zweck, bevor sie sich dem betroffenen Grundrecht zuwenden; der Gliederung und Aufbereitung der Materie selbst liegt jedoch ebenfalls eine institutions- und damit grundrechtsbezogene Struktur zugrunde.

Maßnahmen ganz zentrale Bedeutung zukommt (siehe dazu unten Teil 3, II.B.3. und C.2. sowie III.B.3. und C.3.).³²

4. Einbeziehung des breiteren haftrechtlichen Umfelds

Da der auf dem Funktionalitätsprinzip aufbauende Vergleich danach strebt, herauszufinden, wie die französische und die deutsche Rechtsordnung mit dem oben skizzierten Sachproblem und dem sich in ihm manifestierenden Interessen- bzw. Prinzipienkonflikt – (körperliche Bewegungs-)Freiheit versus Sicherheit – umgehen, kann sich die Untersuchung nicht auf eine bloße Analyse der einschlägigen strafverfahrensgesetzlichen Regelungen in StPO und CPP³³ und deren Auslegung in Rechtsprechung³⁴ und Schrifttum³⁵ beschränken („law in the books“), sondern sie muss diese vielmehr – im Sinne eines „Strukturvergleichs“³⁶ – im Lichte des weiteren relevanten Kontextes würdigen. Hierzu gehört neben der Herausarbeitung der Bedeutung der beiden Haftformen in der Rechtswirklichkeit, ihres historischen Hintergrunds, Anwendungsbereichs und systematischen Zusammenhangs sowie etwaiger Haftalternativen auch die Berücksichtigung der übergeordneten verfassungs- und menschenrechtlichen Rahmenbedingungen (insb. übergesetzlicher Schutz des Freiheitsrechts; Reichweite der – für die Eröffnung des Anwendungs-

³² Vgl. *Schroeder*, ZStW 86 (1974), 797 (unter Auseinandersetzung mit *Constantinesco*): „Es ist eine legitime und verdienstvolle Aufgabe der Rechtsvergleichung aufzuzeigen, wie auch institutionell und strukturell ähnliche Institutionen in einem unterschiedlichen rechtlichen oder auch nur sozialen oder politischen Kontext eine völlig unterschiedliche Funktion [Anm. d. Verf.: lies Ziel- und Zwecksetzung] erhalten können. Die Rechtsvergleichung zeigt damit den Einfluss außerinstitutioneller Faktoren auf das Funktionieren der Rechtsinstitute auf, unterstützt die Deutung der fremden politischen und sozialen Systeme und eröffnet rechtspolitisch die Möglichkeit zu einer „Umfunktionsierung“ [Anm. d. Verf.: lies Zweckänderung] der eigenen Rechtsinstitute.“

³³ Die in der Arbeit zitierten frz. Gesetzestexte sind – auch in älteren Fassungen – abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr. Von ihrer wörtlichen Wiedergabe durfte deshalb mit Zurückhaltung Gebrauch gemacht, auf ihre auszugartige Beifügung im Anhang konnte verzichtet werden. Eine engl. Übersetzung des CPP ist abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations. Eine dt. Version der frz. Verfassung findet sich unter: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/la-constitution-du-4-octobre-1958.5071.html [Stand: 12/2014].

³⁴ Die in der Arbeit unter Angabe der Fundstelle in der amtlichen Sammlung (Bull. n^o) oder – bei dort nicht veröffentlichten Entscheidungen – ihres Aktenzeichens zitierten Entscheidungen der Cour de cassation sind im Volltext abrufbar unter www.legifrance.gouv.fr/initRechExpJuriJudi.do [Stand: 12/2014].

³⁵ Zum Fehlen von Gesetzeskommentaren, welches durch kommentarähnliche, allerdings nach thematischen Schlagworten geordnete Enzyklopädien (*Répertoire Dalloz*, *JurisClasseur LexisNexis*) kompensiert wird, sowie zum vergleichsweise geringen Bestand an Monografien, der darauf zurückzuführen ist, dass Dissertationen noch immer ausgesprochen selten publiziert werden vgl. *Jung/Walther*, in: *Bauknecht/Lüdicke*, CPP, S. 16.

³⁶ *Jung*, JuS 1998, 2 f.; *Sieber*, in: *ders./Albrecht* (Hrsg.), *Strafrecht*, S. 116 f.; *Engelhart*, *Sanktionierung*, S. 21 f.

bereichs der tatverdachtsabhängigen Freiheitsentziehungen maßgeblichen – Pönalisierungsbefugnis des Gesetzgebers), der sicherheitsrechtlichen Grundstrukturen (Verhältnis von Strafprozessrecht und Polizeirecht bzw. von Repression und Prävention bzw. von strafverfahrens- und gefahrenabwehrrechtlichen Freiheitsentziehungen) sowie des strafprozessualen Kontextes, in den die Maßnahmen eingebettet sind.³⁷ Vor diesem Hintergrund ist z.B. auch die auf den ersten Blick möglicherweise etwas fernliegend anmutende Auseinandersetzung mit der Problematik der gerichtlichen Beweisverwertung unabkömmlich, da anderenfalls die Frage nach der Sanktionsfähigkeit von Verstößen gegen die gesetzliche Ausgestaltung des Freiheitsschutzes – vor allem, aber nicht nur im französischen Recht (siehe unten Teil 3, E.2.a. und b.) – nur unvollständig beantwortet werden könnte. Entsprechendes gilt etwa auch für die Frage nach der Reichweite der Pönalisierungsbefugnis des Gesetzgebers, der vor allem in Frankreich wegen des weitgehenden Fehlens genuin präventiv-polizeirechtlicher Zwangsmaßnahmen besonderes Gewicht zukommt (siehe unten Teil 3, I.A.3. und I.B.).

Wenngleich die Durchführung einer empirischen Erhebung aus Ressourcengründen nicht in Betracht kam, schöpft die Arbeit immerhin – über die Einbeziehung vorhandener statistischer Materialien hinaus – aus den praktischen Eindrücken des französischen „law in action“, die 2011 bei Forschungsaufenthalten in Strasbourg, Paris und Mulhouse gewonnen werden konnten. Neben Interviews mit Anwälten, Polizeibeamten, Staatsanwälten und Richtern konnte der Vollzug der *garde à vue* auf dem Polizeirevier beobachtet, staatsanwaltschaftlichen Vernehmungen aus der Polizeihaft vorgeführter Personen beigewohnt und an Gerichtsverhandlungen über die Anordnung der *détention provisoire* teilgenommen werden.

5. Übersetzungsfragen

Nachdem eine deutschsprachige Analyse des französischen Rechts einerseits nicht ohne Übersetzungen auskommt, der Verwendung der einheimischen Fachterminologie jedoch andererseits die Gefahr immanent ist, dass Ähnlichkeiten suggeriert werden, die so möglicherweise gar nicht bestehen, bedient sich die vorliegende Arbeit eines Kompromisses.³⁸ Die für die Untersuchungsfrage zentralen Begrifflichkeiten, namentlich die wichtigsten institutionellen Ausprägungen der beiden Meta-Haftformen, werden im Original beibehalten, d.h. es ist in der Regel nicht die Rede von einer „französischen Untersuchungshaft“³⁹ oder einem „franzö-

³⁷ Siehe *Jescheck*, ZStW 86 (1974), 774 f., der betont, dass in der Darstellung der unterschiedlichen Verfahrensakteure und ihres Zusammenwirkens eine besondere Schwierigkeit der Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts liegt.

³⁸ Ähnlich *Engelhart*, Sanktionierung, S. 31 f.

³⁹ Vgl. oben A.2. sowie unten Teil 2, III.A.1.a. zu den Kontroversen, die sich selbst in Deutschland an dem ambivalenten Begriff „Untersuchungshaft“ entzünden.

sischen Polizeigewahrsam“,⁴⁰ sondern von der *détention provisoire* bzw. der französischen Justizhaft oder von der *garde à vue* bzw. der französischen Polizeihaft.⁴¹ Im Übrigen wird nach Möglichkeit eine Eindeutigung vorgenommen und der französische Begriff in Klammern angefügt. Lediglich bei häufiger wiederkehrenden Begriffen, zumal bei solchen, deren Übertragung ins Deutsche Schwierigkeiten bereitet, wird im Anschluss an die erstmalige begriffliche Klärung das französische Original teilweise auch als Synonym verwendet.⁴²

C. Weitergehender Forschungsertrag

Die Arbeit reiht sich ein in eine ganze Serie von auslandsrechtlichen und rechtsvergleichenden Forschungsprojekten zu freiheitsentziehenden Maßnahmen, die in den vergangenen 40 Jahren am Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht realisiert wurden. Neben den beiden bereits mehrfach erwähnten Werken, die in den 1970er Jahren unter der Leitung des Institutsgründers *Hans-Heinrich Jescheck* entstanden sind (Sammelband von *Jescheck/Krümpelmann* zur „Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht“, 1971; Monografie von *Grebing* zur „Untersuchungshaft in Frankreich“, 1974) sei insbesondere auf die ebenfalls im Rahmen der International Max Planck Research School for Comparative Criminal durchgeführten Dissertationen von *Forster* (zu „Freiheitsbeschränkungen für mutmaßliche Terroristen“, 2010) und *Müller* (zu „Präventive[n] Freiheitsentziehungen als Instrument der Terrorismusbekämpfung“, 2011) hingewiesen, außerdem auf das rechtsvergleichende Sammelwerk von *Koch* (zu „Freiheitsentziehende[n] Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche [Rückfall-]Täter“, 2011) sowie die nicht zuletzt im Hinblick auf die französische Polizeihaft lesenswerte Monografie von *Pfützner* (zu „Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren“, 2008). All diesen Arbeiten liegt – ebenso wie den zahlreichen außerhalb des Instituts entstandenen Werken zu strafprozessualen Freiheitsentziehungen gegenüber Tatverdächtigen im Ausland⁴³ – explizit oder implizit die Einsicht zugrunde, dass es sich bei diesen

⁴⁰ Obwohl der Begriff „Polizeigewahrsam“ an sich rechtsgebietsneutral ist, wird er im dt. Recht zwar nicht ausschließlich, aber doch primär im Zusammenhang mit dem polizeirechtlichen Präventivgewahrsam – also einer strafverfahrensexternen Freiheitsentziehung – gebraucht. Insoweit bestünde daher die Gefahr von Fehlassoziationen.

⁴¹ Zu den begrifflichen Ansätzen anderer auslandsrechtlicher und rechtsvergleichender Untersuchungen siehe unten Teil I, II.A.1.a. und III.A.1.a.

⁴² Z.B. *instruction* (gerichtliche Voruntersuchung), *enquête* (polizeiliches Ermittlungsverfahren), *autorité judiciaire* (ordentliche Gerichtsbarkeit inklusive Staatsanwaltschaft), *sûreté* (Sicherheit vor willkürlicher Haft, also: körperliche Bewegungsfreiheit) etc.

⁴³ Unter den rechtsvergleichenden Sammelbänden in dt., engl. oder frz. Sprache seien nochmals genannt die Werke von *Pradel* (zu „Atteintes à la liberté avant jugement“, also „Freiheitsentziehungen vor dem Urteil“, 1992), *Dünkel/Vagg* (zu „Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug“, 1994), *van Kalmthout* u.a. (zu „Pre-trial detention in the Eu-

Maßnahmen um einen der „neuralgischen Punkte“ des Strafverfahrens handelt,⁴⁴ bei dem die Gewinnung auslandsrechtlicher und vergleichender Erkenntnisse von grundlegendem Interesse ist. Die vorliegende Arbeit baut auf den in diesen Untersuchungen gewonnenen Erkenntnissen auf und versucht, sie dort wo nötig zu aktualisieren sowie inhaltlich und methodisch auf die oben skizzierte Weise fortzuentwickeln.

Da gerade das französische Haftrecht in deutscher Sprache noch nicht vollständig, d.h. unter adäquater – im Sinne von gleichberechtigter – Gewichtung von Polizeihaft und Justizhaft abgebildet wurde⁴⁵ und da mithin der Versuch einer vergleichenden deutsch-französischen Gesamtbetrachtung noch nicht unternommen wurde,⁴⁶ füllt die Untersuchung hier eine bedeutsame Forschungslücke aus. In methodologischer Hinsicht könnte ihre Bedeutung insofern über den deutsch-französischen Vergleich hinausreichen, als sie eine auf die Analyse anderer Rechtsordnungen möglicherweise übertragungsfähige Metastruktur (haftrechtliche Dichotomie: Polizeihaft versus Justizhaft; vierstufiges Analyseraster) für die auslandsrechtliche und rechtsvergleichende Erfassung strafprozessualer Freiheitsentziehungen entwickelt und zur Diskussion stellt. Außerdem soll gezeigt werden, dass die in Deutschland häufig zu beobachtende Fokussierung auf die „Untersuchungshaft“ weder der ausländischen noch der eigenen Rechtsordnung gerecht wird.

ropean Union“, 2009), *van Kempen* (zu „Pre-trial detention“ bzw. „Détention avant jugement“, 2012) und *Ruggeri* (zu „Liberty and Security in Europe“, 2012). Monografische Darstellungen in dt. Sprache, die sich (auch) den *polizeilichen* Freiheitsentziehungen im frz. Strafverfahrensrecht widmen, bieten *Glatthaar* (zur „Rechtsstellung der Polizei im französischen Ermittlungsverfahren“, 1960), *Goy* (zur „Vorläufige[n] Festnahme und grenzüberschreitende[n] Nacheile“, 2002), *Witzack* (zum „Recht der französischen Vollzugspolizeien“, 2002) und *Manaigo-Vekil* (zur „Gruppenkriminalität im deutsch-französischen Vergleich“, 2010). Die rechtsvergleichende Arbeit von *Trautwein* (zum „Freiheitsentzug im Verwaltungsrecht“, 2003) behandelt dagegen nur *verwaltungsrechtliche* Freiheitsentziehungen.

⁴⁴ *Jescheck*, in: ders./Krümpelmann (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 8.

⁴⁵ *Jescheck/Krümpelmann* und *Grebing* legen den Fokus auf die Untersuchungs- bzw. Justizhaft (*détention provisoire*) und thematisieren die Polizeihaft der *garde à vue* lediglich annexartig; *Glatthaar*, *Goy*, *Witzack*, *Pfützner* und *Manaigo-Vekil* interessieren sich umgekehrt allein für polizeiliche Freiheitsentziehungen und blenden die *détention provisoire* aus. Immerhin tragen die neueren rechtsvergleichenden Sammelwerke von *Pradel*, *Dünkel/Vagg* und *van Kempen* in ihren Landesberichten zum frz. Recht der Gleichbedeutung beider Haftformen Rechnung – darunter ist jedoch einzig der Text von *Mérigeau*, in: *Dünkel/Vagg* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 225 ff. in dt. Sprache verfasst.

⁴⁶ Bei den Arbeiten von *Glatthaar*, *Grebing* und *Pfützner* handelt es sich um rein auslandsrechtliche Darstellungen ohne Vergleichsteil; die Untersuchungen von *Goy*, *Witzack* und *Manaigo-Vekil* enthalten zwar vergleichende Ausführungen, beschränken sich aber auf polizeiliche Freiheitsentziehungen. Die Sammelwerke von *Dünkel/Vagg* und *van Kempen* widmen sich zwar in den frz. Landesberichten in gleichberechtigter Weise Polizeihaft und Justizhaft. Erstere wird jedoch in den dt. Landesberichten weitgehend ausgespart, sodass insoweit die Grundlage für einen dt.-frz. Rechtsvergleich fehlt.

III. Aufbau der Arbeit

Die Struktur der Arbeit ist durch Zielsetzung und Methode der Untersuchung klar vorgezeichnet. Da die Gliederungsoberpunkte den übereinstimmenden sozialen Problemen und Sachfragen in ihren mannigfachen Konkretisierungen entsprechen, sind die Landesberichte zum französischen (Erster Teil) und zum deutschen Recht (Zweiter Teil) ebenso wie der auf ihnen querschnittartig aufbauende Problemlösungsvergleich (Dritter Teil) im Wesentlichen einheitlich aufgebaut.¹

In einem ersten Schritt (I.) – welcher der eigentlichen Analyse der freiheitsentziehenden Maßnahmen jeweils vorgelagert ist – erfolgt die für den breit angelegten „Strukturvergleich“ (siehe oben B.4.) erforderliche Grundlegung zu den übergesetzlichen Rahmenbedingungen (A.), zu den sicherheitsrechtlichen Grundstrukturen (B.) und zum strafverfahrensrechtlichen Kontext (C.) für Freiheitsentziehungen gegenüber tatverdächtigen Personen. Bei den übergesetzlichen Rahmenbedingungen des Freiheitsschutzes mutmaßlicher Straftäter (A.) wird neben dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen der nationalen und der konventionsrechtlichen Grundrechtsschutzebene (1.) und dem verfassungsrechtlichen Schutz des Freiheitsgrundrechts (2.) skizziert, inwieweit die Verfassung den Gesetzgebern bei der Definition von Straftatbeständen Grenzen setzt (3.). Die Analyse der einschlägigen sicherheitsrechtlichen Grundstrukturen (B.) geht der Frage nach, wie konsequent beide Länder die der Abgrenzung zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht übereinstimmend zugrunde liegende Unterscheidung präventiver und repressiver Zwecke im Allgemeinen (1.) sowie speziell im Zusammenhang mit freiheitsentziehenden Eingriffsbefugnissen (2.) verwirklichen und inwieweit Letztere durch verwaltungsrechtliche Festhaltebefugnisse ergänzt werden. Die Erörterung des strafverfahrensrechtlichen Kontextes (C.) umreißt aufbauend auf einer überblicksartigen Darlegung der wesentlichen Akteure und Abläufe des Strafverfahrens (1.) die Grundsätze, die für die Einführung der während einer Freiheitsentziehung erlangten Beweise in den Prozess maßgeblich sind (2.);² sie schließt mit einer kurzen Vorabdarstellung zu den haftrelevanten Sonderregelungen, die in beiden Ländern für besonders schwere Kriminalitätsformen vorgesehen sind (3.).

¹ Der Einwand von *Schroeder*, ZStW 86 (1974), 796 (unter Auseinandersetzung mit *Zweigert/Kötz*), der vor der Entstehung eines ausgesprochen sterilen Erscheinungsbilds aufgrund der Verwendung einer identischen Systematik warnt, überzeugt daher nicht. Es kann nicht darum gehen, eine besonders abwechslungsreiche Darbietung zu liefern, sondern eine systematisch geordnete, ziel- und methodengerechte Aufbereitung.

² Wie bereits weiter oben im Zusammenhang mit der Forschungsmethode dargelegt, macht die – im Sinne des „Strukturvergleichs“ möglichst umfassend anzulegende – Beurteilung der Sanktionsfähigkeit von Verstößen gegen die gesetzliche Ausgestaltung des Freiheitsschutzes – vor allem, aber nicht nur im frz. Recht (siehe unten Teil 3, E.2.a. und b.) – eine zumindest cursorische Auseinandersetzung mit der Problematik der gerichtlichen Beweisverwertung unabdingbar.

Auf dieser Grundlage wird die normative Umsetzung des Ausnahmecharakters strafprozessualer Freiheitsentziehungen durch eine zwischen Polizeihaft (II.) und Justizhaft (III.) differenzierende Detailanalyse der beiden Haftformen untersucht, wobei in beiden Rechtsordnungen die zentrale institutionelle Ausprägung der jeweiligen Haftform im Mittelpunkt der Analyse steht. Im Anschluss an die für den „Strukturvergleich“ notwendige Grundlegung (A.) zu Begriff, Bedeutung und Historie (1.), Anwendungsbereich und Regelungstechnik (2.), institutionellem Umfeld (3.) und Haftersatzmaßnahmen (4.) wird jede dieser Haftformen im Wege einer Vier-Stufen-Prüfung daraufhin untersucht, welche normativen Grenzen für die Anordnung („Ob“ der Haft: B.) und Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung („Wie lange“/„Ob noch“: C.) gelten und in welchem Umfang dem Betroffenen im Zusammenhang mit der Haftanordnung und -durchführung Verfahrensrechte („Wie“: D.) und gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten (Kontrolle der Haft: E.) eröffnet sind. In einem ersten Schritt (B.) wird geklärt, wer (1.) die Freiheitsentziehung bei welcher Verdachtslage gegenüber wem (2.) zu welchem Zweck (3.) und unter welchen formalen, prozeduralen (4.) und sonstigen materiellen Voraussetzungen (5.) anordnen darf. In einem zweiten Schritt (C.) wird nach einer einführenden Skizzierung der Abläufe bei der Durchführung der Haft (1.) ermittelt, wie lange die Freiheitsentziehung höchstens aufrechterhalten werden darf (2.), inwieweit Verlängerungsmöglichkeiten bestehen (3.), welche Grundsätze für Fristbe- und -anrechnungen gelten (4.) und welche Bedeutung dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf die Dauer der Freiheitsentziehung zukommt (5.). In einem dritten Schritt (D.) erfolgt eine Prüfung der dem Betroffenen im Zusammenhang mit der Anordnung und Durchführung der Haft zustehenden Garantien, indem sein Recht auf Information (1.), auf Benachrichtigung Dritter und Kontakt mit der Außenwelt (2.), auf anwaltlichen Beistand (3.), auf ärztliche Untersuchung und Wahrung gesundheitlicher Mindeststandards (4.) und auf die Dokumentation und Transparenz bestimmter Verfahrensabläufe (5.) gewürdigt wird. In einem vierten und letzten Schritt schließlich wird auf die gerichtliche Kontrolle der Anordnung und Durchführung der Haft eingegangen (E.). Dabei wird zunächst die Existenz und Ausgestaltung einer auf die Vermeidung einer rechtswidrigen Haft gerichteten Vorabkontrolle geprüft (1.); anschließend werden die dem Betroffenen während seiner Freiheitsentziehung zustehenden und auf die Aufhebung der Haft gerichteten Rechtsbehelfe untersucht (2.); abschließend wird sodann geprüft, welche Möglichkeiten ihm zustehen, auch unabhängig vom Fortbestand der Freiheitsentziehung in ihrem Zusammenhang aufgetretene Fehler – innerhalb oder außerhalb des konkreten Strafverfahrens – vor einer gerichtlichen Instanz nachprüfen zu lassen (3.).

Da die für die Beantwortung der Forschungsfrage zentralen Erkenntnisse aus den Landesberichten (Erster und Zweiter Teil) inzidenter bereits im Rahmen des Rechtsvergleichs (Dritter Teil) – als dem zentralen Abschnitt der Arbeit – einer ausführlichen Zusammenfassung zugeführt werden, beschränkt sich die Schlussbetrachtung auf eine konzentrierte Wiederholung der wichtigsten Grundlinien bei

den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen dem französischen und dem deutschen Haftrecht. Sie enthält daher lediglich eine summarische Übersicht über die wesentlichen Ergebnisse des Vergleichs (I.). Außerdem findet eine kritische Abschlussbewertung hinsichtlich der festgestellten Unterschiede bei der normativen Gewährleistung des Ausnahmecharakters der strafprozessualen Freiheitsentziehungen gegenüber Tatverdächtigen statt (II.). Hierin werden noch einmal, unter Beibehaltung des vierstufigen Analyserasters, diesmal allerdings – soweit eben möglich und sinnvoll – *haftformübergreifend*, d.h. unter Preisgabe der haftrechtlichen Dichotomie (Polizeihaft versus Justizhaft), ausgewählte Aspekte herausgegriffen, bei denen Abweichungen im Schutzniveau beider Länder besonders deutlich zutage treten – und die sich insofern in besonderem Maße als rechtspolitische Impulsgeber für die jeweils andere Rechtsordnung eignen könnten. Die Arbeit schließt mit einem kurzen rechtspolitischen Ausblick (III.).

Erster Teil

Haft ohne Urteil in Frankreich

I. Grundlagen

A. Übergesetzliche Vorgaben

1. Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen

a) Nationale Grundrechte

aa) Bloc de constitutionnalité

Die Verfassung der V. Republik vom 4.10.1958 beinhaltet keinen Menschenrechtskatalog, sondern besteht ganz überwiegend aus staatsorganisationsrechtlichen Zuständigkeits- und Verfahrensvorschriften; die einzige ausdrückliche grundrechtliche Gewährleistung (i.e.S.) formuliert die *habeas corpus*-Regelung in Art. 66 C.¹ Allerdings sieht die Präambel eine Verweisung auf die Menschenrechte vor, „wie sie in der Erklärung von 1789 niedergelegt sind und durch die Präambel der Verfassung von 1946 bestätigt und ergänzt wurden“. Diese Bezugnahme hat sich der Verfassungsrat (Conseil constitutionnel) zu eigen gemacht, um die in der Einleitung der Verfassung der IV. Republik vom 27.10.1946 genannten wirtschaftlichen und sozialen Menschenrechte und Grundprinzipien (*principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*) sowie die Garantien der Déclaration des droits de l’homme et du citoyen vom 26.8.1789 – über den eigentlichen Verfassungstext hinaus – zum Prüfungsmaßstab seiner Normenkontrolle zu erheben.² Das auf diese Weise inkorporierte Verfassungsrecht bildet gemeinsam mit den Vorschriften der Verfassung einen „Block der Verfassungsmäßigkeit“ (*bloc de constitutionnalité*).³ Dieser umfasst sämtliche Rechte und Prinzipien mit Verfassungsrang.⁴

¹ In Art. 1 (Gleichheitsgrundsatz), 3 (Wahlrecht), 4 (Parteifreiheit und Meinungsäußerungsfreiheit) C finden sich immerhin punktuell weitere grundrechtsähnliche Garantien.

² C. const. 16.7.1971, n° 71-44 DC (*Liberté d’association*).

³ *Portelli*, Droit constitutionnel, Rn. 404; *Renoux/de Villier*, Code constitutionnel, Art. 61 C Rn. 2.

⁴ Hinzu kommen außerdem die vom C. const. – teils unter Verzicht auf eine textuelle Anknüpfung – entwickelten Prinzipien, Ziele oder Anforderungen mit Verfassungsrang (*principes, objectifs, exigences à valeur constitutionnelle*) sowie die von ihm aus anderen Grundrechten oder Prinzipien abgeleiteten Gewährleistungen, etwa die Verteidigungsrecht-

bb) Rolle des Conseil constitutionnel

Die Idee einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers schien lange Zeit undenkbar, da nach traditionellem Gewaltenteilungsverständnis einzig das souveräne Parlamentsgesetz als legitimer Ausdruck des Allgemeinwillens galt (*légitimité*).⁵ Darüber hinaus bestand seitens der anderen Staatsorgane ein tief verwurzeltes Misstrauen gegenüber Richtern. Dieses gründete in Erfahrungen mit Machtanmaßungen während des *Ancien Régime* und wurde später durch auslandsrechtliche Untersuchungen zur konservativ-reaktionären Spruchpraxis der anglo-amerikanischen Gerichte an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert weiter genährt: Um eine gewaltenteilungswidrige „Regierung der Richter“ (*gouvernement des juges*) zu verhindern, sollten diese als bloßer „Mund des Gesetzes“ (*bouche de la loi*) agieren.⁶ Die Vorstellung einer Kontrollinstanz „über“ dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber war damit inkompatibel. Erst unter dem Eindruck des Scheiterns der Institutionen der IV. Republik setzte sich die Überzeugung durch, dass auch das Parlament im Hinblick auf die Einhaltung der ihm seitens der Verfassung gezogenen Grenzen – namentlich im Verhältnis zur Verordnungskompetenz der Exekutive – einer Aufsicht bedürfe. Mit der Einrichtung des C. const. (Art. 56 ff. C) wurde der Grundstein für eine verfassungsgerichtliche Kontrolle des Gesetzgebers gelegt, indem jener vor der Verkündung eines Gesetzes – also noch vor dem eigentlichen Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens – zur Durchführung eines abstrakten Normenkontrollverfahrens angerufen werden kann (Art. 61 C). Der verfassungsgerichtliche Grundrechtsschutz hat seither einen tiefgreifenden Wandel durchlaufen. Dabei lassen sich drei Entwicklungsstufen identifizieren:

– Während der Präsidentschaft von *de Gaulle* (1959–1969) war die normkontrollierende Tätigkeit des C. const. noch von einer deutlichen Diskretion geprägt. Im Einklang mit der ihm von den Verfassungsgebern zugeordneten Funktion als „Wachhund der Exekutive“ (*chien de garde de l'exécutif*) gegen etwaige Übergriffe des Parlaments auf den Zuständigkeitsbereich der Verwaltung, beschränkte sich der Verfassungsrat weitgehend auf eine *formelle* Kontrolle des Gesetzgebers am Maßstab des Verfassungstextes: Gegenstand der Prüfung war damit im Wesentlichen lediglich die Einhaltung der staatsorganisationsrechtlichen Verfassungsnormen

te (*droits de la défense*) oder die Eheschließungsfreiheit (*liberté du mariage*), C. const. 13.8.1993, n° 93-325 DC; siehe auch *Philip*, JöR 38 (1989), 123 ff.

⁵ Vgl. Art. 3 und 6 DDHC; zu der aus dem Konzept der *souveraineté de la loi* folgenden Idee der Allmacht (*toute puissance*) des Parlaments *Philip*, JöR 38 (1989), 119; siehe auch *Lacaze*, *Réflexions*, Rn. 215; *Hamon/Troper*, *Droit constitutionnel*, S. 816.

⁶ *Royer* u.a., *Histoire*, Rn. 654, 655; *Prétot*, in: *Luchoire* u.a. (Hrsg.), *Constitution*, Titre VIII, S. 1488 ff.; *Turpin*, *AJDA* 1983, I, 653 f.; *Bauer*, *Grundrechtsschutz*, S. 28 ff.; *Spies*, *NVwZ* 1990, 1041; *Rousseau*, in: *Guinchard/Harichaux* (Hrsg.), *Protection*, Rn. 8.27 ff.; *Lacaze*, *Réflexions*, Rn. 215: „culte de la loi“.

betreffend Zuständigkeit, Verfahren und Form, nicht jedoch eine inhaltliche Kontrolle der Gesetze selbst.⁷

– Von dieser restriktiven Konzeption emanzipierte sich der C. const. mit seiner bahnbrechenden Entscheidung vom 16.7.1971 (*Liberté d'association*), die als Geburtsstunde des verfassungsgerichtlichen Grundrechtsschutzes in Frankreich gilt.⁸ Indem der C. const. den Prüfungsmaßstab für seine Normenkontrolle über den Text der Verfassung hinaus auf die in der Präambel in Bezug genommenen Rechtsquellen, insbesondere die DDHC ausgedehnt hat, schuf er die Basis für eine Prüfung auch der materiellen Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und schwang sich auf diese Weise zu einem Hüter der Grundrechte auf.⁹ Die damit einhergehende Neuausrichtung der Funktionen des C. const. wurde durch eine Verfassungsreform vom 29.10.1974 bekräftigt, die erstmals auch der parlamentarischen Minderheit (60 Abgeordnete oder 60 Senatoren) eine Antragsbefugnis für die Gesetzesvorlage zum C. const. eingeräumt hat.¹⁰ Trotz der politisch geprägten Zusammensetzung seiner Mitglieder¹¹ und der fehlenden Möglichkeit einer ex post-Kontrolle bereits in Kraft getretener Gesetze, konnte sich der C. const. in der Folge zunehmend als Garant eines verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes etablieren. Dabei hat er gerade auf dem Gebiet des Strafprozessrechts wichtige Impulse gesetzt und bei der „Entdeckung“ neuer grundrechtlicher Garantien eine bemerkenswerte Kreativität und Eigendynamik entfaltet.¹² Angesichts seines Funktionswandels – von einer „Waffe der Regierung gegen das Parlament“ hin zu einer „Waffe der Opposition gegen die Regierung“ – überrascht es freilich kaum, dass sich das (Spuk-)Bild eines *gouvernement des juges* mit einem Verfassungsgericht, das sich als „dritte Kammer des Parlaments“ („troisième Chambre“) geriere, hartnäckig halten konnte.¹³

⁷ *Cédras*, RIDP 82 (2011), 451; *Portelli*, Droit constitutionnel, Rn. 388; *Hamon/Troper*, Droit constitutionnel, S. 816.

⁸ *Favoreu/Philip*, Grandes décisions, Nr. 13; zur sukzessiven (Fort-)Entwicklung dieser Rechtsprechung zwischen 1970 und 1975 vgl. *Luchaire*, Droits et libertés, S. 17 f.

⁹ Im Schrifttum wird die Tragweite der Entscheidung mit der *Marbury vs. Madison*-Rechtsprechung des US Supreme Court verglichen, siehe *Blachèr*, in: Guinchar/Harichaux (Hrsg.), Protection, Rn. 2.55; *Cédras*, RIDP 82 (2011), 452; *Renoux/de Villiers*, Code constitutionnel, Art. 61 Rn. 5: „révolutionnaire“; zurückhaltender dagegen *Favoreu/Philip*, Grandes décisions, Nr. 13 Rn. 25.

¹⁰ Bis dato war der Kreis der antragsberechtigten Personen beschränkt auf den Präsidenten, den Premierminister und die Präsidenten von Assemblée nationale sowie Sénat; zur wegweisenden Bedeutung dieser Reform *Hamon/Troper*, Droit constitutionnel, S. 836 ff.

¹¹ Die neun ordentlichen Mitglieder werden alle drei Jahre zu je einem Drittel erneuert, wobei der Präsident und die Präsidenten von Assemblée nationale sowie Sénat zu diesem Anlass jeweils je ein Mitglied nach freiem Ermessen – also ohne Rücksicht auf evtl. vorhandene juristische Qualifikationen – ernennen dürfen. Darüber hinaus sind die ehemaligen Präsidenten Frankreichs Mitglied des Verfassungsrats auf Lebenszeit, siehe Art. 56 C.

¹² *Guinchar/Buisson*, Proc. pén., Rn. 81, 120; *Blachèr*, in: Guinchar/Harichaux (Hrsg.), Protection, Rn. 2.59; *Cédras*, RIDP 82 (2011), 452.

¹³ Vgl. *Royer* u.a., Histoire, Rn. 655.

– Einen Paradigmenwechsel hat schließlich die Einführung der sogenannten *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC) mit der Verfassungsreform vom 23.7.2008 bewirkt: Seit Inkrafttreten der Neuregelung zum 1.3.2010 kann der C. const. auch nachträglich mit der Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit bereits in Kraft getretener Gesetze befasst werden, wenn eine Partei im Rahmen eines Rechtsstreits vor den einfachen Gerichten die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte oder Freiheiten durch ein Gesetz rügt (Art. 61-1 C).¹⁴ Der Anrufung des C. const. ist ein zweifacher Filter vorgeschaltet: Sie setzt voraus, dass nicht nur das Prozessgericht Zweifel an der Verfassungskonformität hat, sondern auch der „Kassationshof“ (Cour de cassation), der als höchstes Strafgericht in jedes Vorlageverfahren vorab eingeschaltet wird. Die „(Vor-)Frage der Verfassungsmäßigkeit“ ist dabei insofern „prioritär“, als sie zeitlich vorrangig zu klären ist, wenn neben der Verfassungskonformität auch die Vereinbarkeit mit internationalen Vorgaben bestritten wird.¹⁵ Mit der Schaffung dieses konkret-inzidenten Normenkontrollverfahrens – dessen Einrichtung 1990 noch am politischen Widerstand gescheitert war – erhalten Individuen erstmals einen durch eine entsprechende gerichtliche Vorlage vermittelten Zugang zum C. const. Dieser ist nunmehr imstande, auch die Verfassungskonformität all derjenigen Gesetze zu untersuchen, die ihm nicht vor ihrer Verabschiedung vorlagen. Entsprechendes gilt *indirekt* auch für die einfachen Gerichte: Diese vermochten wegen der Gewaltenteilung bislang lediglich untergesetzliche Hoheitsakte auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfen – und auch dies nur insoweit, als der behauptete Verstoß nicht auf der zugrunde liegenden gesetzlichen Regelung selbst beruhte. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen konnte sich daher nicht stellen. Mit der Vorlagemöglichkeit ist ihnen nun aber ein Instrument an die Hand gegeben, die Anwendung vermeintlich verfassungswidriger Gesetze auszusetzen – was eine entsprechende (Vor-)Prüfungsbefugnis beinhaltet.

Ungeachtet des Fehlens einer Individualverfassungsbeschwerde und der fortbestehenden Bedenken im Hinblick auf die Mitgliederstruktur des C. const.,¹⁶ lässt die prozessuale Ausgestaltung der QPC als Streitiges Verfahren nunmehr deutliche Züge einer echten Verfassungsgerichtsbarkeit zutage treten.¹⁷ Die Reform hat binnen kürzester Zeit einen beträchtlichen Anstieg der Verfahren vor dem C. const. ausgelöst, der zu einer Vielzahl von Aufhebungen und Maßgaben für eine verfas-

¹⁴ Siehe nur *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 113: „petite révolution“; siehe auch *Albrechtskirchinger*, *EuZW* 2010, 402.

¹⁵ Art. 23-2 Abs. 5 Ordonnance n° 58-1067; zur Vereinbarkeit mit Unionsrecht *EuGH* (GrK), *Urt.* vom 22.6.2010, *Melki und Abdeli*, *Az.*: C-188/10 und 189/10; siehe *Gundel*, *EuR* 2010, 216 ff.

¹⁶ Immerhin ist seit 2008 vor der Ernennung neuer Verfassungsrichter eine öffentliche Stellungnahme der parlamentarischen Gesetzeskommissionen einzuholen. Wird eine Nominierung mit einer 3/5-Mehrheit abgelehnt, so ist das Votum bindend (Vetorecht).

¹⁷ *Guillaume*, *JCP G* 2012, 1176 ff.: „le Conseil constitutionnel est pleinement devenu une Cour constitutionnelle“; *Portelli*, *Droit constitutionnel*, Rn. 389, 406: „jurisdictionnalisation“; *Debré*, *Discours* du 26.11.2010, S. 3.

sungskonforme Auslegung (*réserves d'interprétation*) geführt hat. In besonderem Maße betroffen waren dabei strafprozessuale Fragen, insbesondere die Freiheitsentziehungen der *garde à vue* und der *détention provisoire*. Standen bei Letzterer eher Einzelaspekte im Vordergrund, so wurde auf diese Weise durch den C. const. – im „Zusammenspiel“ mit Cour de cassation und EGMR – eine umfangreiche Reform der *garde à vue* angestoßen.¹⁸

b) Grundrechte der EMRK

Obwohl die EMRK bereits am 4.11.1950 unterzeichnet wurde, verlief der anschließende Ratifikationsprozess schleppend und sollte sich über fast ein Vierteljahrhundert erstrecken. Zur Rechtfertigung der Verzögerung wurde auf der einen Seite das Argument bemüht, dass die konventionsrechtlichen Garantien ohnehin hinter den nationalen Schutzstandards zurück blieben und eine Ratifikation insoweit keine Fortschritte bringe. Auf der anderen Seite wurden insbesondere im Bereich des Strafprozessrechts Inkompatibilitäten zwischen dem nationalen Recht und der EMRK ausgemacht, die einem Beitritt hinderlich schienen.¹⁹ Als Erklärungsansatz für diese Friktionen wurde mitunter die These vertreten, dass die EMRK in sehr viel stärkerem Maße durch die angelsächsische *common law*-Kultur geprägt sei als durch die kontinental-europäische Rechtstradition Frankreichs – eine These, für die sich in der Entstehungsgeschichte der Konvention indes kaum Anhaltspunkte finden, zumal Frankreich in Gestalt von *Pierre-Henry Teitgen* maßgeblichen Einfluss auf die Formulierung der EMRK nehmen konnte.²⁰ Eine größere Rolle dürfte dagegen der Umstand gespielt haben, dass die während der Algerienkrise in den 1950er und 1960er Jahren ergriffenen Sondermaßnahmen ein konventionsrechtliches Konfliktpotenzial erahnen ließen, dem man sich im Hinblick auf die Gefahr einer internationalen Einmischung nicht aussetzen wollte.²¹ Auch wurde bald offenbar, dass insbesondere die 1958 im CPP kodifizierte *garde à vue* Probleme bei der Vereinbarkeit mit der EMRK aufwerfen könnte; manche Autoren sahen in ihr gar das Haupthindernis für eine Ratifikation.²² Dennoch trat Frankreich

¹⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 113; *Beauvais/Massé*, AJ Pén. 2011, 274; *Saint-Pierre*, AJ Pén. 2011, 288.

¹⁹ Vgl. *Levasseur*, RDH 3 (1970), 595 ff.; *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 106 f.; *Pellet*, RDP 1974, 1338–1340, 1375 f.

²⁰ *Wachsmann*, in: Masing/Jouanjan (Hrsg.), Dt.-Frz. Gespräche, S. 80. *René Cassin* bezeichnet die These in der Diskussion bei *Levasseur*, RDH 3 (1970), 628 als „wahrhaftige Fabel“ („véritable fable“); *Pellet*, RDP 1974, 1329, 1337 ff.

²¹ *Mellech*, Rezeption, S. 1; *Pellet*, RDP 1974, 1333–1335.

²² *Levasseur*, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 79; *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 30; vgl. auch *Pellet*, RDP 1974, 1375 f.; *Fourment*, *Arrestation*, S. 22 f.

1974 schließlich als letzter Gründerstaat des Europarats der EMRK bei; die Anerkennung des Individualbeschwerderechts zum EGMR folgte 1981.²³

Die Bestimmungen der EMRK stehen in der – monistischen – Normenhierarchie gemäß Art. 55 C über den Gesetzen, jedoch unterhalb der Verfassung. Da der C. const. ihre Einbeziehung in den *bloc de constitutionnalité* ablehnt²⁴ und sie auch nicht zur Auslegung der nationalen Grundrechte heranzieht oder sonst erkennbar in seinen Entscheidungen berücksichtigt, obliegt ihre gerichtliche Durchsetzung ausschließlich den einfachen Gerichten.²⁵ Die nationalen Grundrechte und die Menschenrechte der EMRK stehen mithin weitgehend selbstständig nebeneinander und bilden zwei rechtlich autonome Grundrechtsordnungen, denen beiden übergesetzlicher Rang zukommt. Während der Einwand der Verfassungswidrigkeit (*exception d'inconstitutionnalité*) vor der Einführung der QPC wegen des Verwerfungsmonopols des C. const. für formelle Gesetze von vornherein zum Scheitern verurteilt war, kann im Wege der Geltendmachung der Konventionswidrigkeit (*exception d'inconventionnalité*) seit 1974 die Nichtanwendung einer gesetzlichen Bestimmung im konkreten Fall erreicht werden. Da die einfachen Gerichte den übergesetzlichen Rang der EMRK inzwischen auch gegenüber späteren Gesetzen uneingeschränkt anerkennen, konnten sich die Garantien der EMRK in der höchstrichterlichen Rechtsprechung der Cour de cassation – trotz ihres in der Normenhierarchie unterhalb der Verfassung angesiedelten Ranges – zum zentralen Instrument des gerichtlichen Grundrechtsschutzes im Strafverfahren entwickeln. Dieses Instrument hat die prozessual bislang kaum zu verwertenden nationalen Grundrechte in Wissenschaft und Praxis weitgehend in den Schatten gestellt.²⁶

Mit der 2010 erfolgten Einführung des konkreten Normenkontrollverfahrens („QPC“) ist auf der einen Seite ein deutlicher Bedeutungszuwachs der nationalen Grundrechte zu beobachten, da nunmehr auch der Einwand der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes nachträglich im Rahmen eines Gerichtsverfahrens erhoben werden kann.²⁷ Auf der anderen Seite tritt das normative – und institutionelle – Konfliktpotenzial, das mit dem weitgehend selbstständigen und unkoordinierten Nebeneinander verfassungsrechtlicher und international-übergesetzlicher Men-

²³ Ausf. zur Beitrittshistoire *Pellet*, RDP 1974, 1319; zur zentralen Bedeutung des Individualbeschwerderechts *Sudre*, in: ders. (Hrsg.), *Droit français et CEDH*, S. 61 f.; zu den Einflüssen der EMRK auf Gesetzgebung und Rechtsprechung: *Wachsmann*, in: *Masing/Jouanjan* (Hrsg.), *Dt.-Frz. Gespräche*, S. 82 ff.

²⁴ St. Rspr. seit der Grundsatzentscheidung C. const. 15.1.1975, n° 74-54 DC (*interruption volontaire de grossesse*); siehe zuletzt etwa C. const. 3.2.2012, n° 2011-217 QPC, § 3; krit. *Rousseau*, in: *Guinchard/Harichaux* (Hrsg.), *Protection*, Rn. 8.42.

²⁵ In den Begleitmaterialien (*dossiers documentaires*), die der C. const. für jede seiner Entscheidungen als „Lesehilfe“ zur Verfügung stellt, wird der Darstellung der einschlägigen Urteile des EGMR allerdings regelmäßig breiter Raum gewidmet.

²⁶ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 113, 119; *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 77, 109.

²⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 113.

schenrechte einhergeht,²⁸ nun umso deutlicher zutage. Dass die Cour de cassation nicht gewillt ist, ihre traditionelle, durch das Instrumentarium der EMRK begründete Vormachtstellung bei der Gewährung eines gerichtlichen Grundrechtsschutzes aus der Hand zu geben, hat sie seither mehrfach unter Beweis gestellt. Nachdem der C. const. in mehreren QPC-Vorlageverfahren das Sonderregime der *garde à vue* bei organisierter Kriminalität entgegen der Einschätzung des obersten Strafgerichts für verfassungskonform befunden hatte,²⁹ stellte die Cour de cassation in dem betreffenden Verfahren die Unvereinbarkeit der Regelungen mit den einschlägigen Parallelbestimmungen der EMRK fest.³⁰ Anschließend spitzte sich die Auseinandersetzung zwischen den beiden Jurisdiktionen weiter zu: Während der C. const. in einer QPC-Entscheidung die Verfassungswidrigkeit der allgemeinen *garde à vue*-Regelungen mit aufschiebender Wirkung festgestellt hatte, um eine gesetzliche Neufassung zu ermöglichen, erachtete die Cour de cassation die bisherigen Vorschriften wegen Konventionswidrigkeit mit sofortiger Wirkung für unanwendbar.³¹ Für die Grundrechte bedeutet diese eigentümliche Rivalität, bei der die Cour de cassation offensichtlich das letzte Wort hat, eine Maximierung des Schutzniveaus – die freilich auf Kosten der Rechtssicherheit und Rechtseinheit geht.³²

2. Verfassungsrechtlicher Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit

a) Historische Entwicklung

Die körperliche Bewegungsfreiheit ist verfassungsgeschichtlich eines der ältesten und symbolträchtigsten Menschenrechte, handelt es sich bei dieser herkömmlich als *droit à la sûreté* (Recht auf „Sicherheit“ im Sinne von Sicherheit insbesondere vor willkürlicher Haft)³³ bezeichneten Garantie doch um eine der zentralen Errungenschaften der Französischen Revolution. Diese wandte sich insbesondere gegen die absolutistische Praxis der Siegelbriefe (*lettres de cachet*), kraft derer der König nach eigenem Gutdünken und ohne gerichtliches Verfahren Personen (z.B.

²⁸ *Sonnenberger/Autexier*, Einführung, Rn. 34; *Rousseau*, in: Guinchard/Harichaux (Hrsg.), Protection, Rn. 8.44.

²⁹ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 12–13; 6.8.2010, n° 2010- 30/34/35/47/48/49/50 QPC, § 2; 22.9.2010, n° 2010-31 QPC, § 4.

³⁰ Crim. 19.10.2010, Bull. n° 163–165.

³¹ Vgl. C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 30; Cass., Ass. plén. 15.4.2011, Bull. n° 1–4.

³² Vgl. *Mathieu*, JCP G 2011, 1178.

³³ Es geht also nicht um ein Grundrecht auf Sicherheit vor Kriminalität (*sécurité*). Vgl. zum Begriff: Art. 8 der Verfassung vom 24.6.1793; *Renoux/de Villiers*, Code constitutionnel, Art. 66 C Rn. 2, 14; *Thomas*, in: Cabrillac u.a. (Hrsg.), Libertés, Rn. 521; *Favoreu*, Droit constitutionnel, Rn. 1281; *Hourquebie*, in: Luchaire u.a. (Hrsg.), Constitution, Art. 66, S. 1557; *Lebreton*, Libertés, S. 380: „le bouclier des autres libertés“.

politische Widersacher, psychisch Kranke oder missliebige Familienangehörige festnehmen und auf unbegrenzte Zeit einsperren lassen konnte.³⁴ Die Aufklärung sah in ihnen einen unzeitgemäßen Anachronismus, der wie kaum ein anderes Phänomen für die Willkür des *Ancien Régime* stand. Ihre Abschaffung im Zuge der Französischen Revolution wurde mit der universellen Proklamation des Freiheitsgrundrechts in der Déclaration von 1789 besiegelt (Art. 2, 7 und 9 DDHC).³⁵

Seither bildet der Schutz der *sûreté* – die auch als *liberté individuelle* bezeichnet wird (vgl. Art. 4 der Verfassungscharta vom 4.6.1814) und von der Freizügigkeit (*liberté d'aller et de venir*) zu unterscheiden ist³⁶ – einen festen Bestandteil der Verfassungstradition. Das haftrechtliche Willkürverbot, wonach Freiheitsentziehungen nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen und Formen zulässig sind (Art. 7 DDHC), findet sich in ähnlicher Form wieder in Titel I der Verfassung vom 3.9.1791,³⁷ Art. 10 der Verfassung vom 24.6.1793 (I. Republik), Art. 8 der Verfassung vom 22.8.1795 (Direktorium),³⁸ Art. 81 der Verfassung vom 13.12.1799 (Konsulat),³⁹ Art. 4 der Verfassungscharta vom 4.6.1814 (Restauration), Art. 61 des Zusatzakts zu den Verfassungen des Reichs vom 22.4.1815, Art. 4 der Verfassungscharta vom 14.8.1830 (Juli-Monarchie), Art. 2 der Verfassung vom 4.11.1848 (II. Republik) und schließlich in Art. 66 Abs. 1 der Verfassung der V. Republik.⁴⁰

b) Inhaltliche Konkretisierungen des „*habeas corpus à la française*“

Der besondere Stellenwert der *habeas corpus*-Vorschrift des Art. 66 C kommt bereits darin zum Ausdruck, dass es sich um eine der wenigen grundrechtlichen Verbürgungen handelt, die explizit im Text der Verfassung der V. Republik niedergelegt sind.⁴¹ Sie ist in dem Abschnitt über die „ordentliche Gerichtsbarkeit“ (*Titre VIII: De l'autorité judiciaire*) normiert und formuliert eine Garantie gegen willkürliche Haft (Abs. 1), deren Gewährleistung die *autorité judiciaire* als Wächterin der individuellen Freiheit sicherzustellen hat (Abs. 2).⁴² Komplettiert wird

³⁴ Royer u.a., *Histoire*, Rn. 36–38; Carbonnier, *Liberté individuelle*, S. 10–11.

³⁵ Lebreton, *Libertés*, S. 379 f.; Carbonnier, *Liberté individuelle*, S. 6 ff., 13–14; Martucci, in: Robert (Hrsg.), *Détention provisoire*, S. 41, 42; vgl. auch Amelung, *JURA* 2005, 454; Hofmann, *NJW* 1989, 3180.

³⁶ C. const. 19.1.2006, n° 2005-532 DC, § 16; anders Luchaire, *Droits et libertés*, S. 381, wo *sûreté* und *liberté d'aller et de venir* synonym verwendet werden.

³⁷ Vgl. auch die weitergehenden Verfahrensgarantien in Titel III, Kap. V, Art. 10–16.

³⁸ Vgl. auch die weitergehenden Verfahrensgarantien in Art. 222–230.

³⁹ Vgl. auch die weitergehenden Verfahrensgarantien in Art. 77–82.

⁴⁰ Die Verfassungstexte der III. Republik (1875) enthalten keine Menschenrechte; die Präambel der Verfassung der IV. Republik (1946) inkorporiert die Déclaration von 1789.

⁴¹ Favoreu, *Droit constitutionnel*, Rn. 1279; Hourquebie, in: Luchaire u.a. (Hrsg.), *Constitution*, Art. 66, S. 1553.

⁴² “(1) Nul ne peut être arbitrairement détenu. (2) L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi“.

Art. 66 C durch die drei einschlägigen Artikel der DDHC, die – seit 1971 – als Bestandteil des *bloc de constitutionnalité* Verfassungsrang genießen: Art. 2 erkennt die *sûreté* als eines der natürlichen und unveräußerlichen Menschenrechte an, deren Erhaltung Ziel jeder politischen Vereinigung ist.⁴³ Art. 7 bestimmt, dass niemand außer in den gesetzlich festgelegten Fällen angeklagt, verhaftet und gefangen gehalten werden darf.⁴⁴ Gemäß Art. 9 sind Freiheitsentziehungen wegen der Unschuldsvermutung auf das strikt erforderliche Maß zu begrenzen.⁴⁵

aa) Verbot willkürlicher Haft: Gesetzesvorbehalt

„Haft“ (*détention*) i.S.v. Art. 66 Abs. 1 C bezeichnet jede staatlich veranlasste Freiheitsentziehung, unabhängig von Dauer und Ort, anordnender Instanz oder Zweckrichtung der Maßnahme.⁴⁶ Wenn einige Autoren den Begriff *détention* in anderem Zusammenhang restriktiv interpretieren und ihn – in Abgrenzung zur *rétention* als polizeilicher Freiheitsentziehung – auf die richterlich verfügte Inhaftierung in einer Justizanstalt beschränken wollen,⁴⁷ so besteht zumindest im Hinblick auf das verfassungsrechtliche Willkürverbot aus Art. 66 C Einvernehmen darüber, dass er wegen seines umfassenden Schutzzwecks weit auszulegen ist.⁴⁸

Eine Freiheitsentziehung ist immer dann „willkürlich“ (*arbitraire*), wenn sie nicht auf einer gesetzlichen Grundlage basiert, weil eine solche entweder gänzlich fehlt oder aber ihre Voraussetzungen nicht erfüllt sind.⁴⁹ Art. 66 Abs. 1 C greift insoweit den – als Herzstück des *droit à la sûreté* – in Art. 7 DDHC formulierten Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes auf,⁵⁰ wonach Festnahme und Haft nur in den gesetzlich bestimmten Fällen und Formen zulässig sind. Übertretungstatbestände (*contraventions*), deren Definition gemäß Art. 34, 37 C dem Ordnungsgeber obliegt, dürfen daher keine freiheitsentziehenden Sanktionen vorsehen.⁵¹ Die Ausgestaltung der weiteren Modalitäten des Haftvollzugs kann zwar nach allgemeinen Grundsätzen dem Ordnungsgeber überlassen werden (vgl. Art. R. 57-5 ff.,

⁴³ „Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l’homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l’oppression.“

⁴⁴ „Nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu’elle a prescrites.“

⁴⁵ „Tout homme étant présumé innocent jusqu’à ce qu’il ait été déclaré coupable, s’il est jugé indispensable de l’arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s’assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la Loi.“

⁴⁶ Wachsmann, *Libertés publiques*, Rn. 414.

⁴⁷ Vgl. Rassat, *Proc. pén.*, Rn. 423.

⁴⁸ Renoux/de Villiers, *Code constitutionnel*, Art. 66 C Rn. 3; für die *garde à vue* siehe C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, § 3.

⁴⁹ Hourquebie, in: Luchaire u.a. (Hrsg.), *Constitution*, Art. 66, S. 1557.

⁵⁰ Lebreton, *Libertés*, S. 381: „le cœur du droit à la sûreté“.

⁵¹ C. const. 28.11.1973, n° 73-80 L, § 11.

Art. D. 53 ff., 403 ff., Art. A. 40-1 ff. CPP zur *détention provisoire*).⁵² Der C. const. hat jedoch unlängst klargestellt, dass der Gesetzgeber aufgrund der verfassungsrechtlichen Kompetenzabgrenzung zur Exekutive (Art. 34 C) und seines freiheitsschützenden Verfassungsauftrags dazu berufen ist, die Ausgestaltung der wesentlichen Haftgarantien selbst vorzunehmen. Er darf sie mithin nicht im Wege generalklauselartiger Verordnungsermächtigungen ohne nähere Maßgaben an die Verwaltung delegieren.⁵³ Diese bemerkenswerte Aufwertung des Gesetzesvorbehalts ist auch insofern von großer praktischer Bedeutung, als die alleinige Verletzung untergesetzlicher Vorschriften nach Auffassung der Cour de cassation keinen Nichtigkeitsgrund darstellen kann.⁵⁴

bb) Ordentliche Gerichtsbarkeit als Wächterin der individuellen Freiheit

Der unter der III. und IV. Republik zunächst auf einfachgesetzlicher Ebene und in der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, wonach der ordentlichen Gerichtsbarkeit (*autorité judiciaire*) der Schutz der individuellen Freiheit (*liberté individuelle*) obliegt,⁵⁵ fand erst 1958 als „habeas corpus à la française“ Eingang in das Verfassungsrecht: Ihr wird in Art. 66 Abs. 2 C als Wächterin der individuellen Freiheit aufgegeben, die Einhaltung dieses Prinzips in der gesetzlich vorgesehenen Weise sicherzustellen.⁵⁶ Mangels weitergehender ausdrücklicher Vorgaben oblag es dem C. const., den Schutzbereich (*liberté individuelle*), den Schutzgaranten (*autorité judiciaire*) und den Schutzzinhalt näher zu präzisieren.

Die für die sachliche Reichweite der Wächterfunktion der *autorité judiciaire* maßgebliche Frage, ob die individuelle Freiheit i.S.v. Art. 66 Abs. 2 C nur die physische Freiheit (*sûreté* als „*liberté individuelle* i.e.S.“) oder auch weitere Freiheitsgrundrechte umfasst („*libertés individuelles* i.w.S.“), ist umstritten.⁵⁷ Trotz des systematischen Regelungszusammenhangs mit dem in Abs. 1 normierten Verbot willkürlicher Haft („*ce principe*“), des Wortlauts („*liberté*“, nicht „*libertés*“) und gegenteiliger historischer Überlieferungen (z.B. Art. 4 der Verfassungscharta vom

⁵² C. const. 20.2.1987, n° 87-149 L; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 192.

⁵³ C. const. 25.4.2014, n° 2014-393 QPC, §§ 4–7: Verfassungswidrigkeit von Art. 728 CPP in der vor Erlass der Loi pénitentiaire n° 2009-1436 vom 24.11.2009 („Gefängnisgesetz“) geltenden Fassung. Art. 728 a.F. lautete bis dahin schlicht: „Un décret détermine l'organisation et le régime intérieur des établissements pénitentiaires.“ Siehe dazu auch *Buisson*, Procédures 2014, Comm. n° 182.

⁵⁴ Crim. 5.5.1997, Bull. n° 166; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 198 m.w.N.

⁵⁵ Gesetze vom 7.2.1933 und 31.12.1957; TC 18.12.1947, *Hilaire*; 27.3.1952, *Dame de la Murette*; *Hourquebie*, in: Luchaire u.a. (Hrsg.), Constitution, Art. 66, S. 1555; siehe auch *Renoux/de Villiers*, Code constitutionnel, Art. 66 C Rn. 8.

⁵⁶ Zur Entstehungsgeschichte: *Salles*, Cah. C. const. n° 26 (2009), 1 ff.; *Hourquebie*, in: Luchaire u.a. (Hrsg.), Constitution, Art. 66, S. 1555 m.w.N.; *Renoux/de Villiers*, Code constitutionnel, Art. 66 C Rn. 1.

⁵⁷ Zur Entwicklung des Streits siehe *Favoreu/Philip*, Grandes décisions, Nr. 18, Rn. 5–8.

4.6.1814)⁵⁸ war lange Zeit ein weites Begriffsverständnis vorherrschend. Über die *sûreté* hinaus wurde etwa der Verfassungsrang der Eheschließungsfreiheit, der Freizügigkeit und des Rechts auf Achtung der Privatsphäre (welches die Unverletzlichkeit der Wohnung einschließt) auf den Begriff der *liberté individuelle* in Art. 66 Abs. 2 C gestützt,⁵⁹ um auch diesen Grundrechten von Verfassungen wegen den Schutz durch die *autorité judiciaire* angeeignet zu lassen.⁶⁰ Ende der 1990er Jahre hat der C. const. jedoch eine Kehrtwende hin zu einer restriktiven Auslegung vollzogen und geht seither in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich die Bedeutung der *liberté individuelle* – jedenfalls im Rahmen von Art. 66 C – in der Freiheit vor willkürlicher Haft (*sûreté*) erschöpft, Art. 66 Abs. 2 C also ausschließlich die körperliche Bewegungsfreiheit schützt.⁶¹ Der Verfassungsrang der Freiheitsgrundrechte i.w.S., der bis dato mit Art. 66 Abs. 2 C begründet werden konnte, muss nunmehr aus anderen Vorschriften des *bloc de constitutionnalité* hergeleitet werden. Hierfür kommt vornehmlich die allgemeine Garantie der *liberté* in Art. 2 und 4 DDHC in Betracht.⁶² Mangels Einschlägigkeit von Art. 66 C ist die Intervention der *autorité judiciaire* dort nun allerdings verfassungsrechtlich nicht mehr geboten, es sei denn, ein entsprechendes Gebot ergibt sich aus anderweitigen (ungeschriebenen) Verfassungsgrundsätzen.⁶³

⁵⁸ „Leur liberté individuelle est également garantie, personne ne pouvant être poursuivi ni arrêté que dans les cas prévus par la loi, et dans la forme qu’elle prescrit.“

⁵⁹ C. const. 29.12.1984, n° 83-164 DC (*inviolabilité du domicile*); 13.8.1993, n° 93-325 DC (*liberté d’aller et de venir; liberté du mariage*); Wachsmann, *Libertés publiques*, S. 480; Luchaire, *Droits et libertés*, S. 381–382; Turpin, AJDA 1983, I, 655 f. Teils wird immerhin eine gewisse Eingriffsschwere für die Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 66 Abs. 2 C gefordert: Favoreu, *Droit constitutionnel*, bearb. von Pena-Soler, Rn. 1282, 1283; Pena-Gaia, *Rapports*, Rn. 5 ff.; Bauer, *Grundrechtsschutz*, S. 151 ff.

⁶⁰ In dem gescheiterten Entwurf einer Verfassung für die IV. Republik vom 19.4.1946 sollten neben der Verhaftung (Art. 9) auch Wohnungsdurchsuchungen (Art. 7) und Eingriffe in das Postgeheimnis (Art. 8) dem Schutz der *autorité judiciaire* unterstellt werden.

⁶¹ C. const. 16.6.1999, n° 99-411 DC, §§ 2, 20; 23.7.1999, n° 99-416 DC, §§ 43–47; 29.8.2002, n° 2002-461 DC, §§ 18–19; 13.3.2003, n° 2003-467 DC, §§ 7–9; 20.11.2003, n° 2003-484 DC, §§ 91–97; 29.7.2004, n° 2004-499 DC, §§ 1–3; 19.1.2006, n° 2005-532 DC, §§ 8 und 16 sowie die zugehörige Amtliche Kommentierung in Cah. C. const. 20 (2006), 3 m.w.N.; Rousseau, in: Guinchard/Harichaux (Hrsg.), *Protection*, Rn. 8.22 ff.; Wachsmann, *Libertés publiques*, Rn. 188: „remise en ordre radicale“; Favoreu/Philip, *Grandes décisions*, Nr. 18, Rn. 5–7: „La notion de liberté individuelle: d’une conception large à une conception étroite.“ Im Schrifttum wird diese neuere Entwicklung indes teils nicht nachvollzogen, vgl. etwa Favoreu, *Droit constitutionnel*, bearb. von Pena-Soler, Rn. 1282, 1283, sowie Hourquebie, in: Luchaire u.a. (Hrsg.), *Constitution*, Art. 66, S. 1555 f., 1558 (wo lediglich auf C. const. 23.7.1999, n° 99-416 DC hingewiesen wird, ohne daraus weitere Schlüsse zu ziehen); Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 402. Insoweit überholt auch die Ausführungen von Wittzack, *Vollzugspolizeien*, S. 82 f.

⁶² C. const. 19.1.2006, n° 2005-532 DC, § 16: „la liberté d’aller et venir [est] protégée par les articles 2 et 4 de la Déclaration de 1789“.

⁶³ Vgl. die Amtliche Kommentierung zu C. const. 19.1.2006, n° 2005-532 DC in Cah. C. const. 20 (2006), 1–3, wonach dies etwa wegen einer „ständigen republikanischen Gesetzgebungstradition“ bei der Wohnungsdurchsuchung gelten soll. Unklar allerdings

Der Begriff *autorité judiciaire*, der nicht nur in Art. 66 C verwendet wird, sondern die Überschrift des VIII. Titels der Verfassung bildet, entspringt dem historischen Misstrauen gegenüber Richtern, da der Judikative auf diese Weise die Anerkennung als vollwertige dritte Gewalt (*pouvoir judiciaire*) versagt wird.⁶⁴ Er bezeichnet ausschließlich die ordentliche Gerichtsbarkeit; die Verwaltungsgerichtsbarkeit (*juridictions de l'ordre administratif*) wird traditionell der Exekutive zugeordnet. Indem Art. 66 Abs. 2 C den Schutz der *liberté individuelle* der *autorité judiciaire* anvertraut, hat er den Widerstreit zwischen den beiden traditionellen Prinzipien, wonach einerseits die Verwaltungsgerichte für die Kontrolle sämtlichen Verwaltungshandelns zuständig sind und andererseits der ordentlichen Gerichtsbarkeit der Schutz der *liberté individuelle* obliegt, auf Verfassungsebene zugunsten des Letzteren entschieden.⁶⁵ Die *autorité judiciaire* umfasst sämtliche Angehörige der *magistrature*, also nicht nur (Berufs-)Richter (*juges* bzw. *magistrats du siège*), sondern auch Staatsanwälte (*procureurs* bzw. *magistrats du parquet*).⁶⁷ Obgleich beide Funktionen einheitlich der Laufbahngruppe der *magistrature* zugeordnet sind (*unité du corps judiciaire*), genießen nur die Richter den vollen Schutz der Unabhängigkeit.⁶⁸ Wegen der zentralistischen Staatsorganisation ist die hierarchische Struktur der Staatsanwaltschaft, an deren Spitze das Justizministerium in Paris steht, besonders stark ausgeprägt.⁶⁹ Auch wenn der EGMR die französischen Staatsanwälte – ungeachtet ihrer freiheitsschützenden Funktion nach Art. 66 Abs. 2 C – nicht als „Richter“ oder „andere[n] gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte[n] Person[en]“ i.S.v. Art. 5 Abs. 3

C. const. 25.3.2014, n° 2014-693 DC, § 11, wonach es offenbar auch außerhalb des Bereichs der Freiheitsentziehungen (hier: Eingriffe in Privatsphäre und Unverletzlichkeit der Wohnung) aus Art. 66 C folgen soll, dass die *police judiciaire* der Leitung und Kontrolle der *autorité judiciaire* zu unterstellen ist.

⁶⁴ Turpin, AJDA 1983, I, 653 ff.; Constantineco/Pierré-Caps, Droit constitutionnel, Rn. 500, 529; Prétot, in: Luchaire u.a. (Hrsg.), Constitution, Titre VIII, S. 1487 ff.

⁶⁵ Siehe auch Art. 136 Abs. 3 CPP. Hintergrund dieser Rechtswegzuweisung ist der historische, heute wegen der Unabhängigkeit der Verwaltungsrichter freilich unzeitgemäß anmutende Argwohn gegenüber der vormals als nicht hinreichend verwaltungsfern wahrgenommenen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Wachsmann, Libertés publiques, Rn. 175. Zur Konkurrenz zwischen beiden Rechtswegen (*dualité des ordres de juridictions*), die bisweilen in einen „Krieg der Richter“ („guerre des juges“) ausartet, siehe Rousseau, in: Guinchard/Harichaux (Hrsg.), Protection, Rn. 8.34 ff. Bei Zuständigkeitskonflikten entscheidet das Tribunal des conflits (TC); ausf. Turpin, AJDA 1983, I, 656 ff.

⁶⁶ Laienrichter sind dagegen nicht Bestandteil der *autorité judiciaire*, C. const. 29.8.2002, n° 2002-461 DC, § 19; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 388.

⁶⁷ St. Rspr. seit C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, § 5; so auch C. const. 30.7.2011, n° 2010-14/22 QPC, § 26; Crim. 6.5.2014, n° 13-82.281; 17.1.2012, n° 11-90.114; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 388; für ein engeres Begriffsverständnis dagegen noch Luchaire, Droits et libertés, S. 377 ff.

⁶⁸ Rousseau, in: Guinchard/Harichaux (Hrsg.), Protection, Rn. 8.39.

⁶⁹ Satzger, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 100.

EMRK anerkennt,⁷⁰ steht bis auf Weiteres nicht zu erwarten, dass der C. const. von seinem extensiven Verständnis der *autorité judiciaire* abrücken wird. Denn mit der Erkenntnis, dass Richter und Staatsanwälte gleichermaßen Bestandteil der für den Schutz der *liberté individuelle* zuständigen *autorité judiciaire* sind, ist noch keine Aussage darüber getroffen, wie die Kompetenzen zwischen diesen beiden Funktionsträgern bei der Gewährleistung des Freiheitsschutzes zu verteilen sind.

Grundsätzlich bedeutet die Beauftragung der *autorité judiciaire* mit dem Schutz der individuellen Freiheit, dass für alle freiheitsentziehenden Maßnahmen in jedem Stadium ihrer Verwirklichung – von der Anordnung über die Ausführung bis hin zu ihrer Beendigung – wie auch nachträglich, wenn die Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Handelns geltend gemacht wird, eine richterliche oder staatsanwaltschaftliche Kontrolle gewährleistet sein muss.⁷¹ Die Anordnung als solche ist indes weder zwingend noch grundsätzlich dem Richter oder Staatsanwalt vorbehalten; es reicht vielmehr aus, wenn die Freiheitsentziehung ab Beginn der Maßnahme der Kontrolle der *autorité judiciaire* unterliegt. Unter dieser Prämisse steht es dem Gesetzgeber frei, auch Verwaltungsbehörden, insbesondere Polizeibeamte, mit freiheitsentziehenden Eingriffsbefugnissen auszustatten.⁷² Dem unterschiedlichen Unabhängigkeitsgrad von Staatsanwälten und Richtern trägt die Rechtsprechung des C. const. jedoch dadurch Rechnung, dass sie bei der Frage, auf welche Weise und durch wen sich die Intervention der *autorité judiciaire* bei Freiheitsentziehungen zu realisieren hat, ein an der Dauer der Maßnahme ausgerichtetes, abgestuftes Schutzkonzept entwickelt hat. Danach reicht es zwar aus, wenn der Gesetzgeber polizeiliche Freiheitsentziehungen während der ersten 48 Stunden der alleinigen Kontrolle der unverzüglich von der Maßnahme zu unterrichtenden Staatsanwaltschaft unterstellt.⁷³ Soll die Dauer der polizeilichen Maßnahme jedoch über diese Zeitspanne hinausgehen, so ist die Intervention eines Richters geboten.⁷⁴ Diese verfassungsrichterlich entwickelte Fristenlösung weist deutliche Parallelen auf zu einer Vorschrift aus dem gescheiterten Entwurf für eine Verfassung der IV. Republik vom

⁷⁰ EGMR, Urt. vom 23.11.2010, *Moulin ./.* Frankreich, Az.: 37104/06.

⁷¹ Vgl. *Rousseau*, in: Guinchard/Harichaux (Hrsg.), *Protection*, Rn. 8.36.

⁷² C. const. 25.2.1992, n° 92-307 DC, § 15 (Ausländerhaft); C. const. 26.11.2010, n° 2010-71 QPC (Unterbringung); *Renoux/de Villiers*, Code constitutionnel, Art. 66 C Rn. 4.

⁷³ C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, §§ 3 ff.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 389.

⁷⁴ C. const. 20.1.1981, n° 80-127 DC, § 25; 30.7.2011, n° 2010-14/22 QPC, § 26; siehe auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 388; *Lesclous*, *Dr. pén.* 2014, *Chronique* n° 8, Rn. 18. Besonderheiten gelten allerdings für die Unterbringung Geisteskranker, wo dem Gesetzgeber größere Spielräume bei der Bestimmung der Frist für die Intervention eines Richters eingeräumt werden, die Frist jedoch 15 Tage nicht überschreiten darf: C. const. 26.11.2010, n° 2010-71 QPC, § 25; 9.6.2011, n° 2011-135/140 QPC, § 13; 2.12.2011, n° 2011-202 QPC, § 13. Auch im Ausländerrecht wurde eine Frist von fünf Tagen (Art. L. 552-1 CESEDA) nicht beanstandet, C. const. 9.6.2011, n° 2011-631 DC, § 73.

19.4.1946, wonach die festgehaltene Person spätestens nach 48 Stunden einem Richter vorzuführen war.⁷⁵ Nicht durchsetzen konnte sich dagegen das bei der Ausarbeitung der Verfassung der V. Republik diskutierte Konzept, das bereits vor Ablauf von 24 Stunden die Vorführung vor einen Richter vorsah.⁷⁶

cc) Verhältnismäßigkeit von Haft

Gemäß Art. 9 DDHC gebietet die Tatsache, dass jeder Mensch so lange als unschuldig anzusehen ist, bis er für schuldig befunden wurde, dass dann, wenn seine Verhaftung für unumgänglich (*indispensable*) gehalten wird, jede Härte, die nicht für die Sicherstellung seiner Person notwendig wäre (*toute rigueur qui ne serait pas nécessaire*), vom Gesetz streng unterbunden werden muss. Die Vorschrift normiert ausdrücklich ein haftrechtliches Verhältnismäßigkeitsprinzip für Freiheitsentziehungen im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung: Diese müssen im Hinblick auf das „Ob“ unumgänglich sein und im Hinblick auf das „Wie“ ohne jede nicht notwendige Härte verlaufen. Wengleich der Artikel zur Zeit der Verkündung der Déclaration vor allem auf die Abschaffung der Folter zielte, lässt sich ihm bereits die Idee des Ausnahmecharakters von strafprozessualen Freiheitsentziehungen vor gerichtlichem Schuldspruch entnehmen.⁷⁷ Der C. const. hat den Anwendungsbereich des Übermaßverbots zwar inzwischen auf das gesamte Strafverfahren ausgedehnt.⁷⁸ Ungeachtet dieser Verallgemeinerung kommt ihm wegen der besonderen Eingriffsschwere und der Unschuldsumutung im Bereich der Freiheitsentziehungen nach wie vor eine herausgehobene Bedeutung zu.⁷⁹

Das Verfassungsgericht wacht über die abstrakt-generelle Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes durch den Gesetzgeber.⁸⁰ Bei strafprozessualen Frei-

⁷⁵ Art. 9 Abs. 2 des Entwurfs lautete wie folgt: „Nul ne peut être maintenu en détention s'il n'a comparu dans les quarante-huit heures devant un juge appelé à statuer sur la légalité de l'arrestation.“

⁷⁶ „Aucun citoyen ne peut être arrêté ni détenu sans être présenté dans les 24 heures au juge d'instruction du lieu de détention qui peut ordonner la mise en liberté“, zit. nach Salles, Cah. C. const. 26 (2009), 2.

⁷⁷ Carbonnier, Liberté individuelle, S. 14; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 273.

⁷⁸ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 265; Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 805, 897. Dabei prüft das Verfassungsgericht: „que les restrictions qu'elles [les mesures d'investigation] apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité“ et „proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises“, C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC, § 6. Siehe auch C. const. 2.12.2011, n° 2011-202 QPC, § 10: „que les atteintes portées à l'exercice de ces libertés doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées aux objectifs poursuivis“.

⁷⁹ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 271, 273 f.

⁸⁰ Z.B. C. const. 13.8.1993, n° 93-325 DC, §§ 96–100 (ausländerrechtliche Haft); 30.7.2010, n° 2010/14-22 QPC, §§ 21 ff., 27 (*garde à vue*); ähnlich C. const. 9.6.2011, n° 2011-135/140 QPC, § 7; 6.10.2011, n° 2011-174 QPC, § 6 sowie 2.12.2011, n° 2011-202 QPC, § 10 (Unterbringung geisteskranker Personen), wo der Verhältnismäßigkeits-

heitsentziehungen ist ihm insbesondere durch bestimmte Mindestanforderungen an die Schwere der die Freiheitsentziehung veranlassenden Straftat Rechnung zu tragen.⁸¹ Die Anknüpfung des strafprozessualen Sonderpolizeihaftregimes für Schwerekriminalität (Art. 706-73 i.V.m. Art. 706-88 CPP) an Wirtschaftsstraftaten, die weder Sicherheit noch Würde oder Leben von Personen schützen, scheidet aus.⁸²

Die konkret-individuelle Kontrolle obliegt den einfachen Gerichten, an deren Spitze die Cour de cassation als oberstes ordentliches Gericht steht. Die Cour de cassation selbst weigert sich allerdings in ständiger Rechtsprechung, die Gründe und die Erforderlichkeit der Haft – sowohl der *détention provisoire* als auch der *garde à vue* – im Einzelfall einer eingehenden rechtlichen Nachprüfung zu unterziehen und überlässt deren Beurteilung, die weitgehend dem Bereich des Tatsächlichen zugeordnet, also nicht als Rechtsfrage qualifiziert wird, primär den Tatsacheninstanzen.⁸³ Bei der *garde à vue* soll die nachträgliche Überprüfung der Erforderlichkeit der Anordnung und Fortdauer der Maßnahme sogar den Instanzgerichten verwehrt sein.⁸⁴ Leitet man aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein verfassungsrechtliches Postulat ab, wonach „eine Freiheitsentziehung nicht länger andauern darf, als zum Erreichen des [...] Zwecks erforderlich ist“ und „in jedem Fall [...] zu gewährleisten [ist], dass die betroffene Person aus dem Gewahrsam entlassen wird, sobald der Grund für die Freiheitsentziehung entfällt“,⁸⁵ so obliegt dessen praktische Gewährleistung in sehr weitem Umfang dem einer höchstrichterlichen Kontrolle entzogenen tatrichterlichen (bzw. polizeilichen) Ermessen.⁸⁶

c) Haftspezifische Garantien im weiteren Sinne

Neben den ausdrücklich und unmittelbar der *sûreté* gewidmeten Bestimmungen in Art. 66 C und Art. 2, 7 und 9 DDHC, zu der auch die in Art. 9 DDHC in Bezug genommene und seit 2000 im Art. préI. III Abs. 1 CPP einfachgesetzlich konkreti-

grundsatz allerdings direkt aus Art. 66 C abgeleitet wird. Hintergrund dürfte sein, dass Art. 9 DDHC auf Freiheitsentziehungen im Zusammenhang mit der Strafverfolgung zugeschnitten ist.

⁸¹ Die *détention provisoire* ist grundsätzlich nur bei einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren zulässig (Art. 143-1 Abs. 1 CPP), ihre Höchstdauer hängt von der Schwere des Tatvorwurfs ab (Art. 145-1 f. CPP). Auf entsprechende Beanstandung des C. const. wurde 2011 auch für die Anordnung und Verlängerung der *garde à vue* eine Erheblichkeitsschwelle eingeführt (Art. 62-2 Abs. 1, 63 II Abs. 2 CPP), vgl. C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 27; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 267.

⁸² C. const. 4.12.2013, n° 2013-679 DC, §§ 76 f.; 9.10.2014, n° 2014-420/421 QPC; *Maron/Haas*, *Dr. pén.* 2014, *Comm.* n° 142; *Perrier*, *AJ Pén.* 2014, 574. Siehe unten C.3.b.

⁸³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 274.

⁸⁴ *Crim.* 4.1.2005, *Bull.* n° 3; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 270.

⁸⁵ *Trautwein*, *Freiheitsentzug*, S. 170, 171.

⁸⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 274: „appréciation souveraine des juges du fond“; siehe zum Ganzen auch *Lelieur*, *ZStW* 124 (2012), 465 f., 468 f.

sierte Unschuldsvermutung zählt, existieren weitere ungeschriebene Verfassungsgarantien, die das Grundrecht der körperlichen Bewegungsfreiheit komplettieren, um zu verhindern, dass es bei Eingriffen sinnentleert wird.⁸⁷ Von zentraler Bedeutung sind insoweit die Ausprägungen des Konzepts der *droits de la défense* (Verteidigungsrechte), dem – auch und gerade im Zusammenhang mit strafprozessualen Freiheitsentziehungen⁸⁸ – die Funktion zukommt, ein faires Verfahren (*procès équitable*) zu gewährleisten.⁸⁹ Der Verfassungsrang der *droits de la défense* wurde ursprünglich damit begründet, dass es sich um ein von den Gesetzen der Republik anerkanntes Grundprinzip (PFRLR) handelt;⁹⁰ in neuerer Rechtsprechung knüpft der C. const. dagegen an Art. 16 DDHC an, welcher besagt, dass eine Gesellschaft, in der die Gewährleistung der Rechte nicht gesichert und die Gewaltenteilung nicht festgelegt ist, keine Verfassung hat.⁹¹

Da es sich bei den von Verfassungen wegen zu gewährleistenden *droits de la défense* um ein interpretationsoffenes, evolutives Konzept handelt, obliegt die Herausarbeitung und Fortentwicklung ihrer einzelnen Komponenten dem C. const.⁹² Anerkannt ist danach etwa, dass bei Freiheitsentziehungen die Möglichkeit bestehen muss, die Rechtmäßigkeit und Erforderlichkeit einer Verhaftung effektiv zu bestreiten.⁹³ Außerdem haben jedenfalls inhaftierte Verdächtige in allen Stadien des Ermittlungsverfahrens das Recht, sich nicht nur mit einem Verteidiger zu unterhalten,⁹⁴ sondern auch dessen wirksamen Beistand in Anspruch zu nehmen und über ihr Schweigerecht belehrt zu werden.⁹⁵ Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung (*instruction*) ist die Einräumung dieser Verteidigungsrechte seit dem Ende des 19. Jahrhunderts einfachgesetzlich abgesichert; sie hängt in diesem Verfahrensstadium nicht von der Anordnung oder Durchführung einer Freiheitsentziehung ab, sondern knüpft vielmehr traditionell an die Rechtsstellung als Beschuldigter an. Im polizeilichen Ermittlungsverfahren (*enquête*) wurden diese Rechte vom C. const. dagegen erst sukzessive ab den 1990er Jahren entwickelt und kamen dort – bis zur Umsetzung der Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren (2014) – ausschließlich solchen Verdächtigen zugute, die im

⁸⁷ Vgl. *Lebreton*, Libertés, S. 381; zur Unschuldsvermutung siehe auch *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 299.

⁸⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 472.

⁸⁹ A.a.O., Rn. 469 ff.; *Löhr*, Prozeßgrundrechte, S. 114 ff., 160.

⁹⁰ C. const. 2.12.1976, n° 76-70 DC; 20.1.1981, n° 80-127 DC; vgl. auch Cass., Ass. plén. 30.6.1995, Bull. n° 4: „un droit fondamental à caractère constitutionnel“.

⁹¹ C. const. 17.2.2012, n° 2011-223 QPC.

⁹² *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 473.

⁹³ C. const. 3.9.1986, n° 86-215 DC, § 20 (*détention provisoire*).

⁹⁴ So C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, § 12; 2.3.2004, n° 2004-492 DC, § 31 (*garde à vue*).

⁹⁵ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 28 (*garde à vue*).

Rahmen einer *garde à vue* gegen ihren Willen festgehalten wurden.⁹⁶ Nur eine sehr stark abgeschwächte Form von „Verteidigungsrechten“ war dem *suspect libre* nach Auffassung des C. const. auch bisher schon in diesem Verfahrensabschnitt zuzugestehen, wenn er sich freiwillig für die polizeiliche Vernehmung zur Verfügung stellte (*audition libre*) und dadurch die Anordnung einer – seine Rechte auf Anwaltsbeistand und Schweigerechtsbelehrung begründenden – Polizeihaft entbehrlich machte: Hier gebiete es die Achtung der verfassungsrechtlichen Verteidigungsrechte, ihn ab dem Zeitpunkt, in dem plausible Verdachtsgründe vorliegen, über Art und Zeitpunkt der mutmaßlichen Straftat und über sein Recht, das Polizeirevier jederzeit zu verlassen, zu unterrichten.⁹⁷ Erst das Richtlinien-Umsetzungsgesetz vom 27.5.2014 hat die „freie Vernehmung“ mit weitergehenden Garantien versehen und die die Polizeihaft bislang – in verfassungskonformer Weise – charakterisierende Monopolstellung in Sachen Verteidigungsrechten aufgebrochen.

Ein selbstständiger, d.h. losgelöst vom konkreten Strafprozess (zum Instrument der *nullités* siehe unten C.2.c.aa.) existierender Rechtsbehelf, mit dem Rechtswidrigkeit von Zwangsmaßnahmen gerichtlich geltend gemacht werden kann, ist dem französischen Strafverfahren zwar traditionell fremd (siehe unten II.E.3.). Allerdings hat der C. const. in zwei jüngeren Entscheidungen im Zusammenhang mit Durchsuchungen und Beschlagnahmen entschieden, dass der Betroffene auch in Fällen, in denen es nicht zur Anklage kommt, eine Möglichkeit haben muss, die Rechtmäßigkeit von richterlich oder staatsanwaltschaftlich angeordneten Maßnahmen anzugreifen.⁹⁸ Im Schrifttum wird diskutiert, ob dieser auf Art. 16 DDHC gestützten Rechtsprechung eine allgemeine verfassungsrechtliche Pflicht zur Einführung von Rechtsbehelfen gegen solche Ermittlungsmaßnahmen zu entnehmen ist.⁹⁹

3. Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Strafandrohungsbefugnis

Die potenzielle Reichweite des Anwendungsbereichs der an einen Tatverdacht anknüpfenden strafprozessualen Freiheitsentziehungen der *garde à vue* und der *détention provisoire* hängt maßgeblich davon ab, ob und inwieweit dem Staat bei der Definition strafwürdigen Verhaltens vonseiten der Verfassung Grenzen gezogen sind. Da die Idee eines allgemeinen polizeirechtlichen Präventivgewahrsams,

⁹⁶ C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, § 12; 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 28; 18.11.2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, § 19; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 472, 487.

⁹⁷ C. const. 18.11.2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, § 20; 18.6.2012, n° 2012-257 QPC, § 9. Vgl. auch entsprechende Ansätze auf *einfachgesetzlicher* Ebene in Abschnitt III des mit Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 eingefügten Art. préI. CPP: Er räumt der verdächtigen Person als solchen (*toute personne suspectée*) unabhängig von der Durchführung einer gerichtlichen Voruntersuchung oder einer freiheitsentziehenden Maßnahme bestimmte Verteidigungsrechte ein.

⁹⁸ C. const. 21.3.2014, n° 2014-375 u.a. QPC, § 14; 4.4.2014, n° 2014-387 QPC, § 7.

⁹⁹ Dafür *Belloir*, *AJ Pén.* 2014, 368; dagegen *Beaume*, *Rapport*, S. 41 ff.

der bereits im Vorfeld eines Tatverdachts zur Gefahrenabwehr, insbesondere zur Verhinderung künftiger Straftaten oder zur Beendigung nicht strafrechtlich sanktionierter Rechtsverstöße eingesetzt werden könnte, dem französischen Recht – von punktuellen Ausnahmen abgesehen – fremd ist (siehe unten B.2.), soll die Würdigung der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen durch eine überblicksartige Veranschaulichung solcher Straftatbestände ergänzt werden, welche das Fehlen eines „Sicherheitsgewahrsams“ möglicherweise zu kompensieren vermögen.¹⁰⁰

a) Gesetzlichkeitsgrundsatz, Schuldprinzip und Grundrechte

Die Frage nach einer verfassungsrechtlichen Bindung des Gesetzgebers bei der Entscheidung über die Pönalisierung bestimmter von ihm als sozialschädlich eingestufte Verhaltensweisen wird überwiegend im Zusammenhang mit dem in Art. 8 DDHC verankerten strafrechtlichen Gesetzlichkeitsprinzip (*principe de légalité criminelle*) diskutiert.¹⁰¹ Diese Bestimmung besagt, dass das Gesetz nur solche Strafen festsetzen darf, die unbedingt und offensichtlich notwendig sind, und dass eine Bestrafung nur aufgrund eines Gesetzes erfolgen darf, das vor Begehung der Straftat beschlossen und verkündet wurde und das rechtmäßig angewandt wurde.¹⁰²

In seiner ältesten und engsten Ausprägung verlangt das Gesetzlichkeitsprinzip für jeden Straftatbestand eine gesetzliche Grundlage (*légalité formelle*).¹⁰³ Art. 34 C greift diesen Grundsatz auf, indem er dem Gesetzgeber die Kompetenz zur Bestimmung der Verbrechen (*crimes*) und Vergehen (*délits*) zuweist. Er muss insoweit die wesentlichen Merkmale des strafbaren Verhaltens selbst definieren (Art. 111-3 Abs. 1 CP).¹⁰⁴ Tatbestandliche Anknüpfungen an näher bezeichnete untergesetzliche Vorschriften, Hoheitsakte oder internationale Abkommen werden in der Rechtsprechung jedoch nicht beanstandet.¹⁰⁵ Besonderheiten gelten für Übertretungen (*contraventions*): Sie werden mangels Benennung in Art. 34 C im Ver-

¹⁰⁰ Zur Bedeutung der Ausweitung des *champ pénal* für das strafprozessuale Instrumentarium: *Grunvald*, *Mélanges Ottenhof*, S. 140; *Danet*, APC 25 (2003), 56.

¹⁰¹ *Lamy*, Cah. C. const 26 (2009), 16; *Clavarie-Rousset*, Dr. pén. 2011, Etude n° 16, 21 ff.; *Delmas-Marty*, *Grands systèmes*, S. 339 ff., 341 ff.; *Bouloc*, *Droit pénal général*, Rn. 101 ff., 104 ff.; *Lacaze*, *Réflexions*, Rn. 216, 217; *Mayaud*, *Droit pénal général*, Rn. 24.

¹⁰² „La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée.“

¹⁰³ Zu Begriff und Ursprüngen *Clavarie-Rousset*, Dr. pén. 2011, Etude n° 16, 21.

¹⁰⁴ C. const. 5.5.1998, n° 98–399 DC, § 7; 27.7.2000, n° 2000–433 DC, § 61.

¹⁰⁵ Crim. 11.1.2011, n° 10-90.116: Ablehnung einer QPC-Vorlage an den C. const. mangels ernsthafter Bedenken an der Verfassungskonformität der Betäubungsmittelstrafat nach Art. 222-37 CP, bei der Art. 222-41 CP zur Bestimmung des Begriffs der Betäubungsmittel auf Art. L. 5132-7 CSP verweist, der seinerseits auf einen Ministerialerlass Bezug nimmt; *Renoux/de Villiers*, *Code constitutionnel*, Art. 8 DDHC, Rn. 48; krit. *Clavarie-Rousset*, Dr. pén. 2011, Etude n° 16, 21.

ordnungswege (*règlement*) durch die Exekutive normiert (Art. 37 C), dürfen jedoch wegen des haftrechtlichen Gesetzesvorbehalts in Art. 66 C nicht (mehr) mit Haftstrafen sanktioniert werden (Art. 131-12 CP)¹⁰⁶ und können daher auch keine strafprozessualen Freiheitsentziehungen (vgl. Art. 62-2 CPP zur *garde à vue* und Art. 143-1, 138 CPP zur *détention provisoire*) nach sich ziehen.

Über das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage hinaus werden dem Gesetzlichkeitsprinzip in Art. 8 DDHC zwei materielle Komponenten entnommen, die auf eine inhaltliche Kontrolle des Gesetzes zielen (*légalité matérielle*):¹⁰⁷ Zum einen müssen die konstitutiven Elemente der Straftat im Gesetz präzise formuliert sein, dürfen also weder unklar noch zweideutig sein, damit jede Gefahr einer willkürlichen Auslegung durch den Richter gebannt ist und der Normadressat Art und Grund der gegen ihn erhobenen Vorwürfe erfassen kann (*qualité des lois*),¹⁰⁸ zum anderen dürfen die Straftatbestände nicht unverhältnismäßig sein (*principe de nécessité*).¹⁰⁹ Während die erstgenannte Ausprägung der *légalité matérielle* vom C. const. mitunter durchaus entschieden gehandhabt wird und zu einigen Aufhebungen geführt hat,¹¹⁰ übt er sich bei der Kontrolle der Erforderlichkeit eines strafbewehrten Verbots in deutlicher Zurückhaltung: Leitmaxime des Gerichts ist hier, dass es seine eigene Einschätzung nicht an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers

¹⁰⁶ C. const. 28.11.1973, n° 73-80 L; *Mayaud*, Droit pénal général, Rn. 58.

¹⁰⁷ Zum Begriff *Clavarie-Rousset*, Dr. pén. 2011, Etude 16, 21 f.

¹⁰⁸ Vgl. C. const. 20.1.1981, n° 80-127 DC, §§ 7-9; 4.5.2012, n° 2012-240 QPC, § 3; Crim. 16.1.2002, Bull. n° 6; *Bouloc*, Droit pénal général, Rn. 130 m.w.N.; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, Rn. 273, Ziff. 1; *Renoux/de Villiers*, Code constitutionnel, Art. 8 DDHC Rn. 45 ff.; zur Zulässigkeit der Verwendung unbestimmter bzw. auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe siehe C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC (*bande organisée*).

¹⁰⁹ Trotz der gemeinsamen Rechtsgrundlage in Art. 8 DDHC wird das *principe de nécessité* teils auch als eigenständige, vom *principe de légalité* losgelöste Kategorie behandelt. In sachlicher Hinsicht ergeben sich keine Unterschiede, siehe etwa *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, Rn. 273, Ziff. 1, 5; C. const. 20.1.1981, n° 80-127 DC, §§ 7 ff., 11 ff.

¹¹⁰ C. const. 4.5.2012, n° 2012-240 QPC (*définition du délit de harcèlement sexuel* – Definition des Vergehens der sexuellen Belästigung, Art. 222-33 CP: Die Formulierung, wonach es strafbar ist, „jemanden mit dem Ziel zu belästigen, Gefälligkeiten sexueller Natur zu erlangen“, lässt die konstitutiven Elemente der Strafbarkeit nicht hinreichend erkennen); 16.9.2011, n° 2011-163 QPC und 17.2.12, n° 2011-222 QPC (*définition des délits et crimes incestueux* – Definition der Inzestdelikte, Art. 227-27-2 und 222-31-1 CP: keine hinreichend genaue Definition der tatbestandlich erfassten Familienangehörigen); 18.1.1985, n° 84-183 DC (*délit de malversation* – insolvenzrechtliche Veruntreuung bzw. Unterschlagung). – Auch in der Rechtsprechung der Cour de cassation finden sich Beispiele, in denen die Anwendung eines Strafgesetzes wegen Verstößen gegen das Bestimmtheitsgebot abgelehnt wurde: Crim. 16.1.2002, Bull. n° 6; 1.2.1990, Bull. n° 56; 29.10.1991, Bull. n° 386. Dabei ging es zwar in erster Linie, nicht jedoch ausschließlich um untergesetzlich geregelte Übertretungen, denn die parallele konventionsrechtliche Verankerung des Gesetzlichkeitsprinzips in Art. 7 EMRK ermöglicht den einfachen Gerichten auch eine Überprüfung der Bestimmtheit von Parlamentsgesetzen. Krit. zur zunehmenden Unbestimmtheit gesetzlicher Straftatbestände *Mayaud*, Droit pénal général, Rn. 28 f.

setzen darf, der insoweit bei der Gestaltung seiner Kriminalpolitik und ihrer gesetzlichen Umsetzung frei ist. So wird die der Entscheidung über die Pönalisierung vorgelagerte Frage, ob eine bestimmte Verhaltensweise überhaupt als sozialschädlich anzusehen ist, vom Verfassungsgericht nicht kontrolliert, obwohl Art. 5 DDHC wörtlich vorsieht, dass das Gesetz nur Handlungen verbieten darf, die für die Gesellschaft schädlich sind.¹¹¹ Eine Verletzung des in Art. 8 DDHC normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird wegen des dem Gesetzgeber zuerkannten Beurteilungsspielraums (*pouvoir d'appréciation*) nur im Hinblick auf das Vorliegen einer offensichtlichen Unverhältnismäßigkeit (*disproportion manifeste*) bzw. eines offensichtlichen Beurteilungsfehlers (*erreur manifeste d'appréciation*) geprüft.¹¹² In der verfassungsgerichtlichen Entscheidungspraxis erschöpft sich diese Kontrolle regelmäßig in der nicht näher begründeten Feststellung, dass kein offensichtlicher Verstoß im obigen Sinne vorliegt, ohne dass Zweck, Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Pönalisierung gesondert gewürdigt werden. Ungeachtet dessen hat die Verhältnismäßigkeitsprüfung durch den C. const. immerhin in zwei Fällen zu Nichtigerklärungen von Strafvorschriften geführt.¹¹³ Dabei wurde allerdings nicht die Verfassungswidrigkeit der Pönalisierung als solcher, sondern lediglich die der Höhe der Strafandrohung¹¹⁴ bzw. die der Aufnahme einer bereits bestehenden Strafvorschrift in den Katalog eines Qualifikationstatbestands¹¹⁵ festgestellt.¹¹⁶ Die – vom Gesetzgeber selbst übersehene – doppelte Pönalisierung einer (weitgehend) identischen Verhaltensweise in zwei unterschiedlichen Vorschriften mit verschie-

¹¹¹ Zur Funktionslosigkeit von Art. 5 DDHC in der Rspr. des C. const. *Renoux/de Villiers*, Code constitutionnel, Art. 5 DDHC Rn. 1; dies begründend *Lamy*, Cah. C. const. 26 (2009), 17; abl. *Dreyer*, JCP G 2011, Etude n° 976, Rn. 10.

¹¹² C. const. 20.1.1981, n° 80-127 DC, §§ 11–13; 16.6.1999, n° 99-411 DC; 3.2.2012, n° 2011-217 QPC; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, Rn. 273, Ziff. 5: „contrôle restreint“; *Bouloc*, Droit pénal général, Rn. 104; amtliche Kommentierung zu C. const. 3.2.2012, n° 2011-217 QPC, S. 7.

¹¹³ *Lamy*, Cah. C. const. 26 (2009), 18; *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, Rn. 273, Ziff. 5; Amtliche Kommentierung zu C. const. 3.2.2012, n° 2011-217 QPC, S. 8.

¹¹⁴ C. const. 30.12.1987, n° 87-237 DC, §§ 12–16: Verfassungswidrigkeit einer steuerrechtlichen Bestimmung, die bei unberechtigter Mitteilung des Einkommens einer Person an Dritte eine Pauschalgeldbuße in Höhe des mitgeteilten Einkommens vorsah.

¹¹⁵ C. const. 16.7.1996, n° 96-377 DC, §§ 8 f.: Verfassungswidrigkeit der Aufnahme des Delikts der Unterstützung der unerlaubten Einreise bzw. des unerlaubten Verkehrs oder Aufenthalts eines Ausländers (Art. L. 622-1 CESEDA) in die Liste der terroristischen Straftaten des Art. 421-1 CP, weil im Gegensatz zu den anderen in dem Qualifikationstatbestand aufgeführten Straftaten keine die Sicherheit von Sachen oder Personen direkt beeinträchtigenden materiellen Akte inkriminiert werden, sondern bloße Unterstützungshandlungen ohne unmittelbaren Bezug zur Begehung einer terroristischen Tat.

¹¹⁶ Vgl. auch *Delmas-Marty*, Grands systèmes, S. 342, die dem Aspekt der *nécessité* von vornherein nur im Zusammenhang mit der Höhe der Strafandrohung, nicht jedoch mit der Strafandrohung als solcher Bedeutung beimisst.

denen Strafanordnungen wird unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht beanstandet,¹¹⁷ kann jedoch gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen.¹¹⁸

Auch die aus dem *principe de nécessité des peines* und der Unschuldsvermutung (Art. 8, 9 DDHC) abgeleiteten Prinzipien der persönlichen Verantwortlichkeit (*principe de la responsabilité personnelle*) und des personalen Charakters der Strafe (*principe de la personnalité des peines*) ziehen der Strafgewalt des Gesetzgebers höchstens äußerste Grenzen.¹¹⁹ So muss zwar bei der Definition von Verbrechen und Vergehen neben der objektiven Tatseite (*élément matériel*) stets auch ein subjektives *élément moral* in Form von Vorsatz, Fahrlässigkeit o.Ä. vorliegen; unterlässt der Gesetzgeber jedoch eine dahingehende Präzisierung, so reicht es aus, wenn der Richter bei der Rechtsanwendung im Einzelfall die allgemeine Bestimmung in Art. 121-3 Abs. 1 CP zugrunde legt, der zufolge grundsätzlich nur die absichtliche Begehungsweise strafbar ist.¹²⁰ Als mit dem Schuldgrundsatz vereinbar angesehen wurde auch die dem Gericht kraft Gesetzes in bestimmten Fällen eingeräumte Möglichkeit, den Arbeitgeber zur Bezahlung einer Geldbuße zu verpflichten, die es gegen den Arbeitnehmer verhängt hat.¹²¹ Schließlich wird eine Beweislastumkehr zuungunsten des „Täters“ in Form von widerleglichen gesetzlichen (Schuld-)Vermutungen (*présomptions de culpabilité*) jedenfalls im Bereich der Übertretungen vom C. const. nicht beanstandet.¹²²

Im Einzelfall können sich weitere Grenzen der Pönalisierungsbefugnis allerdings direkt aus den Grundrechten ergeben. So wurde etwa die beabsichtigte Einführung einer Strafbarkeit der Leugnung von *kraft Gesetzes ausdrücklich als solche anerkannten* Völkermordverbrechen wegen Verletzung der Meinungsfreiheit aufgehoben, weil es dem Gesetzgeber verwehrt ist, selbst in normativ bindender Weise darüber zu bestimmen, welche Verbrechen als Völkermord anzusehen sind.¹²³

¹¹⁷ C. const. 12.1.2002, n° 2001-455, §§ 85–86 (Strafbarkeit von Mobbing sowohl nach ex-Art. L. 122-49 Abs. 1 i.V.m. Art. 152-1-1 Code du travail als auch nach Art. 222-33-2 CP); krit.: *Lamy*, Cah. C. const. 26 (2009), 18; *Malabat*, Mélanges Ottenhof, S. 158 f.

¹¹⁸ C. const. 28.6.2013, n° 2013-328 QPC: Verfassungswidrigkeit der Doppelpönalisierung der betrügerischen Inanspruchnahme von Sozialleistungen, weil eine *identische* Verhaltensweise je nach der von den Strafverfolgungsorganen zugrunde gelegten Strafnorm entweder mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren und Geldstrafe bis zu EUR 375.000 (Art. L. 135-1 Code de l'action sociale et des familles) oder aber lediglich mit einer Geldstrafe bis zu EUR 5.000 (Art. L. 114-13 Code de la sécurité sociale) geahndet werden konnte; zust. *Belloir*, AJ Pén. 2013, 471.

¹¹⁹ *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, Rn. 273, Ziff. 6; *Malabat*, Cah. C. const. 26 (2009), 28.

¹²⁰ C. const. 16.6.1999, n° 99-411 DC, § 17.

¹²¹ C. const. 2.12.1976, n° 76-70 DC (ex-Art. L. 263-2-1 Code du travail).

¹²² C. const. 16.6.1999, n° 99-411 DC, §§ 3–9; weiterführend: *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, Rn. 469-1 ff. m.w.N.; *Bouloc*, Droit pénal général, Rn. 295.

¹²³ C. const. 28.2.2012, n° 2012-647 DC. Ziel des Gesetzes war es, die Strafbarkeit des Negationismus, die bis dato ausschließlich im Hinblick auf *gerichtlich* festgestellte Völ-

Im strafrechtlichen Schrifttum wird die überwiegend als sehr restriktiv wahrgenommene verfassungsgerichtliche Kontrolle der Erforderlichkeit eines Strafgesetzes nur vereinzelt kritisiert.¹²⁴ Auseinandersetzungen über die Existenz eines dem Strafgesetz vorgelagerten materiellen Verbrechensbegriffs, der dem Gesetzgeber einen rational-argumentativ fundierten Beurteilungsmaßstab dafür an die Hand geben könnte, was in verfassungsrechtlicher oder kriminalpolitischer Hinsicht noch strafwürdig ist und was straflos bleiben sollte, werden jedoch kaum geführt. Zwar sollen einzelne Delikte überflüssig sein, weil ihnen im Widerspruch zu dem im Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 8 DDHC enthaltenen *principe de nécessité* fast ausschließlich symbolische Funktion zukomme.¹²⁵ Auch wird bisweilen das in Art. 5 DDHC formulierte Kriterium der Sozialschädlichkeit herangezogen, um etwa die Inkriminierung bestimmter selbstschädigender Verhaltensweisen zu hinterfragen.¹²⁶ Darüber hinausgehende Versuche einer an dogmatischen Gesichtspunkten orientierten Systematisierung werden dagegen nur selten unternommen.¹²⁷ Die Idee, Strafandrohungen wegen ihrer Eingriffsintensität im Vergleich zu anderen staatlichen Reaktionsmitteln nur als *ultima ratio* zuzulassen (Subsidiarität oder Ausnahmecharakter des Strafrechts), wird trotz des entsprechenden Bekenntnisses in Art. 8 DDHC in der strafrechtlichen Literatur kaum aufgegriffen: Sobald ein Verbot als solches statthaft ist, soll es dem Gesetzgeber freistehen, es mit einer Strafandrohung zu versehen, solange nur deren Höhe nicht unverhältnismäßig ist.¹²⁸ Die den Anwendungsbereich strafprozessualer Freiheitsentziehungen eröffnenden Inkriminierungen sind entsprechend vielfältig.¹²⁹

kermordverbrechen i.S.v. Art. 6 IMG-Statut existierte (Art. 24*bis* des Gesetzes vom 29.7.1881 über die Pressefreiheit, eingefügt durch Gesetz n° 90-615 vom 13.7.1990), auf den einzigen ausdrücklich gesetzlich „anerkannten“ Fall des Genozids der Türken an den Armeniern von 1915 (Gesetz n° 2001-70 vom 29.1.2001) zu erstrecken.

¹²⁴ Dreyer, JCP G 2011, Etude n° 976, Rn. 10: „Cet effacement du Conseil est regrettable“; Slama, ADL (CREDOF), S. 3: „fortement critiquable“; vgl. auch Lamy, Cah. C. const. 26 (2009) 17 f.; siehe aber auch Delmas Saint-Hilaire, Politeia 2004, 113, 117, der sich über die weise Zurückhaltung des C. const. erfreut zeigt; ähnlich Lacaze, Réflexions, Rn. 220, wonach das überwiegende Schrifttum seine Vorsicht begrüße.

¹²⁵ Clavarie-Rousset, Dr. pén. 2011, Etude n° 16, Rn. 10; siehe außerdem Malabat, Mélanges Ottenhof, S. 155 zu gesetzlichen „Doppelpönalisierungen“.

¹²⁶ Delmas-Marty, Grands systèmes, S. 353: Nicht-Anlegen des Sicherheitsgurts, Beübungsmittelkonsum.

¹²⁷ Siehe aber Lacaze, Réflexions, die die v.a. spanisch-sprachigen Quellen entnommenen Rechtsgutslehren als *concept de bien juridique protégé* in die frz. Diskussion einführt sowie Mayaud, Droit pénal général, Rn. 44, 226.

¹²⁸ I.d.S. ausdrücklich Desportes/Le Gunehec, Droit pénal général, Rn. 33; vgl. außerdem Boulloc, Droit pénal général, Rn. 8: „légalisme“; Lacaze, Réflexions, Rn. 215 ff.; auch Mayaud, Droit pénal général, Rn. 44 spricht nur zurückhaltend von einem „recours utile et adapté au droit pénal“; weitergehend dagegen Dreyer, JCP G 2011, Etude n° 976, Rn. 10, der einen „caractère exceptionnel de l’incrimination“ postuliert.

¹²⁹ Desportes/Le Gunehec, Droit pénal général, Rn. 33: „Un rapide panorama de notre législation pénale inciterait à considérer que rien ne peut contenir la volonté répressive [du législateur] tant les infractions sont nombreuses et diverses.“

b) Illustrationen für die Reichweite gesetzlicher Pönalisierungen

Aus dem weiten Feld der strafbewehrten Verbote, anhand derer sich die ausufernde Reichweite des Bereichs strafrechtlich erfasster Verhaltensweisen exemplifizieren ließe,¹³⁰ sollen hier lediglich zwei Deliktstypen skizziert werden, die in besonderem Maße geeignet erscheinen, das Fehlen eines allgemeinen präventivpolizeilichen Gewahrsams durch die frühzeitige Eröffnung des Anwendungsbereichs der strafprozessualen Freiheitsentziehungen zu kompensieren.¹³¹

aa) Vorfeldkriminalisierungen

Da das Strafrecht keine rein internen Vorgänge (Gedanken, Ideen) bestrafen, sondern erst dann eingreifen darf, wenn diese sich in Form einer Tatsache (*fait*) oder eines Akts (*acte*) nach außen manifestiert haben, bedarf es zur Begründung der Strafbarkeit stets eines äußeren Anknüpfungspunkts (*élément matériel*), der sich klassischerweise in einem (schädigenden) Resultat materialisiert.¹³² Neben den Bestimmungen über den Versuch, denen die Grundsatzentscheidung zugunsten der Straflosigkeit bloßer Vorbereitungshandlungen zu entnehmen ist,¹³³ enthält der Besondere Teil des CP allerdings eine Vielzahl von Tatbeständen, die mitunter weit im Vorfeld des klassischen Versuchsstadiums gelegene Verhaltensweisen unter Strafe stellen. In der Literatur werden sie – wenn überhaupt¹³⁴ – als *infractions obstacles* („Hindernis-Straftaten“) oder *infractions de prévention* („Präventionsstraftaten“) diskutiert.¹³⁵ Beide Begriffe bringen zum Ausdruck, dass hier die Verhinderung *künftiger* Straftaten bzw. Schädigungen im Vordergrund steht. Prototyp ist die in Art. 450-1 CP geregelte Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung,¹³⁶ deren eminente Bedeutung auch darin gründet, dass ein entsprechender Tatverdacht

¹³⁰ Siehe etwa die umfangreichen Beispiele bei *Danet*, APC 25 (2003), 52 ff.

¹³¹ Vgl. a.a.O., 56, wonach insb. die *garde à vue* auf diese Weise als vorübergehendes Instrument der „Straßenreinigung“ instrumentalisiert werden soll.

¹³² *Grunvald*, Mélanges Ottenhof, S. 131; *Bouloc*, Droit pénal général, Rn. 131, 224 ff.

¹³³ Nach der Legaldefinition in Art. 121-5 CP muss sich der Versuch durch den Beginn der Tatausführung manifestiert haben (*manifestée par un commencement d'exécution*).

¹³⁴ Vgl. *Cerf*, CRDF 2007, 142: „catégorie d'infractions [...] mal connue. Beaucoup de manuels de droit pénal général la passent sous la main“.

¹³⁵ *Mayaud*, Droit pénal général, Ziff. 205; *Bouloc*, Droit pénal général, Rn. 25 Rn. 4 spricht insoweit auch von „ouvrages avancés de la répression“; ähnlich: *Lacaze*, Réflexions, Rn. 398: „répression anticipée“. Während *Cerf*, CRDF 2007, 142, Fn. 7 beide Begriffe synonym verwendet, bedarf es nach *Doucet*, Gaz. Pal. 1973, II, Doctrine, 764 sowie *ders.*, RDPC 1975, 769, III, einer Differenzierung. Zur schwierigeren, hier nicht weiter zu vertiefenden Abgrenzung ausf. *Lacaze*, Réflexions, Rn. 488, 592 ff.

¹³⁶ *Desportes/Le Gunehec*, Droit pénal général, Rn. 461: „exemple le plus typique“; *Cerf*, CRDF 2007, 142: „classique“; *Lelieur/Pfützner/Volz*, in: Sieber/Cornils (Hrsg.), Nationales Strafrecht, S. 835; *Lemoine*, RPDP 2007, 278; als weitere klassische Fälle gelten etwa die Drohung oder der unerlaubte Waffenbesitz, *Cerf*, CRDF 2007, 142, Fn. 12.

über Art. 706-73 Nr. 15, 706-74 Nr. 2 CPP den Anwendungsbereich der strafprozessualen Sondervorschriften für organisierte Kriminalität eröffnet. Eine kriminelle Vereinigung ist jede Gruppe (*groupement formé*) oder jeder Zusammenschluss (*entente établie*) – mindestens zweier Personen¹³⁷ –, der zum Zweck der durch einen oder mehrere materielle Umstände gekennzeichneten (*caractérisée par un ou plusieurs faits matériels*)¹³⁸ Vorbereitung eines oder mehrerer Verbrechen oder Vergehen mit einer Mindesthöchststrafe von fünf Jahren gebildet wurde.¹³⁹ Auch im Zusammenhang mit (abstrakt) gefährlichen Verhaltensweisen im öffentlichen Raum (*espace publique*) bedient sich der Gesetzgeber weitreichender Vorfeldtatbestände und bestraft etwa die Teilnahme an Menschenansammlungen, die geeignet sind, die öffentliche Ordnung zu stören (*participation délictueuse à un attroupeement*, Art. 431-3 ff. CP) oder das auch im Wege eines nur passiven Verhaltens praktizierte Anwerben von Kunden zur Prostitution bzw. dessen Versuch (*racolage*, Art. 225-10-1 f. CP).¹⁴⁰ Die Anzahl der *délits obstacles* ist in der Vergangenheit kontinuierlich gewachsen: Seit 2004 ist etwa die versuchte Anstiftung (*mandat criminel*) zu den Verbrechen des Mordes und der Vergiftung unter Strafe gestellt (Art. 221-5-1 CP); 2007 wurde ein Delikt des „Auflauerns“ (*embuscade*) geschaffen, mit dem das Warten auf einen Hoheitsträger zum Zwecke eines bewaffneten Angriffs inkriminiert wird (Art. 222-15-1 CP).

Weitreichende Vorfeldkriminalisierungen existieren auch und gerade im Bereich des Terrorismusstrafrechts (Art. 421-1 ff. CP).¹⁴¹ Mit Gesetz n° 2014-1353 vom 13.11.2014 wurden die einschlägigen Straftatbestände – an die das doppelte strafprozessuale Sonderregime für Terrorismusstraftaten (Art. 706-16 ff. CPP) und für organisierte Kriminalität (Art. 706-73 ff. CPP) anknüpft (siehe unten C.3.) – massiv erweitert und um eine ganze Reihe neuer Vorbereitungsdelikte ergänzt.¹⁴²

¹³⁷ Pradel/Danti-Juan, Droit pénal spécial, Rn. 1211; Vitu, Association de malfaiteurs, in: JCl., Rn. 21; Crim. 3.6.2004, n° 03-83.334.

¹³⁸ Das vage Kriterium der *faits matériels* findet sich in einer Reihe anderer Vorfeldtatbestände wieder, in denen der Gesetzgeber es nicht für opportun erachtet hat, das erforderliche *élément matériel* näher zu konkretisieren, siehe z.B. Art. 222-15-1 (*embuscade*) sowie Art. 222-14-2 CP (*participation à une bande violente*).

¹³⁹ Diese Legaldefinition ist identisch mit der des straferschwerenden Merkmals der „organisierten Bande“ (*bande organisée*, Art. 132-71 CP), das ebenfalls Anknüpfungspunkt für die Eröffnung des strafprozessualen Sonderregimes für organisierte Kriminalität ist. Jede in der qualifizierten Begehungsform der *bande organisée* verwirklichte Straftat (mit einer Mindesthöchststrafe von fünf Jahren) ist mithin das Werk einer *association de malfaiteurs*; siehe Lemoine, RPDP 2007, 278.

¹⁴⁰ Allg. hierzu Poncela, APC 32 (2010), 5 ff.

¹⁴¹ Eine Illustration dafür, wie weit die entsprechenden Tatbestände in der Gerichtspraxis gehandhabt werden, gibt Crim. 21.5.2014, n° 13-83.758; krit. de Combles de Nayves, AJ Pén. 2014, 528.

¹⁴² Für einen kurzen Überblick zu Entstehungsgeschichte und Inhalt der Neuerungen (die sich nicht auf das materielle Strafrecht beschränken, sondern auch Verwaltungs- und

Obwohl die grundsätzliche Zulässigkeit von Vorfeldkriminalisierungen unbestritten ist, werden ihre immer weiter um sich greifenden Auswüchse im neueren Schrifttum zunehmend auf ihre dogmatische, kriminalpolitische und teils auch verfassungsrechtliche Legitimität hinterfragt.¹⁴³

bb) Ungehorsamskriminalisierungen

Sowohl die Missachtung präventiv-polizeilicher Maßnahmen (Verwaltungsungehorsam)¹⁴⁴ als auch die Nichtbefolgung strafgerichtlicher und strafprozessualer Anordnungen (Justizungehorsam)¹⁴⁵ sind in weitem Umfang strafbewehrt. Zwar handelt es sich bei der Generalklausel in Art. R. 610-5 CP, die *sämtliche* Zuwiderhandlungen gegen Verbote oder Verstöße gegen Gebote, die per Polizeiverfügung, also in Form von verwaltungspolizeilichen Verwaltungsakten erlassen wurden, mit Geldbuße bedroht, nur um einen Übertretungstatbestand.¹⁴⁶ Ein entsprechender Verdacht kann daher keine strafprozessuale Freiheitsentziehung rechtfertigen.¹⁴⁷ Es existieren jedoch auch spezialgesetzlich normierte Vergehen, in denen die Nichtbefolgung präventiv-polizeilicher Maßnahmen der Verwaltungsbehörden (*interdictions administratives*) unter Strafe gestellt ist.¹⁴⁸ Im Zusammenhang mit Sportveranstaltungen etwa ermächtigen die Art. L. 332-16 ff. Code du sport den Präfekten bzw. den Innenminister dazu, gegenüber Personen, die eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung darstellen bzw. deren Anwesenheit bei einer Sportveranstaltung eine schwerwiegende Störung der öffentlichen Ordnung herbeiführen würde, präventiv-polizeiliche Anordnungen (insb. Stadionverbote, Meldepflichten sowie

Strafprozessrecht erfassen) siehe Roumier, Dr. pén. 2014, Alerte n° 46, 56 und 59. Eine krit.-abl. Analyse findet sich bei Rouidi, AJ Pén. 2014, 555.

¹⁴³ Cerf, CRDF 2007, 142; Lacaze, Réflexions, Rn. 398, 419; Mayaud, Droit pénal général, Rn. 209; ders., AJ Pén. 2013, 442; Dawry-Fauveau, Mélanges Robert, S. 179; Grunvald, Mélanges Ottenhof, S. 138 ff.; Danet, APC 25 (2003), 37, 53 f.

¹⁴⁴ Bouloc, Proc. pén., Rn. 359 f.: „Généralement, l’observation des mesures de police fait l’objet de sanctions pénales“; „cette idée fondamentale“; grundlegend zur Bedeutung des Straf(prozess)rechts als klassisches Instrument zur Durchsetzung von Entscheidungen der Verwaltung Glaab, Vollstreckung, S. 143 ff.

¹⁴⁵ Strafbar sind außerdem die im Gesetz normierten Fälle der Behinderung der Justiz (Art. 434-7-1 ff. CP) und der Verletzung der Autorität der Justiz (Art. 434-24 ff. CP).

¹⁴⁶ „La violation des interdictions ou le manquement aux obligations édictées par les décrets et arrêtés de police.“

¹⁴⁷ Erst im Fall eines „gewalttätigen Widerstands“ oder eines „die Würde der Person oder den Respekt des Amtes verletzenden Verhaltens“ gegenüber Hoheitsträgern können die Vergehen der *rébellion* (Art. 433-6 f. CP: Höchststrafe 1 Jahr) bzw. der *outrage à agent public* (Art. 433-5 CP: Höchststrafe 6 Monate) einschlägig sein, deren Verdacht als Auslöser einer *garde à vue* in Betracht kommt. Ob die hoheitliche Handlungsanweisung, die Anlass zu dem Verhalten gegeben hat, rechtmäßig ist, spielt keine Rolle, da ein Widerstandsrecht gegen rechtswidrige Hoheitsakte nur in Evidenzfällen in Betracht kommt, *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 110 m.w.N. zur insoweit st. Rspr.

¹⁴⁸ Poncela, APC 32 (2010), 12.

sonstige Einschränkungen der Freizügigkeit) zu treffen, deren Missachtung vom Gesetz mit Freiheitsstrafe bedroht ist.¹⁴⁹

Darüber hinaus sind Verstöße gegen vom Strafgericht ausgesprochene Sanktionen häufig selbst strafbewehrt. So können etwa bei diversen Straftaten Verbote präventiven Charakters als (Neben-)Strafe ausgesprochen werden, deren Missachtung ihrerseits als Straftatbestand ausgestaltet ist (Art. 434-38 ff. CP).¹⁵⁰ Selbst der Verstoß gegen Sicherungsmaßregeln (*mesures de sûreté*), die vom Gericht bei Schuldunfähigkeit verhängt werden können (Art. 706-135 ff. CPP), ist gemäß Art. 706-139 CPP strafbewehrt und kann – im Fall der Schuldfähigkeit im Moment der Tatbegehung¹⁵¹ – mit einer bis zu zweijährigen Freiheitsstrafe sanktioniert werden.

Ergänzend sei schließlich auf die bei einer Vielzahl strafprozessualer Ermittlungsmaßnahmen – insbesondere solcher, die mit körperlichen Eingriffen verbunden sind – bestehende Besonderheit hingewiesen, dass sie im Fall ihrer Anordnung zwar nicht zwangsweise gegen den Willen des Betroffenen durchgeführt werden können, die Verweigerung ihrer Duldung jedoch als – im CPP mit Freiheitsstrafe bedrohter – Straftatbestand konzipiert ist.¹⁵² Dies gilt etwa bei der Verweigerung der Zurverfügungstellung für die Fertigung von Lichtbildern oder die Abnahme von Fingerabdrücken zum Zwecke des Erkennungsdienstes (Art. 78-5 CPP), für die Blutentnahme (Art. L. 234-8 und 235-1 Code de la route, Art. L. 3354-2 CSP), für

¹⁴⁹ Im Vorfeld einer Champions League-Begegnung am 6.11.2012 wurden vormittags über 100 kroatische Anhänger wegen Verstoßes gegen die in einem Erlass des Innenministers vom 3.11.2012 gemäß Art. 332-16-1 Code du sport bezeichneten Verbote in *garde à vue* genommen, vgl. AFP, 103 supporters croates interpellés à Paris, LeFigaro.fr, 6.11.2012. Weiterführend *Poncela*, APC 32 (2010), 5, 16 f.

¹⁵⁰ Vgl. auch Art. L. 332-11 Code du sport, wonach das Gericht im Fall der Verurteilung wegen eines der in Art. L. 332-3 ff. Code du sport normierten sportveranstaltungsbezogenen (Vorfeld-)Delikte diejenigen Anordnungen, die der Präfekt bzw. der Innenminister auf Grundlage von Art. L. 332-16 bis 332-16-2 Code du sport als Verwaltungsverbote aussprechen kann, im Wege einer Nebenstrafe verhängen kann. Die Zuwiderhandlung hiergegen ist ihrerseits nach Art. L. 332-13 Code du sport strafbar. Eine ähnliche Regelung existiert seit 1995 im Versammlungsrecht, wo als (strafbewehrte) Nebenstrafe für Versammlungsdelikte ein befristetes, auf bestimmte Orte beschränktes Verbot der Teilnahme an Versammlungen ausgesprochen werden kann (siehe nunmehr Art. L. 211-13 CSI).

¹⁵¹ Daher liegt nach Auffassung des C. const. 21.2.2008, n° 2008-562 DC, § 27 kein Verstoß gegen das *principe de nécessité des peines* vor.

¹⁵² Vgl. *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 208, 209: Immer dann, wenn der Gesetzgeber die Weigerung der Duldung einer Ermittlungsmaßnahme pönalisiert, scheidet ihre zwangsweise Durchsetzung aus; siehe auch *Pradel*, Proc. pén., Rn. 476, 479. Weitere „strafprozessuale Strafvorschriften“ sind z.B. in Art. 321 Abs. 2, 404 Abs. 2 CPP normiert, die bestimmen, dass derjenige, der infolge einer wie auch immer gearteten Störung der Ordnung während der Hauptverhandlung vom Vorsitzenden aus dem Sitzungssaal verbannt wurde, im Fall eines Widerstands gegen diese Anordnung oder der Verursachung von Tumult auf der Stelle verhaftet und – unbeschadet anderweitiger strafrechtlicher Sanktionen – zu einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren verurteilt werden kann.

die Entnahme biologischen Materials zur Gewinnung von DNA-Daten (Art. 706-56 II CPP) und für medizinische Untersuchungen im Körperinneren bei Verdacht auf Drogentransport (Art. 60bis Code des douanes).¹⁵³

B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen

1. Gewaltenteilungsbasierter Dualismus: Grundsatz und Relativierungen

Die Abgrenzung von Strafprozessrecht und Verwaltungspolizeirecht manifestiert sich in der Unterscheidung zwischen repressiv-polizeilichen und präventiv-polizeilichen Eingriffsbefugnissen. Dabei ergibt die Bestandsaufnahme eine deutliche Asymmetrie zugunsten Ersterer: Während der CPP ein flächendeckendes Eingriffsinstrumentarium bereitstellt, erweist sich das verwaltungspolizeirechtliche Arsenal an Zwangsmaßnahmen im engeren Sinne als ausgesprochen fragmentarisch. Der Dualismus Prävention – *police administrative* – Verwaltungspolizeirecht versus Repression – *police judiciaire* – Strafprozessrecht ist jedoch für den Gesetzgeber nur einseitig bindend, da präventive Zwecke auch im Strafprozessrecht verfolgt werden können.

a) Fragmentarisch-lückenhafter Charakter verwaltungspolizeirechtlicher Zwangsbefugnisse als Ausdruck eines régime répressif

Die funktionale Unterscheidung zwischen präventiver *police administrative* und repressiver *police judiciaire* (*dichotomie policière*), die der Abgrenzung zwischen Verwaltungspolizeirecht und Strafprozessrecht zugrunde liegt, geht auf den revolutionären Grundsatz (Gesetze vom 16. und 24.8.1790) der Trennung von Verwaltung und ordentlicher Gerichtsbarkeit (*principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*) zurück.¹⁵⁴ Da die handelnden Hoheitsträger, namentlich die Vollzugsbeamten der Polizei, je nach konkreter Situation in beiden Eigenschaften tätig werden können,¹⁵⁵ bedarf es für die Bestimmung der einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen, der Weisungskompetenzen und der Gerichtszuständigkeit einer Abgrenzung beider Funktionen.¹⁵⁶ Diese richtet sich grundsätzlich nach dem Zweck bzw. der Zielrichtung der Maßnahme (*critère finaliste*).¹⁵⁷

¹⁵³ Siehe Danet, APC 25 (2003), 58 m.w.N.

¹⁵⁴ Matsopoulou, Enquêtes de police, Rn. 29 ff.; Decocq/Montreuil/Buisson, Droit de la police, Rn. 153; Gonod, in: Masing/Jouanjan (Hrsg.), Dt.-Frz. Gespräche, S. 7.

¹⁵⁵ Vlaminck, Droit de la police, Rn. 1; Pradel, Proc. pén., Rn. 171.

¹⁵⁶ Gonod, in: Masing/Jouanjan (Hrsg.), Dt.-Frz. Gespräche, S. 8. Da eine Vielzahl von strafprozessualen Zwangsbefugnissen im Verwaltungspolizeirecht keine Entsprechung hat, bereitet die Abgrenzung als solche häufig keine Probleme und die Prüfung kann sich auf

Aufgabe der *police judiciaire* ist die Aufklärung von Straftaten, die Beweissammlung und die Suche des Täters (Art. 14 Abs. 1 CPP).¹⁵⁸ Der Zweck des hoheitlichen Handelns liegt hier mithin in der Verfolgung von bestimmten, bereits begangenen Straftaten (*finalité répressive*).¹⁵⁹ Die Maßnahmen unterliegen dabei der Kontrolle der *autorité judiciaire* – im Ermittlungsverfahren also derjenigen der (weisungsbefugten) Staatsanwaltschaft, des Untersuchungsrichters und des Grundrechte- und Haftrichters.¹⁶⁰ Die einschlägigen Kompetenztitel, die an das Vorliegen des Verdachts einer Straftat anknüpfen, befinden sich im CPP, der eine weitgehend abschließende Kodifikation bereitstellt.¹⁶¹

Funktion der *police administrative* ist die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung (*maintien de l'ordre public*). Ihr primäres Ziel ist die Verhinderung von Straftaten;¹⁶² in einem allgemeineren Sinne geht es um die Abwehr von Gefahren und die Beseitigung von Störungen bzw. um die Gewährleistung von Sicherheit, Sauberkeit und Ruhe (*sécurité, salubrité, tranquillité*), vgl. Art. 2212-2 CGCT (*finalité préventive*).¹⁶³ Die handelnden Hoheitsträger unterliegen insoweit den Weisungen der Verwaltungshierarchie und der Kontrolle durch die Verwaltungsgerichte.¹⁶⁴ Da es sich um Verwaltungsaufgaben handelt, sind die entsprechenden Befugnisse, die vom Vorliegen des Verdachts einer bereits begangenen Straftat unabhängig sind, dem Verwaltungs(polizei)recht zu entnehmen.

das Vorliegen der Eingriffsvoraussetzungen der strafprozessualen Ermächtigung beschränken, vgl. *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 107.

¹⁵⁷ CE 11.5.1951, *Baud*; 18.5.1951, *Veuve Moulis*; TC 7.6.1951, *Epoux Nowalek; Matsopoulou*, Enquêtes de police, Rn. 29 ff.; *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 360 f.; *Buisson*, Contrôles et relevés d'identité, in: JCl., Rn. 71, 79; *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 155 ff.; *Leroy*, Proc. pén., Rn. 122 ff. *Gonod*, in: Masing/Jouanjan (Hrsg.), Dt.-Frz. Gespräche, S. 7 f.; krit. wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten und Überschneidungen bereits *Turpin*, AJDA, 1983, I, 662 f.

¹⁵⁸ Vgl. bereits Art. 20 Code des délits et des peines vom 25.10.1795: „La police judiciaire recherche les délits que la police administrative n'a pu empêcher de commettre, en rassemble les preuves, et en livre les auteurs aux tribunaux chargés par la loi de les punir.“

¹⁵⁹ *Vlamynck*, Droit de la police, Rn. 1; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 171.

¹⁶⁰ Nach C. const. 25.3.2014, n° 2014-693 DC, § 11 soll dies offenbar generell, d.h. auch außerhalb von Freiheitsentziehungen, aus Art. 66 C folgen: „Considérant qu'il résulte de l'article 66 de la Constitution que la police judiciaire doit être placée sous la direction et le contrôle de l'autorité judiciaire.“

¹⁶¹ Bestimmte Sachbereiche, etwa die Verfolgung von Zollstraftaten, sind jedoch ausgliedert (Code des douanes – Zollgesetzbuch).

¹⁶² Siehe Art. 19 Code des délits et des peines vom 25.10.1795: „La police administrative a pour objet le maintien habituel de l'ordre public [...]. Elle tend principalement à prévenir les délits. Les lois qui la concernent font partie du code des administrations civiles.“

¹⁶³ *Vlamynck*, Droit de la police, Rn. 1; *Matsopoulou*, Enquêtes de police, Rn. 27.

¹⁶⁴ Für Freiheitsentziehungen ergibt sich jedoch aus Art. 66 Abs. 2 C eine – die Verwaltungsgerichtsbarkeit verdrängende – Kontrollzuständigkeit der *autorité judiciaire*, siehe oben A.2.b.bb.

Ein dem CPP vergleichbares, übergreifendes Verwaltungspolizeigesetz – etwa in Form eines „Code de police (administratif)“ – existiert nicht. Die einschlägigen verwaltungspolizeirechtlichen Kompetenztitel finden sich traditionell vielmehr in diversen Spezialgesetzen verstreut, die ihrerseits durch ungeschriebene, in der Rechtsprechung entwickelte Grundsätze ergänzt werden.¹⁶⁵ Der 2012 in Kraft getretene Code de la sécurité intérieure unternimmt jedoch erstmals den Versuch einer kodifikatorischen Zusammenstellung aller die öffentliche Sicherheit (*sécurité publique*) betreffenden Rechtsvorschriften.¹⁶⁶ Im Einklang mit dem herkömmlichen präventiv-polizeilichen Funktionsverständnis weisen die Art. L. 132-1 ff. CSI den Verwaltungsbehörden insbesondere die Aufgabe der Verhinderung von Straftaten (*prévention de la délinquance*) zu; im 2. Buch (Livre II) des CSI werden Ermächtigungsgrundlagen für bestimmte präventiv-polizeiliche Maßnahmen (versammlungsrechtliche Verbote; Datenerfassung und -verarbeitung; Überwachung elektronischer Kommunikation, Videoüberwachung) aufgeführt.

Der fragmentarisch-lückenhafte Charakter, der den Eingriffsbefugnissen des Verwaltungspolizeirechts regelmäßig attestiert wird,¹⁶⁷ tritt bei der Zusammenstellung im CSI besonders deutlich zutage: Neben „informationsbezogenen Eingriffen“ (technischen Überwachungsmaßnahmen)¹⁶⁸ wird im Grunde nur der Einsatz psychologischen Zwangs im Wege des Ausspruchs von strafbewehrten (Art. R. 610-5 CPP) Ge- und Verboten (*contrainte psychologique*)¹⁶⁹ zugelassen. Zwar existieren außerhalb des CSI weiterhin diverse spezialgesetzliche Vorschriften, die in spezifischen Situationen (z.B. im Straßenverkehr, auf Flughäfen, bei Sportveranstaltungen, An- und Versammlungen, in Bezug auf Geisteskranke, auf Ausländer) auch zum Einsatz unmittelbaren verwaltungspolizeilichen Zwangs gegenüber Personen oder Sachen ermächtigen (z.B. Blutprobe, Beschlagnahme von Waffen),¹⁷⁰ außerdem soll eine Zwangsanwendung nach der von der Rechtsprechung entwickelten *théorie de l'exécution d'office* bei besonderer Dringlichkeit ausnahmsweise selbst

¹⁶⁵ Siehe *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 77, 86 ff.

¹⁶⁶ Ordonnance n° 2012-351 vom 12.3.2012, von der Regierung erlassen aufgrund der Ermächtigung in Art. 102 des Gesetzes n° 2011-267 vom 14.3.2011 (LOPSSI II); vgl. zum umfassenden Kodifikationsanspruch den der *ordonnance* beigefügten *rapport*: „Un code [...] regroupant l'ensemble des textes qui intéressent la sécurité publique. Am 1.1.2014 sind die Dekrete n° 2013-1112 und n° 2013-1113 vom 4.12.2013 in Kraft getreten, mit denen nunmehr auch der Verordnungsteil des CSI kodifiziert und konsolidiert wurde. Allg. zur Konjunktur der Politik der „inneren Sicherheit“, siehe *Gonod*, in: Masing/Jouanjan (Hrsg.), Dt.-Frz. Gespräche, S. 8 f.

¹⁶⁷ *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 412: „La compétence de la police [administrative] apparaît logiquement des plus réduites.“; *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 193 f.

¹⁶⁸ *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 196 ff.

¹⁶⁹ *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 413, 414.

¹⁷⁰ Vgl. a.a.O., Rn. 415; *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 262 ff.

ohne gesetzliche Ermächtigung zulässig sein.¹⁷¹ Wegen des Verzichts auf eine allgemeine polizeirechtliche Generalklausel und des weitgehenden Fehlens kontextunabhängiger Eingriffsermächtigungen – etwa zu Platzverweisen, Aufenthaltsverboten, Ingewahrsamnahmen, Durchsuchungen, Beschlagnahmen o.Ä. – stellt sich das verwaltungspolizeirechtliche Arsenal an Zwangsmaßnahmen im Vergleich zu dem flächendeckenden Eingriffsinstrumentarium im CPP als ungleich schwächer dar.

Der relativ limitierte Bestand an verwaltungspolizeirechtlichen Eingriffsbefugnissen entspricht der im verfassungsrechtlichen Schrifttum vorherrschenden Annahme, dass staatlicher Zwang möglichst erst dann zulässig sein sollte, wenn Anhaltspunkte für einen Verstoß gegen ein strafbewehrtes Verbot vorliegen. Ein so konzipiertes *régime répressif* wird als grundrechtsschonendste Regelungstechnik für die Ausgestaltung der Inanspruchnahme der grundrechtlichen Freiheiten verstanden: Indem all das erlaubt ist, was nicht (straf-)gesetzlich verboten ist, werde das liberale Prinzip, wonach die Freiheit die Regel und das Verbot die Ausnahme bilde, vollumfänglich verwirklicht.¹⁷² In dem Gegenmodell eines *régime préventif*, bei dem die Entscheidung über die Zulässigkeit der Inanspruchnahme einer grundrechtlichen Freiheit in die Hände einer im Einzelfall entscheidenden Verwaltungsbehörde gelegt und diese selbst zur zwangsweisen Durchsetzung der von ihr verhängten Verbote ermächtigt wird, sei die Freiheit dagegen nicht die Regel, sondern die Ausnahme.¹⁷³ Wenngleich unbestritten ist, dass im positiven Recht beide Modelle bzw. Regelungstechniken – sowie mannigfache Misch- und Übergangsformen – zum Einsatz kommen (müssen),¹⁷⁴ handele es sich bei dem *régime répressif* um die *de lege lata* vorherrschende Gestaltungsweise, die am besten mit der liberalen Staats- und Verfassungstradition Frankreichs zu vereinbaren sei.¹⁷⁵ Zum einen werde mit ihm der in Art. 4 und 5 DDHC formulierten Forderung Rechnung getragen, wonach nur gesetzlich verbotenes Verhalten verhindert werden darf: Die Koppelung der Zulässigkeit hoheitlicher Zwangsmaßnahmen an den Verdacht der Verletzung eines strafbewehrten Verbots sichere dem Bürger ein Höchstmaß an Rechtssicherheit, indem sie ihm erlaube, sein Verhalten an eindeutig formulierten Verbotstatbeständen auszurichten, anstatt dem Willkürpotenzial administrativer Gefahrenprognosen und der durch das kasuistische Vorgehen der Verwaltung be-

¹⁷¹ CE 2.12.1902, *Société immobilière Saint-Just* (concl. Romieu); siehe dazu *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 417; *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 281 ff.

¹⁷² *Lebreton*, Libertés, S. 176 f.; *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 105 ff., 412 ff.; *Wachsmann*, Libertés publiques, Rn. 330; vgl. auch *Bouloc*, Droit pénal général, Rn. 25, Ziff. 2, Rn. 224; *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 168 f.; *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 144.

¹⁷³ *Lebreton*, Libertés, S. 178 ff.

¹⁷⁴ *Wachsmann*, Libertés publiques, Rn. 330 ff. m.w.N.; *Lebreton*, Libertés, S. 176 ff. m.w.N.; zu pauschal daher *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 168.

¹⁷⁵ *Lebreton*, Libertés, S. 178; *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 106 f., 412; vgl. auch *Bouloc*, Droit pénal général, Rn. 25 Ziff. 2, Rn. 224.

gründeten Gefahr gleichheitswidriger Entscheidungen ausgeliefert zu sein. Zum anderen gewährleiste die mit dem *régime répressif* verbundene Dominanz des Straf(prozess)rechts gegenüber dem Verwaltungspolizeirecht eine möglichst weitreichende Intervention der *autorité judiciaire*, die in ihrer Eigenschaft als „Wächterin der individuellen Freiheit“ (Art. 66 Abs. 2 C) den Verwaltungsgerichten vorgezogen wird.¹⁷⁶ Der Gefahr, dass sich das liberale Grundanliegen des *régime répressif* durch eine exzessive Normierung strafrechtlicher Verbote und eine Verwendung zunehmend vager und unbestimmter Tatbestände in sein Gegenteil verkehrt, müsse durch die verfassungs- und konventionsrechtliche Verpflichtung des Strafgesetzgebers auf die Grundsätze der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit begegnet werden.¹⁷⁷ Ob dies tatsächlich gelingt oder überhaupt gelingen kann, sei vorliegend dahingestellt.¹⁷⁸ – Fest steht, dass es sich bei der grundsätzlichen Präferenz eines *régime répressif* um eine die französische Rechtskultur prägende Tradition handelt, die imstande ist, den vergleichsweise geringen Bestand verwaltungspolizeilicher Eingriffsbefugnisse – und die rechtspolitischen Kontroversen, die sich regelmäßig an ihrer Ausdehnung entzünden – plausibel zu erklären.

b) Präzisierung und Relativierung des funktionalen Dualismus

Bei genauerer Betrachtung ihrer positivgesetzlichen Verwirklichung und der Maßgaben des C. const. zeigt sich, dass die auf dem Grundsatz der Gewaltenteilung (*principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*) basierende Idee, wonach die präventive Gefahrenabwehr als *police administrative* Aufgabe des Verwaltungs(polizei)rechts ist, wohingegen die repressive Strafverfolgung unter anderem in Form der *police judiciaire* dem Strafprozessrecht vorbehalten bleibt, einer grundlegenden Relativierung bedarf: Während nämlich die Verfolgung repressiver Ziele bei Eingriffsmaßnahmen auf verwaltungspolizeirechtlicher Grundlage ausgeschlossen ist, wird die Einbeziehung präventiv-polizeilicher Gesichtspunkte im CPP unproblematisch für zulässig erachtet.

aa) Unzulässigkeit der Verfolgung repressiver Ziele im Verwaltungspolizeirecht

In Übereinstimmung mit dem oben entwickelten, finalen Abgrenzungskriterium, das der *dichotomie policière* zugrunde liegt, ist der Einsatz verwaltungs(polizei)rechtlicher Befugnisse im Zusammenhang mit Straftaten nur mit dem Ziel der Ge-

¹⁷⁶ Lebreton, Libertés, S. 176; Decocq/Montreuil/Buisson, Droit de la police, Rn. 106 f., 412.

¹⁷⁷ Lebreton, Libertés, S. 177 f.; Decocq/Montreuil/Buisson, Droit de la police, Rn. 106 f., 412 ff.; Wachsmann, Libertés publiques, Rn. 330.

¹⁷⁸ Vgl. Wachsmann, Libertés publiques, Rn. 331 a.E., der einen zunehmenden Verschleiß der mit dem *régime répressif* zumindest in der Theorie verbundenen Garantien („dégradation des garanties théoriquement offertes par le régime répressif“) beobachtet.

fahrenabwehr, also zur Verhinderung, nicht jedoch zur Aufklärung und Verfolgung von Straftaten statthaft. Diesem Befund entspricht die vom C. const. in ständiger Rechtsprechung verwendete Formel, wonach dem Gesetzgeber beim Erlass verwaltpolizeirechtlicher Vorschriften der Ausgleich zwischen den Belangen der Verhinderung von Eingriffen in die öffentliche Ordnung (*prévention*) und den verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechten obliegt.¹⁷⁹ Vor einiger Zeit hatte der C. const. Gelegenheit, den Verfassungsrang des Verbots „repressiver Fremdkörper“ im Verwaltungspolizeirecht ausdrücklich herauszustellen.¹⁸⁰ Gegenstand der Entscheidung war eine Neuregelung der Verkehrsdatenabfrage, die bereits 2004 als strafprozessuale, also repressiv-polizeiliche Maßnahme in Art. 60-1 CPP normiert worden war. Diese sollte nunmehr zur Terrorismusbekämpfung im Post- und Telekommunikationsgesetz auf das Gebiet der *police administrative* und damit auf den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsbehörden ausgedehnt werden (*réquisition administrative de données techniques de connexion*). Der dafür vorgesehene Art. 34-1-1 CPCE formulierte als zulässige Zwecke dieser verwaltpolizeirechtlichen Verkehrsdatenabfrage die Verhinderung und Verfolgung von Terrorismusstraftaten („afin de prévenir et de réprimer les actes de terrorisme“, H.d.d.A.). Der C. const. bewertete die gleichrangige Mitberücksichtigung einer repressiven Finalität bei dieser verwaltpolizeirechtlichen Regelung – im Einklang mit einer Stellungnahme des Senats im Gesetzgebungsverfahren¹⁸¹ – als verfassungswidrig. Während die Kläger eine Verletzung der individuellen Freiheit in Art. 66 Abs. 2 C geltend gemacht hatten, weil es sich funktional um eine Maßnahme der Strafverfolgung handele, die durch die Normierung im Verwaltungspolizeirecht der Kontrolle durch die *autorité judiciaire* entzogen sei,¹⁸² nahm das Verfassungsgericht einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung (*principe de la séparation des pouvoirs*) an: Soweit die in Art. 34-1-1 CPCE geregelten Datenabfragen präventiv-polizeiliche Ziele verfolgen, also die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und die Verhinderung von Straftaten bezwecken, sei es folgerichtig, sie allein der Verantwortung der Exekutive zu unterstellen; die Einbeziehung von Belangen der Strafverfolgung verletze jedoch die Zuständigkeit der *autorité judiciaire*.¹⁸³

¹⁷⁹ C. const. 19.1.2006, n° 2005-532 DC, § 9: „qu’il appartient au législateur d’assurer la conciliation entre, d’une part, la prévention des atteintes à l’ordre public, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d’autre part, l’exercice des libertés constitutionnellement garanties“; siehe auch C. const. 26.11.2010, n° 2010-71 QPC, § 16; 13.8.1993, n° 93-325 DC, § 19.

¹⁸⁰ C. const. 19.1.2006, n° 2005-532 DC, §§ 4 ff.; siehe dazu auch *Gonod*, in: Masing/Jouanjan (Hrsg.), Dt.-Frz. Gespräche, S. 10.

¹⁸¹ Siehe Rapport n° 117 des Senats *Courtois* vom 6.12.2005, S. 67.

¹⁸² Die Kläger übersahen freilich, dass Art. 66 Abs. 2 C nach neuerer Rechtsprechung nur für Freiheitsentziehungen i.e.S. gilt, siehe oben 2.b.bb., sowie die Amtliche Kommentierung zu C. const. 19.1.2006, n° 2005-532 DC in Cah. C. const. 20 (2006), 3 m.w.N.

¹⁸³ C. const. 19.1.2006, n° 2005-532 DC, §§ 4 ff.; vgl. auch die Amtliche Kommentierung in Cah. C. const. 20 (2006), 8; a.A. insoweit noch *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 160.

bb) Zulässigkeit der Verfolgung präventiver Ziele auf strafprozessualer Basis

Umgekehrt wird der Einsatz des strafprozessualen Instrumentariums zur Verhinderung künftiger Straftaten, also zu Zwecken, die nach herkömmlichem Verständnis eigentlich die *police administrative* und damit das Verwaltungspolizeirecht charakterisieren, ohne Weiteres für zulässig erachtet. Selbst vereinzelt vorhandene strafprozessuale Eingriffsbefugnisse, die unabhängig vom Verdacht einer Straftat zur Anwendung kommen und ausschließlich auf die Abwehr künftiger Gefahren bzw. die Verhinderung erst noch bevorstehender Straftaten gerichtet sind (Identitätskontrolle, Art. 78-2 Abs. 1 Spstr. 2, Abs. 3 CPP; Fahrzeugbesichtigung, Art. 78-2-4 CPP), werden nur ausgesprochen selten als Anomalie wahrgenommen, geschweige denn als systemwidrige Fremdkörper abgelehnt.¹⁸⁴ Die Offenheit des Strafprozessrechts für präventive Elemente kommt bereits in der Formel zum Ausdruck, die der C. const. in ständiger Rechtsprechung zugrunde legt, um das gesetzgeberische Abwägungsprogramm bei der Normierung strafprozessualer Bestimmungen zu umschreiben. Anders als beim Erlass verwaltungspolizeirechtlicher Bestimmungen, wo die praktische Konkordanz zwischen den Belangen der Prävention einerseits und der Wahrung der Grundrechte andererseits zu erzielen ist, sind im Strafprozessrecht die Belange des Grundrechtsschutzes mit den verfassungsrechtlich geschützten Interessen von *Repression und Prävention* in Einklang zu bringen.¹⁸⁵ Obwohl Art. 14 CPP der *police judiciaire* ausschließlich klassisch repressive Aufgaben zuweist (Aufklärung von Straftaten, Beweissammlung und Suche des Täters), soll es nach Auffassung des C. const. nicht zu beanstanden sein, wenn Polizeibeamten auf strafprozessualer Grundlage Befugnisse eingeräumt werden, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit der Strafverfolgung stehen und wegen ihres präventiv-polizeilichen Charakters eigentlich der *police administrative* und damit den Verwaltungsbehörden zustehen müssten.

Erstmals in Erscheinung getreten ist dieses „Verwaltungspolizeirecht in strafprozessualen Gewande“ mit der Neuregelung der Identitätskontrollen im CPP durch die Loi sécurité et liberté vom 2.2.1981: Diese sind nicht nur gegenüber Verdächtigen und im Zusammenhang mit der Strafverfolgung zulässig (Art. 78-2 Abs. 1 Spstr. 1, 3, 4, Abs. 2 CPP), sondern kommen auch gegenüber Personen in Betracht, die lediglich verdächtig sind, die Begehung einer Straftat *vorzubereiten* (Art. 78-2

¹⁸⁴ Krit. zu der Vermengung von *police administrative* und *police judiciaire* jedoch: Buisson, Contrôles et relevés d'identité, in: JCl., Rn. 71, 79; Turpin, AJDA 1983, I, 663; Philip, RDP 1981, 674; vgl. auch Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 815. Eine solche dagegen begrüßend Decocq/Montreuil/Buisson, Droit de la police, Rn. 161.

¹⁸⁵ St. Rpsr., siehe etwa C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 24: „qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la *prévention* des atteintes à l'ordre public et la recherche des auteurs d'infractions, toutes deux nécessaires à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties“ (H.d.d.A.); fast wortlautgleich bereits C. const. 20.1.1981, n° 80-127 DC, § 62.

Abs. 1 Spstr. 2 CPP)¹⁸⁶ sowie zum Zwecke der Verhinderung von Straftaten (Art. 78-2 Abs. 4 CPP)¹⁸⁷ und von Beeinträchtigungen der öffentlichen Ordnung (Art. 78-2 Abs. 3 CPP).¹⁸⁸ Bei der Vorlage des Gesetzes zum C. const. hatten die Kläger argumentiert, die Einbeziehung präventiv-polizeilicher Situationen in den CPP verletze den Grundsatz der Gewaltenteilung (*séparation des pouvoirs*). Das Verfassungsgericht ist dem nicht gefolgt: Zwar werde die *police judiciaire* hier in der Tat mit Präventivaufgaben betraut, die eigentlich der *police administrative* obliegen; dies sei jedoch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, weil die Verankerung der Maßnahmen im Strafprozessrecht zu einer Verbesserung der Rechtsstellung des Betroffenen führe. Dieser werde mit zusätzlichen Garantien (Zuständigkeit der *autorité judiciaire* etc.) ausgestattet, die ihm im Rahmen des Verwaltungspolizeirechts vorenthalten bleiben würden.¹⁸⁹ Infolgedessen hat es der C. const. auch später nicht beanstandet,¹⁹⁰ als mit der Loi pour la sécurité intérieure vom 18.3.2003 in Art. 78-2-4 CPP eine von einem Tatverdacht losgelöste Befugnis zur Besichtigung von Fahrzeugen geschaffen wurde, um eine schwere Verletzung der Sicherheit von Personen und Sachgütern zu verhindern.¹⁹¹

Der zu beobachtende Trend einer Zunahme präventiver Elemente gilt nicht nur für die Zwecke der an einen Tatverdacht anknüpfenden strafprozessualen Ermächtigungsgrundlagen, sondern macht sich auch auf institutioneller Ebene bemerkbar, wo etwa die Staatsanwaltschaft neuerdings ausdrücklich mit Präventionsaufgaben betraut wird (vgl. z.B. die mit Gesetz n° 2007-297 vom 5.3.2007 – Loi sur la prévention de la délinquance – eingefügten und durch das Gesetz n° 2013-669 vom 25.7.2013 teilweise neugefassten Art. 35 Abs. 2, 39-2 Abs. 1 CPP).¹⁹²

¹⁸⁶ „[T]oute personne à l'égard de laquelle existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner [...] qu'elle se prépare à commettre un crime ou un délit.“

¹⁸⁷ „[P]our la prévention [...] des infractions.“

¹⁸⁸ „[P]our prévenir une atteinte à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes ou des biens.“

¹⁸⁹ C. const. 20.1.1981, n° 80-127 DC, §§ 63 f.: „Considérant que, si les articles 76 et 77 précités réservent en certains cas à la police judiciaire des missions de prévention des atteintes à l'ordre public qui ressortissent normalement à la police administrative [...]; qu'en effet, [...] aucune atteinte au principe de la séparation des pouvoirs ne résulte de leur soumission à un régime comportant, pour les personnes qui en font l'objet, des garanties que ne leur assurerait pas le régime de droit commun de la police administrative.“

¹⁹⁰ C. const. 13.3.2003, n° 2003-467 DC, § 16: „Considérant, s'agissant des visites de véhicules réalisées dans le cadre de la police administrative, que ces dispositions satisfont aux exigences constitutionnelles.“

¹⁹¹ „Pour prévenir une atteinte grave à la sécurité des personnes et des biens.“

¹⁹² Gemäß Art. 39-2 Abs. 1 CPP wacht der Staatsanwalt im Rahmen seiner Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Alternativen zur Strafverfolgung, der Anklageerhebung, der Leitung der *police judiciaire*, der Identitätskontrollen und des Strafvollzugs über die Verhinderung von Straftaten („veille à la prévention des infractions“). Der Generalstaatsanwalt animiert und koordiniert gemäß Art. 35 Abs. 2 CPP die Aktivitäten der Staatsanwälte sowohl im Hinblick auf die Prävention wie auch auf die Repression von Straftaten („en ce

cc) Zusammenfassung

Das Gewaltenteilungsprinzip bzw. das *principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires* bindet den Gesetzgeber bei der Verteilung der gefahrenabwehr- und strafverfahrensrechtlichen Zuständigkeiten also nur in einer Richtung: Zwar ist ihm die Normierung repressiver Eingriffsbefugnisse im Verwaltungs(polizei)recht verwehrt, weil dadurch die Zuständigkeit der *autorité judiciaire* unterlaufen würde; umgekehrt steht es ihm jedoch frei, das Strafprozessrecht selbst dort zu präventiv-polizeilichen Zwecken zu gebrauchen, wo der für die Strafverfolgung eigentlich erforderliche Verdacht einer Straftat fehlt, weil der Betroffene auf diese Weise in den Genuss der weiterreichenden strafprozessualen Garantien kommt. Auch wenn diese Lösung mit der Idealvorstellung eines *régime répressif* bricht, wonach staatlicher Zwang – egal ob mit präventiver oder repressiver Zielsetzung¹⁹³ – erst im Fall des Verdachts einer Straftat zulässig sein soll, verbindet doch beide Konzeptionen die Vorstellung, dass der Grundrechtsschutz durch die ordentliche Gerichtsbarkeit (*autorité judiciaire*) am effektivsten gewährleistet ist.

Die Regelungen in Art. 78-2 und 78-2-4 CPP stellen soweit ersichtlich die einzigen Fälle dar, in denen der CPP strafprozessuale Eingriffsbefugnisse unabhängig von einem Tatverdacht und damit unmittelbar zu präventiv-polizeilichen Zwecken einräumt. Auch wenn also die klassisch repressiven Funktionen (vgl. Art. 14 CPP) im CPP noch ganz eindeutig dominieren, so ist doch eine Tendenz zu einer Zunahme präventiver Elemente auszumachen, die sowohl die Zwecke der einschlägigen Zwangsmaßnahmen als auch die institutionelle Aufgabenverteilung erfasst.

2. Präventive Elemente bei vorläufigen Freiheitsentziehungen

a) *Einschub: Grundsätzliche Ablehnung verwaltungspolizeilicher Befugnisse*

aa) Historischer Kontext

Das in der Vorliebe für ein *régime répressif* zum Ausdruck kommende Misstrauen gegenüber der Verwaltung ist im Haftrecht besonders stark ausgeprägt. Hintergrund ist nicht nur die herausragende Bedeutung des Menschenrechts der *sûreté* (siehe dazu oben A.2.b.) und die Eingriffsintensität freiheitsentziehender Maßnahmen, sondern auch der Umstand, dass in der Vergangenheit negative Erfahrungen mit Verwaltungsinternierungen (*internements administratifs*), Präventivfestnahmen (*arrestations préventives*) und strafprozessualen Festnahmebefugnissen des Präfekten (ex-Art. 10 CIC, Art. 30 CPP a.F.) gemacht wurden, die dazu beigetragen ha-

qui concerne tant la prévention que la répression des infractions“). Zu den Folgen dieser Ausweitung der traditionellen Aufgaben der Staatsanwaltschaft *Nadal*, Rapport, S. 44 ff.

¹⁹³ Dies verkennt *Wittzack*, Vollzugspolizeien, S. 261, derzufolge sich das *régime répressif* als inkonsequent erweist, wenn es strafprozessuale, an einen Tatverdacht anknüpfende Freiheitsentziehungen auch zu Präventionszwecken (Wiederholungsgefahr) zulässt.

ben, dass Inhaftierungsbefugnisse der Exekutive häufig per se mit dem Makel der Willkür assoziiert werden.¹⁹⁴

(1) Verwaltungsinternierungen (internements administratifs)

Bei dem Institut des *internement administratif* handelt es sich um eine Krisenzeiten vorbehaltene Ausnahmemaßnahme, die wegen gravierender rechtsstaatlicher Bedenken teils in eine Reihe mit den *lettres de cachet* gestellt wird.¹⁹⁵ Es bezeichnet eine außerhalb des Strafverfahrens durch die Exekutive (Verwaltungsbehörde, z.B. Innenminister oder Präfekt) angeordnete Freiheitsentziehung präventiv-polizeilicher Natur, deren Dauer nach den Umständen variiert und von einigen Tagen bis hin zu mehreren Monaten reichen kann. Als klassisches Kennzeichen gilt der allenfalls rudimentäre Bestand an verfahrensrechtlichen Garantien, wobei vor allem die Ineffektivität der Kontrolle und des Rechtsschutzes durch die Verwaltungsgerichte betont wird.¹⁹⁶ Im Zusammenhang mit dem Zweiten Weltkrieg sind Verwaltungsinternierungen gegenüber Individuen, die als Gefährdung für die Verteidigung des Landes oder für die öffentliche Sicherheit (*individus dangereux pour la défense nationale ou la sécurité publique*) eingestuft wurden, zunächst zum Ende der III. Republik,¹⁹⁷ dann vor allem während des Vichy-Regimes¹⁹⁸ und schließlich in der Übergangszeit der *libération* praktiziert worden.¹⁹⁹ Anschließend bildete der Algerienkrieg (1954–1962) den Anlass für ihre – zunächst auf das algerische Territorium begrenzte, später auf das französische Staatsgebiet ausgedehnte – Wiedereinführung unter der IV. Republik.²⁰⁰ Selbst in der V. Republik kam die Praxis der *internements administratifs* – teils unter Rückgriff auf das einfach-gesetzliche Notstandsrecht (*état d'urgence*),²⁰¹ teils unter Anwendung von Art. 16 C (Ausnahmestand)²⁰² – gegenüber „für die öffentliche Sicherheit gefährlichen Personen“

¹⁹⁴ Siehe auch a.a.O., S. 260 f.

¹⁹⁵ *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 463: „Toutes les époques ont connu cette mesure, depuis l’Ancien Régime avec les lettres de cachet“; *Chapuisat*, in: *Encyclopaedia Universalis* 2012; ausf. zum Folgenden *Philip*, D. 1962, *Chronique XXII*, 135 ff.; vgl. außerdem *Lebreton*, *Libertés*, S. 379 Fn. 4, S. 380 Fn. 4; *Trautwein*, *Freiheitsentzug*, S. 102 f.; sehr knapp dagegen *Itin*, *Grundrechte*, S. 58 f.

¹⁹⁶ Siehe *Lebreton*, *Libertés*, S. 188 und CE 13.11.1964, *Livet* bzgl. der präsidialen Notstandsverordnungen auf Grundlage von Art. 16 C. Teils werden die fehlende gerichtliche Überprüfung und die freie Handhabe der Exekutive im Hinblick auf die Dauer der Maßnahme gar als prägende Charakteristika angesehen, siehe *Leroy*, *Garde à vue*, in: *JCL*, Rn. 9; *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 463; *Wachsmann*, *Libertés publiques*, Rn. 431.

¹⁹⁷ Décret-loi vom 18.11.1939.

¹⁹⁸ Insb. Gesetze vom 3.9.1940, 4.10.1940, 2.6.1941 und 18.7.1941.

¹⁹⁹ Ordonnance vom 4.10.1944.

²⁰⁰ Gesetz vom 3.4.1955 und Dekret vom 17.3.1956; Gesetz vom 26.7.1957.

²⁰¹ Ordonnance vom 15.4.1960 zur Abänderung des Gesetzes vom 3.4.1955.

²⁰² Vgl. CE 2.3.1962, *Rubin de Servens*.

(*personnes dangereuses pour la sécurité publique*) zum Einsatz. Dabei wurde zuweilen die beschönigende Bezeichnung als *assignation à résidence* (polizeiliche Zuweisung eines Aufenthaltsorts) verwendet.²⁰³ Erst mit Ende der Algerienkrise wurden die *internements administratifs* aus dem französischen Recht verbannt.²⁰⁴

(2) Präventivfestnahmen (*arrestations préventives*)

Über präventive Festnahmen (*arrestations préventives*) ist früher häufiger im Zusammenhang mit öffentlichen Versammlungen berichtet worden. Um diese schon im Keim zu ersticken, wurden vermutete Rädelsführer auf Veranlassung der Verwaltungsbehörden bereits im Vorfeld festgenommen und für mehrere Stunden festgehalten.²⁰⁵ Da eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung fehlte, wurden teilweise Festnahmebefugnisse (Art. 30 CPP a.F., Art. 78-3 CPP) vorgeschoben, deren Voraussetzungen offensichtlich nicht erfüllt waren.²⁰⁶ Entsprechend einhellig war die Ablehnung dieser – gesetzeswidrigen – Praxis im Schrifttum und der öffentlichen Meinung.²⁰⁷ Heute erfolgen Spontanfestnahmen im Zusammenhang mit Demonstrationen ausschließlich auf strafprozessualer Grundlage (insb. als *garde à vue*) und unterstehen damit der alleinigen Kontrolle der *autorité judiciaire*.²⁰⁸ Der Rückgriff auf diese Maßnahmen ist zwar erst dann eröffnet, wenn der Verdacht einer bereits begangenen Straftat besteht; die mit der zunehmenden Verbreitung von Vorfeld- und Ungehorsamskriminalisierungen einhergehende Vorverlagerung des Anwendungsbereichs des strafprozessualen Instrumentariums kompensiert jedoch vielfach das Fehlen einer präventiven Festnahmebefugnis im engeren Sinne

(3) Strafprozessuale Festnahmebefugnisse des Präfekten

Lange Zeit standen dem Präfekten – der als Vertreter des Zentralstaats auf Departement-Ebene ein mit verwaltungspolizeirechtlichen Kompetenzen ausgestattetes Exekutivorgan ist – unter Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips represiv-polizeiliche Befugnisse (*pouvoirs de police judiciaire*) zu, die auch das Recht

²⁰³ Ordonnance vom 7.10.1958 und Décision des Präsidenten vom 24.4.1961. Anders als noch im Gesetz vom 26.7.1957 war eine strafrechtliche Vorverurteilung des Betroffenen hier nicht mehr Voraussetzung für die Inhaftierung.

²⁰⁴ Ordonnance vom 13.7.1962 mit Wirkung zum 31.5.1963.

²⁰⁵ Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 9; Carbonnier, *Liberté individuelle*, S. 77.

²⁰⁶ Merle/Vitu, *Traité II*, Rn. 462; Sessar, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 185, S. 218 Fn. 103 m.w.N.

²⁰⁷ Ähnlich die Diskussion in Algerien (siehe Belmadi, „L’arrestation préventive“, la nouvelle arme pour réprimer la contestation en Algérie. DNA–Algerie.com, 11.10.2011) und Kanada (siehe Sylvestre, *Les arrestations préventives sont illégales et illégitimes*. Droit-Inc, 13.6.2012), wobei in Kanada die Besonderheit besteht, dass das *common law* das Institut eines Unterbindungsgewahrsams kennt.

²⁰⁸ Vgl. z.B. Heliot, *Pièce perturbée à Paris: 220 arrestations*, LeFigaro.fr., 26.10.2011.

zur Festnahme und zur Anordnung der *garde à vue* umfassten und einer gerichtlichen Kontrolle weitgehend entzogen waren (Art. 10 CIC).²⁰⁹ Nachdem sich die Missbrauchsfälle gehäuft hatten, wurde Art. 10 CIC durch Gesetz vom 2.2.1933 beseitigt, kurz darauf jedoch für den Bereich der Staatsschutzdelikte und unter nachträglicher Einbindung immerhin der Staatsanwaltschaft wieder hergestellt (Gesetz vom 25.3.1935). Der CPP von 1958 hielt anfänglich an der Regelung fest (Art. 30 CPP a.F.), beschränkte die Möglichkeit ihrer Inanspruchnahme jedoch auf Eilfälle. Angesichts fortbestehender verfassungsrechtlicher Bedenken und der Tatsache, dass die Vorschrift offenbar seit Ende der 1960er Jahre nicht mehr angewandt wurde, entschied sich der Gesetzgeber zu ihrer ersatzlosen Streichung mit Gesetz vom 4.1.1993.²¹⁰ Seither stehen Verwaltungsbehörden (*autorités administratives*) jedenfalls in Friedenszeiten keine strafprozessualen Inhaftierungsbefugnisse mehr zu.²¹¹

bb) Punktuelle Zulässigkeit verwaltungspolizeirechtlicher Eingriffe

Außerhalb der Strafverfolgung, also auf verwaltungspolizeirechtlicher Grundlage und damit unter Durchbrechung des *régime répressif*, kommen Freiheitsentziehungen nur gegenüber Betrunknenen, psychisch Kranken, Ausländern und nicht auf andere Weise identifizierbaren Personen in Betracht.

(1) Freiheitsentziehungen gegenüber Betrunknenen

Betrunkene Personen, die sich im öffentlichem Raum aufhalten, können gemäß Art. L. 3341-1 CSP von Polizeibeamten ergriffen und bis zur Wiedererlangung ihrer Sinne in einer Ausnüchterungszelle festgehalten werden (*rétenion en chambre de sûreté*).²¹² Wenngleich die *offensichtliche* Trunkenheit (*état d'ivresse manifeste*) in Art. R. 3353-1 CSP zugleich als Übertretungstatbestand konzipiert ist,²¹³ handelt es sich bei diesem kurzfristigen, zeitlich auf den Moment der Ausnüchte-

²⁰⁹ Ob ihm auch die Befugnis zur Verhängung der *détention provisoire* zustand, war streitig, vgl. *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 37 ff., 40 m.w.N.

²¹⁰ Vgl. *Pradel*, Proc. pén., Rn. 198 mit Verweis auf zwei nicht näher präzierte Entscheidungen des C. const. vom 29.12.1983 und 29.12.1984.

²¹¹ Allerdings geht das Schrifttum vom Fortbestand des *décret-loi* vom 1.7.1939 aus, wonach der Präfekt alle zur Aufklärung von Straftaten erforderlichen Maßnahmen – also insbesondere auch Freiheitsentziehungen – treffen kann, wenn vom Ministerrat gemäß Art. 1 des Gesetzes vom 11.7.1938 der Kriegszustand (*état de guerre*) oder der Fall äußerer Spannung (*état de tension extérieure*) festgestellt wurde, siehe *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 450 f.; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 159; *Fourment*, Proc. pén., Rn. 129.

²¹² „Une personne trouvée en état d'ivresse dans les lieux publics est, par mesure de police, conduite à ses frais dans le local de police ou de gendarmerie le plus voisin ou dans une chambre de sûreté, pour y être retenue jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison.“

²¹³ „Le fait de se trouver en état d'ivresse manifeste dans les lieux mentionnés à l'article L. 3341-1 est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2e classe.“

zung beschränkten Festhalterecht um eine Maßnahme präventiv-polizeilicher Natur (*mesure relevant de la police administrative*), die zum Schutz der öffentlichen Ordnung und des Betroffenen ergeht.²¹⁴ Sie setzt weder einen Tatverdacht voraus noch steht sie in Zusammenhang mit einem Strafverfahren.²¹⁵ Wegen der kurzen Dauer der Maßnahme, die sich höchstens auf einige Stunden belaufen kann, bedarf es für ihre Durchführung keiner Intervention der *autorité judiciaire*.²¹⁶

(2) Freiheitsentziehungen gegenüber psychisch Kranken

Durch Anordnung des Präfekten, bei Gefahr im Verzug auch des Bürgermeisters oder Polizeikommissars, können psychisch Kranke (*personnes atteintes de troubles mentaux*) von Amts wegen auf Grundlage eines ärztlichen Gutachtens²¹⁷ in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht werden (*hospitalisation d'office*). Voraussetzung ist, dass die geistige Störung behandlungsbedürftig ist und die Sicherheit von Personen gefährdet oder die öffentliche Ordnung schwerwiegend beeinträchtigt (Art. L. 3213-1 ff. CSP). Wenngleich sich die behördlichen Erkenntnisse über den Geisteszustand und die Gefährlichkeit aus zuvor begangenen Straftaten ergeben können, bilden diese weder das Motiv der Unterbringung, noch sind sie deren Voraussetzung.²¹⁸ Zur Aufrechterhaltung der Maßnahme über zwölf Tage hinaus bedarf es wegen Art. 66 Abs. 2 C einer Bestätigung durch den Grundrechte- und Haftrichter (Art. L. 3211-12-1 CSP).²¹⁹

²¹⁴ C. const. 8.6.2012, n° 2012-253 QPC, §§ 5, 6; siehe auch TC 18.6.2007, n° 3620.

²¹⁵ Zur grundsätzlichen Verfassungskonformität siehe nunmehr C. const. 8.6.2012, n° 2012-253 QPC. Entgegen *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 310 ist die Freiheitsentziehung Betrunkener außerdem auch konventionskonform: „Alkoholsüchtige“ (engl.: „alcoholics“; frz.: „un alcoolique“) i.S.v. Art. 5 Abs. 1 lit. e EMRK sind nämlich nach Auffassung des EGMR nicht nur alkoholabhängige oder alkoholranke Personen, sondern auch solche Personen, deren Verhalten unter Alkohol eine Gefahr oder Bedrohung für die öffentliche Ordnung oder sie selbst darstellt, EGMR, Urt. vom 4.4.2000, *Witold Litwa ./ Polen*, Az.: 26629/95, §§ 51–64; siehe *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 50.

²¹⁶ C. const. 8.6.2012, n° 2012-253 QPC, § 8.

²¹⁷ Grundsätzlich bedarf es eines *certificat médical circonstancié* von einem anstalts-externen Psychiater (Art. L. 3213-1 CSP). Bei einer unmittelbaren Gefahr für die Sicherheit von Personen reicht jedoch zunächst ein einfaches *avis médical*; die vom Gesetzgeber ursprünglich in Art. L. 3213-2 CSP vorgesehene Entbehrlichkeit des Attests im Fall der Allgemeinkundigkeit (*notoriété publique*) wurde wegen Unverhältnismäßigkeit für verfassungswidrig befunden, C. const. 6.10.2011, n° 2011-174 QPC, § 10.

²¹⁸ Vgl. Art. L. 3213-7 CSP, wonach Richter und Staatsanwälte verpflichtet sind, die zuständigen Stellen der Verwaltung über Personen zu informieren, bei denen Schuldunfähigkeit angenommen wurde und bei denen ihrer Einschätzung nach die Voraussetzungen für eine Unterbringung (Behandlungsbedürfnis und Gefährlichkeit) vorliegen.

²¹⁹ Nachdem der C. const. die unzureichende Kontrolle der Zwangsunterbringung (*hospitalisation sans consentement*) durch die *autorité judiciaire* in der Vorgängerregelung mehrfach als Verstoß gegen Art. 66 C beanstandet hatte (16.11.2010, n° 2010-71 QPC, § 25; 9.6.2011, n° 2011-135/140 QPC, § 13), wurde die Intervention des Grundrechte- und Haftrichters mit Gesetz n° 2011-803 vom 5.7.2011 umfassend neu geregelt. Mit Gesetz

(3) Freiheitsentziehungen gegenüber Ausländern

Zur Sicherstellung der Erfüllung bestimmter aufenthaltsrechtlicher Pflichten räumt der CESEDA den Verwaltungsbehörden Festhaltebefugnisse zulasten ausländischer Staatsangehöriger ein. Obschon sich die Ausreisepflicht, an welche die Mehrzahl der Maßnahmen anknüpft, aus einem strafrechtlich relevanten Fehlverhalten ergeben kann²²⁰ und der unerlaubte Aufenthalt unter Umständen selbst eine Straftat darstellt (ex-Art. L. 621-1 CESEDA; siehe nunmehr insb. Art. L. 624-1 ff. CESEDA), stehen diese Freiheitsentziehungen nicht im Zusammenhang mit der Strafverfolgung. Die notwendige Beteiligung der *autorité judiciaire* (Staatsanwalt, Grundrechte- und Haftrichter) folgt aus Art. 66 Abs. 2 C.

Bei ihrer Ankunft können illegal einreisende und asylsuchende Ausländer für die zur Ausreise bzw. Prüfung des Asylbegehrens erforderliche Zeit in der Wartezone eines Bahnhofs, See- oder Flughafens festgehalten werden (*maintien en zone d'attente*, Art. L. 221-1 ff. CESEDA). Die Maßnahme kann für eine Dauer von bis zu vier Tagen durch einen Bediensteten der Verwaltung angeordnet werden. Dabei ist der Staatsanwalt unverzüglich zu benachrichtigen (Art. L. 221-3 CESEDA). Soll die Maßnahme über diesen Zeitraum hinaus aufrechterhalten werden, so bedarf es der Entscheidung des Grundrechte- und Haftrichters, der zwei Verlängerungen von jeweils bis zu acht Tagen aussprechen kann (Art. L. 221-1 ff. CESEDA).

Ausländer, die ausgewiesen, abgeschoben oder aus sonstigen Gründen des Landes verwiesen werden sollen, können auf aufenthaltsrechtlicher Grundlage in Räumlichkeiten außerhalb der Strafvollzugsverwaltung festgehalten werden, wenn sie das Staatsgebiet nicht umgehend verlassen können und eine behördliche Aufenthaltsortszuweisung (*assignation à résidence*, Art. L. 561-1 CESEDA) nicht in Betracht kommt (*réention*, Art. L. 551-1 ff. CESEDA). Die Entscheidung trifft die Verwaltungsbehörde, wobei der Staatsanwalt unverzüglich informiert wird (Art. L. 551-2 CESEDA). Nach Ablauf von vormals zwei, nunmehr fünf Tagen (Gesetz n°2011-672 vom 16.6.2011) bedarf es einer Entscheidung des Grundrechte- und Haftrichters (Art. L. 552-1 CESEDA), der zwei Verlängerungen von jeweils maximal 20 Tagen aussprechen kann; liegt der aufenthaltsbeendenden Maßnahme eine strafrechtliche Verurteilung im Zusammenhang mit terroristischen

n° 2013-869 vom 27.9.2013 sind die gesetzlichen Garantien zugunsten der von einer solchen Freiheitsentziehung betroffenen Personen weiter verstärkt und vereinheitlicht worden, insb. ist diesen nunmehr zwingend ein Rechtsanwalt beizuordnen; Einzelheiten regelt das am 1.9.2014 in Kraft getretene Dekret n° 2014-897 vom 15.8.2014.

²²⁰ Stellt das Verhalten des Ausländers insb. im Hinblick auf die Verwirklichung bestimmter im Gesetz bezeichneter Straftatbestände eine Bedrohung für die öffentliche Ordnung dar, so kann er gemäß Art. L. 533-1 CESEDA abgeschoben werden (*reconduite à la frontière*). Stellt seine Anwesenheit eine schwere Bedrohung für die öffentliche Ordnung dar, so ist eine Ausweisung möglich (*expulsion*, Art. L. 521-1 ff. CESEDA). Außerdem kann das Strafgericht ein Aufenthaltsverbot auf frz. Staatsgebiet als (Neben-)Strafe (*peine d'interdiction du territoire français*) aussprechen, die von Rechts wegen die Abschiebung nach sich zieht (Art. 131-30 ff. CP, Art. L. 541-1 ff. CESEDA).

Aktivitäten zugrunde, so kann die Maßnahme vom Grundrechte- und Haftrichter im Monatstakt auf eine Gesamtdauer von bis zu sechs Monaten verlängert werden (Art. L. 552-7 CESEDA). Die vom Gesetzgeber ursprünglich intendierte Möglichkeit einer Verlängerung auf bis zu 18 Monate wurde für verfassungswidrig befunden.²²¹

Mit Gesetz n° 2012-1560 vom 31.12.2012 wurde im Ausländergesetz ein 16-stündiges polizeiliches Festhalterrecht zum Zwecke der Überprüfung der Aufenthaltsberechtigung eines Ausländers geschaffen, wenn sich bei dessen Identitätskontrolle herausstellt, dass er außerstande ist, die Berechtigung durch Vorlage der entsprechenden Dokumente nachzuweisen (*retenue pour vérification du droit au séjour*, Art. L. 611-1-1 CESEDA). Die Anordnung obliegt dem höheren Polizeibeamten, der den Staatsanwalt unverzüglich unterrichtet; die Garantien entsprechen im Wesentlichen dem Regime der *garde à vue*. Die Normierung dieser verwaltungspolizeirechtlichen Freiheitsentziehung war erforderlich geworden, nachdem sich die traditionelle, im Sinne eines *régime répressif* konzipierte Lösung als unionsrechtswidrig erwiesen hatte. Weil die bis 2011 umzusetzende Rückführungsrichtlinie²²² einer Strafvorschrift im Wege steht, die – wie ex-Art. L. 621-1 CESEDA – den unberechtigten Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen als solchen mit Freiheitsstrafe belegt,²²³ kommt die Anordnung der *garde à vue*, die ihrerseits den Verdacht einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftat voraussetzt (Art. 62-2, 67 CPP), wegen eines behaupteten Verstoßes gegen ex-Art. L. 621-1 CESEDA nicht mehr in Betracht.²²⁴ Vor diesem Hintergrund stellt sich diese neue Maßnahme als ausländerrechtliches Äquivalent der *garde à vue* dar.²²⁵

(4) Freiheitsentziehungen zur Identitätsfeststellung

Das maximal vierstündige polizeiliche Festhalterrecht zum Zwecke der Identitätsfeststellung (*rétenion pour vérification d'identité*) ist in Art. 78-3 CPP zwar als strafprozessrechtliche Freiheitsentziehung ausgestaltet. Die Vorschrift knüpft jedoch an das Scheitern einer Identitätskontrolle an, die ihrerseits nicht nur als repressiv-polizeiliche Maßnahme (*mesure de police judiciaire*) in Betracht kommt

²²¹ C. const. 9.6.2011, n° 2011-631 DC, § 76.

²²² Richtlinie 2008/115/EG vom 16.12.2008 über gemeinsame Normen und Verfahren in den Mitgliedstaaten zur Rückführung illegal aufhältiger Drittstaatsangehöriger.

²²³ EuGH, 28.4.2011, *El Dridi*, C-61/PPU; 6.12.2011, *Achughbabian*, C-329/11.

²²⁴ Crim. 5.6.2012, avis n° 9002; Civ. 1re, 5.7.2012, n° 11-30.530; 11-30.371; n° 11-19.250; vgl. dagegen C. const. 3.2.2012, n° 2011-217 QPC, der ex-Art. L. 621-1 CESEDA mangels Prüfung der Vereinbarkeit mit Unionsrecht für verfassungskonform befunden hat; siehe zum Ganzen: *Maron/Haas*, Dr. pén. 2012, Comm. n° 124; *Levade*, JCP G 2012, 1496; *Mathon*, D. 2012, 1997.

²²⁵ Vgl. das *Exposé des motifs* zum Gesetzesvorschlag vom 28.9.2012 (Sénat, n° 789); krit. *Boskovic* u.a., D. 2013, 324.

(Art. 78-2 Abs. 1 Spstr. 1, 3, 4, Abs. 2 CPP), sondern auch als „verwaltungspolizeiliche Maßnahme in strafprozessualen Gewande“: Erfolgt die Identitätskontrolle als *mesure de police administrative* zur Verhinderung einer künftigen Straftat oder Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung (Art. 78-2 Abs. 1 Spstr. 2, Abs. 3, 4 CPP), so stellt sich auch die anschließende *rétenion pour vérification d'identité* als von einem Tatverdacht unabhängige, verwaltungspolizeiliche Freiheitsentziehung und somit als Durchbrechung des *régime répressif* dar.²²⁶ Eine Benachrichtigung des Staatsanwalts findet bei Erwachsenen nur auf Antrag statt. Die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen (Abnahme von Fingerabdrücken und Fertigung von Fotografien) setzt jedoch eine Anordnung der *autorité judiciaire* und das Einverständnis des Betroffenen voraus (vgl. Art. 78-3 Abs. 4 i.V.m. Art. 78-5 CPP).

cc) Einführung eines Präventivgewahrsams *de lege ferenda*?

Angesichts der punktuellen Durchbrechungen des *régime répressif* liegt die Frage nahe, ob der Gesetzgeber an der weitergehenden Schaffung eines kurzfristigen Präventivgewahrsams für gefährliche Personen, die keiner Straftat verdächtig sind, per se gehindert wäre („garde à vue préventive“).²²⁷ Die Gesetzesinitiative eines Senators aus dem Jahr 2003, die in Art. 63-1A CPP – also innerhalb der Vorschriften über die *garde à vue* – zur Schließung von Regelungslücken ein bis zu zwölfstündiges Festhalterecht gegenüber „Personen, deren gewalttätiges Benehmen offensichtlich gefährlich erscheint“ einführen wollte,²²⁸ blieb ohne jedes Echo. Soweit das Schrifttum von der verfassungsrechtlichen Unzulässigkeit eines verdachtsunabhängigen Unterbindungsgewahrsams ausgeht, wird teils auf die Wächterfunktion der *autorité judiciaire* (Art. 66 Abs. 2 C),²²⁹ teils auf den haftrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 9 DDHC),²³⁰ teils auf das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 7 DDHC) abgestellt.²³¹

²²⁶ Vgl. Wittzack, Vollzugspolizeien, S. 260, wonach es sich bei Art. 78-3 CPP allerdings um „[d]ie einzige normierte Befugnis zur präventiven Ingewahrsamnahme“ handele.

²²⁷ Zu dieser – vor allem im Zusammenhang mit der Diskussion des dt. Präventivpolizeigewahrsams verwendeten – Terminologie siehe z.B. Marguénaud, RSC 2013, 653.

²²⁸ „(1) L'officier de police judiciaire peut retenir, dans une chambre de sûreté, toute personne dont la conduite violente apparaît manifestement dangereuse pour des tiers, jusqu'à ce qu'elle ait recouvré son calme. Il en informe immédiatement le Procureur de la République. (2) La personne ainsi retenue ne peut l'être plus de six heures. Toutefois, la retenue peut être prolongée pour un nouveau délai de six heures au plus, sur autorisation écrite du Procureur de la République. Celui-ci peut subordonner cette autorisation à l'examen préalable, par un médecin désigné par lui, de la personne ainsi retenue.“ Es handelt sich um die am 23.7.2003 von Biver im Sénat eingebrachte Gesetzesvorlage (n° 218).

²²⁹ Wittzack, Vollzugspolizeien, S. 260: „undenkbar“; vgl. auch die Diskussion bei Delmas-Marty, Grands systèmes, S. 350 ff.

²³⁰ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 273: „En raison de sa gravité intrinsèque, mais également de l'atteinte à la présomption d'innocence qu'elle constitue, la privation de

Keiner dieser Einwände mutet jedoch zwingend an. Das Gesetzlichkeitsprinzip steht einer Vorbeugehaft nur so lange entgegen, wie eine solche ohne gesetzliche Grundlage praktiziert wird (siehe oben aa.(2) zu den *arrestations préventives*). Dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, bei dessen Umsetzung der Gesetzgeber gewisse Spielräume genießt, lässt sich durch eine entsprechend restriktive Fassung der Eingriffsmächtigung und die Einfügung verfahrensrechtlicher Absicherungen Rechnung tragen. Schließlich verbietet es die Kontrollzuständigkeit der *autorité judiciaire* nicht, die Anordnungscompetenz der Polizei oder den Verwaltungsbehörden zu übertragen, wenn die Staatsanwaltschaft unverzüglich von der Freiheitsentziehung verständigt wird. – Nachdem der C. const. die Berücksichtigung verwaltungspolizeilicher Zwecke bei strafprozessualen Zwangsmaßnahmen selbst dort nicht beanstandet hat, wo diese nicht an den Verdacht einer Straftat gekoppelt sind (Art. 78-2, 78-2-4 CPP), erscheint die Normierung eines präventiv-polizeilichen Vorbeugegewahrsams sogar im Strafprozessrecht *de lege ferenda* nicht von vornherein ausgeschlossen. Entsprechende rechtspolitische Überlegungen finden jedoch nicht statt.

b) Gefahrenabwehrrechtliche Elemente im geltenden Haftrecht

Die vom Verfassungsgericht gebilligte Verfolgung verwaltungspolizeilicher Zwecke im Strafprozessrecht und die durch sie bedingte Vermengung repressiver und präventiver Elemente ist bei den Freiheitsentziehungen der *garde à vue* und der *détention provisoire* besonders deutlich sichtbar: Gefahrenabwehrrechtliche Aspekte spielen nicht nur bei der Anordnung der Maßnahmen, sondern auch bei ihrer Dauer und der Gewährleistung von Verteidigungsrechten eine beachtliche Rolle.

aa) Voraussetzungen der Haft (Haftziele)

Zulässiges Motiv für die Anordnung der *garde à vue* ist ausweislich der seit 2011 ausdrücklich im Gesetz bezeichneten Haftgründe unter anderem das präventiv-polizeiliche Anliegen, die Umsetzung von Maßnahmen zu gewährleisten, die auf die Beendigung der Straftat zielen (Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 6 CPP).²³² Darüber hinaus wird im Schrifttum vereinzelt die Möglichkeit der Anordnung zum Schutz des Betroffenen oder zur Verhinderung einer Wiederholung der Straftat diskutiert.²³³

liberté doit revêtir un caractère exceptionnel [...]. Elle ne saurait être justifiée par le seul constat qu'elle est 'nécessaire à la prévention des infractions pénales'."²³¹

²³¹ Merle/Vitu, Traité II, Rn. 462; Sessar, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 218.

²³² So zutreffend Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 815, die darin – trotz der Anbindung der Maßnahme an einen Tatverdacht – eine Finalität der *police administrative* identifizieren.

²³³ Z.B. Rassat, Propositions, S. 130 (Schutz des Betroffenen); Hurpy, Notion de mesure privative de liberté, S. 4 (Schutz vor Begehung einer Straftat).

Die *détention provisoire* dient gemäß Art. 137 Abs. 2, 144 CPP nicht nur den „Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung“ (*nécessités de l'instruction*), also vor allem der Wahrheitsfindung (vgl. Art. 81 Abs. 1 CPP) in Form der Beweissicherung (vgl. Art. 144 Nr. 1–3 CPP), sondern sie bezweckt in ihrer Eigenschaft als „Sicherungsmaßnahme“ (*mesure de sûreté*)²³⁴ darüber hinaus den Schutz des förmlich Beschuldigten (Nr. 4), die Sicherstellung seines Verbleibs zur Verfügung der Justiz (Nr. 5), die Beendigung oder Verhinderung der Wiederholung der Straftat (Nr. 6)²³⁵ sowie die Beseitigung der durch die Straftat verursachten Störung der öffentlichen Ordnung (Nr. 7). Abgesehen von dem Haftgrund der Sicherstellung des Verbleibs des Beschuldigten zur Verfügung der Justiz (Nr. 5) handelt es sich in all diesen Fällen um gefahrenabwehrrechtliche Belange.

bb) Dauer und Verlauf der Maßnahme

Bei Terrorismusstraftaten i.S.v. Art. 706-73 Nr. 11 CPP kann die – gemäß Art. 706-88 CPP ohnehin bereits um 48 Stunden erhöhte – Maximaldauer der *garde à vue* unter anderem dann um weitere 48 Stunden verlängert werden, wenn sich aus ersten Ermittlungsergebnissen oder der *garde à vue* selbst die ernsthafte Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden „terroristischen Aktion“ (*action terroriste*)²³⁶ in Frankreich oder im Ausland ergibt (Art. 706-88-1 CPP). Für die Durchführung der *garde à vue* enthält Art 63-6 CPP eine Ermächtigungsgrundlage zur Vornahme von präventiv-polizeilichen Sicherheitsmaßnahmen (*mesures de sécurité*), mit denen sichergestellt werden soll, dass die festgenommene Person keine Gegenstände bei sich führt, die für sie selbst oder für andere gefährlich sein können.

Die Art. 145-1 Abs. 3 und 145-2 Abs. 3 CPP sehen Ausnahmeverlängerungsmöglichkeiten für die *détention provisoire* vor, wenn die Ermittlungen des Untersuchungsrichters fortgesetzt werden müssen und die Freilassung des Beschuldigten ein besonders gravierendes Risiko (*un risque d'une particulière gravité*) für die Sicherheit von Personen oder Sachgütern verursachen würde.

²³⁴ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2709. Der Begriff der *mesure de sûreté* wird heute vor allem im Sanktionsrecht verwendet, um bestimmte Rechtsfolgen der Tat, etwa die Sicherungsverwahrung (*réention de sûreté*, Art. 706-51-13 ff. CPP) von der Strafe (*peine*) abzugrenzen. Im Recht der *détention provisoire* liegt dem von *Hélie* im 19. Jahrhundert geprägten Begriff nicht der Kontrast zur Strafe zugrunde, sondern die Anerkennung einer über die *nécessités de l'instruction* hinausgehenden Bedeutung der Haft als Präventivmaßnahme, siehe *Hélie*, *Traité* IV, Rn. 1948. Zur historisch bedingt kontextabhängigen Bedeutung des Begriffs *mesure de sûreté* siehe *Carbonnier*, *Liberté individuelle*, S. 73 f.

²³⁵ Siehe auch Art. 138 Abs. 2 Nr. 6 CPP für das Haftsurrogat des *contrôle judiciaire*: „prévenir le renouvellement de l'infraction“.

²³⁶ *Pfützner*, *Organisierte Kriminalität*, S. 146 stellt die *action terroriste* mit einem terroristischen Anschlag gleich, das Gesetz hingegen vermeidet den Begriff des *attentat*.

cc) Ausschluss und Modifikation von Verteidigungsrechten

Im Rahmen der *garde à vue* kann die Anwesenheit des Anwalts bei Vernehmungen und Gegenüberstellungen ausnahmsweise um maximal 24 Stunden aufgeschoben werden, wenn zwingende Gründe dies gebieten, um die Verletzung von Personen zu verhindern (*pour prévenir une atteinte aux personnes*) (Art. 63-4-2 Abs. 4 CPP, *report de la présence de l'avocat*). Dieselben Erwägungen rechtfertigen es bei Straftaten der organisierten Kriminalität i.S.v. Art. 706-73 CPP, das Recht auf Verteidigerbeistand während der ersten 48 bzw. 72 Stunden der *garde à vue* insgesamt zu „vertagen“ (*intervention différée de l'avocat*, Art. 706-88 Abs. 6 CPP).²³⁷

dd) Sonderfall: Positive Spezialprävention und Resozialisierung

Lange war unklar und umstritten, ob die *détention provisoire* bzw. die Haftsurrogate des *contrôle judiciaire* – in entsprechend weiter Auslegung des Begriffs der *mesure de sûreté* (Art. 137 CPP) – auch als Mittel der Resozialisierung bzw. der „Vor-Behandlung“ (*prétraitement*) des Beschuldigten eingesetzt werden dürfen.²³⁸ Für das Haftsurrogat des *contrôle judiciaire* hat der Gesetzgeber diese Frage spätestens mit der im Jahr 2000 erfolgten Normierung des *contrôle judiciaire socio-éducatif* (Art. 138 Abs. 2 Nr. 6 CPP) zugunsten der von Grebing als „kriminologisch“ bezeichneten Auffassung entschieden. Im Einklang mit den Lehren der von Ancel begründeten Schule der *défense sociale nouvelle*, derzufolge es möglich sein müsse, mit den Resozialisierungsbemühungen bereits vor rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens einzusetzen, kann dieses Instrument nunmehr ausdrücklich auch zur Sicherstellung der Einhaltung „sozio-educativer Maßnahmen, welche die (Wieder-)Eingliederung des Betroffenen in die Gesellschaft begünstigen und die Wiederholung der Straftat verhindern sollen“ verwendet werden.²³⁹ In diesem Zusammenhang erscheint es nur konsequent, dass bei der im Vorfeld der Entscheidung über die *détention provisoire* ggf. durchzuführenden *enquête rapide* bzw. *enquête sociale* auch Gesichtspunkte der gesellschaftlichen Wiedereingliederung des Betroffenen (*les mesures propres à favoriser l'insertion sociale de l'intéressé*) zu berücksichtigen sind (Art. 41 Abs. 7, 81 Abs. 7 CPP).

²³⁷ Art. 117 CPP, der bei Lebensgefahr eines Zeugen das untersuchungsrichterliche *interrogatoire immédiat* zulässt, steht nicht in Zusammenhang mit der *détention provisoire*.

²³⁸ Grebing, Untersuchungshaft, S. 222 ff. m.w.N.

²³⁹ Zu dieser gesetzgeberischen Anerkennung Cardet, D. 2002, 1221; i.d.S. bereits Jescheck, in: Ancel (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 400: „D'importantes considérations de politique criminelle plaident en faveur d'une telle interprétation et devraient l'emporter sur des arguments critiques de pure forme“; abl. dagegen Rassat, Proc. pén., Rn. 523: „inadmissible“; „méthode [...] monstrueuse“; „intolérables dans une société libre“; „incompatible avec la présomption d'innocence“.

C. Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts

1. Überblick über das dualistische Ermittlungsverfahren des CPP

a) Funktionen, Akteure und Ablauf

Charakteristisches Merkmal des Vor- bzw. Ermittlungsverfahrens (*avant-procès pénal, phase préparatoire* oder *mise en état de l'affaire pénale*) ist die Untergliederung in ein polizeiliches Ermittlungsverfahren (*enquête* bzw. *enquête de police*) und eine gerichtliche Voruntersuchung (*instruction* bzw. *instruction préparatoire*).²⁴⁰ Beide Verfahrensabschnitte, die im Vorfeld der Entscheidung über die Anklageerhebung gelegen sind, dienen dem Ziel der Wahrheitsfindung, unterliegen dabei jedoch weitgehend eigenen Regeln und Zuständigkeiten und unterscheiden sich insofern grundlegend in ihrer Ausgestaltung.²⁴¹ Sie schließen einander freilich nicht gegenseitig aus, da die *instruction*, so eine solche stattfindet, oftmals im Anschluss an eine vorherige *enquête* durchgeführt wird. Die gegenwärtig zu beobachtende Verlagerung des Schwerpunkts des Vorverfahrens von der *instruction* in die *enquête* wird begleitet von Forderungen nach einer Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung zugunsten der Einrichtung eines einheitlichen Ermittlungsverfahrens. Diese Forderungen vermochten sich jedoch bislang nicht durchzusetzen.

aa) Polizeiliches Ermittlungsverfahren (*enquête*)

Das polizeiliche Ermittlungsverfahren (Art. 53 ff. CPP) bildet regelmäßig den Auftakt und Ausgangspunkt eines Strafverfahrens: Stößt die Polizei auf Anhaltspunkte, welche die Begehung einer Straftat vermuten lassen, so geht sie diesen Indizien im Rahmen einer *enquête* nach, sofern von der Staatsanwaltschaft (*ministère public, procureur* oder *magistrat du parquet*) – die unverzüglich zu informieren ist (vgl. Art. 19, 27, 29, 54, 63 I, 67, 75-2 CPP) – keine gegenteiligen Weisungen ergehen (Opportunitätsprinzip, Art. 40-1 CPP). Die Staatsanwaltschaft hat die Verfahrensherrschaft inne (Art. 41 CPP), indem sie die polizeiliche Tätigkeit leitet und kontrolliert (Art. 11–13 CPP); umgekehrt ist sie auf die Zusammenarbeit mit der

²⁴⁰ Siehe dazu insb. die folgenden auslandsrechtlichen bzw. rechtsvergleichenden Überblicke: *Pfefferkorn*, Einführung, S. 19 ff., 65 ff.; *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 6 ff.; *Dervieux*, in: Delmas-Marty/Spencer (Hrsg.), *European criminal procedures*, S. 234 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, § 72, Rn. 1207 ff.; *Vogler*, in: *Vogler/Huber* (Hrsg.), *Criminal procedure in Europe*, S. 195 ff., 205 ff.; *Satzger*, in: Jung u.a. (Hrsg.), *Code d'instruction criminelle*, S. 99 ff.; *Glatthaar*, Polizei, S. 17 ff., 28 ff.

²⁴¹ Grundlegend zu der *coexistence* und *dualité* dieser beiden sukzessiven Abschnitte des Ermittlungsverfahrens und zur gemeinsamen Zielsetzung der Wahrheitsfindung *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 47 ff., 1480, 1482 ff.

Polizei angewiesen und steht daher zugleich in einer Abhängigkeits- und Nähebeziehung zu ihr.²⁴²

Als zentraler Abschnitt der *enquête* gilt die Polizeihaft (*garde à vue*), die nicht nur der Vernehmung und Beweisgewinnung dient, sondern zugleich eine wesentliche Schnittstelle für die Überleitung in das gerichtliche Verfahren bildet. Im Rahmen der seit Ende der 1980er Jahre praktizierten „Echtzeitbehandlung“ (*traitement en temps réel*) besteht zumeist ein direkter telefonischer Kontakt zwischen der Polizei und dem Bereitschaftsdienst der Staatsanwaltschaft (*permanence du parquet*), der Letzterer nicht nur eine unmittelbare Einflussnahme auf die Ermittlungen ermöglicht, sondern sie zugleich in die Lage versetzt, über den Fortgang des Verfahrens nach Beendigung der *garde à vue* zu entscheiden.²⁴³ Abgesehen von den mit der *garde à vue* verbundenen Verfahrensrechten war der Status des Verdächtigen in der *enquête* herkömmlich nicht geregelt; er wurde vielmehr weitgehend wie ein einfacher Zeuge (*témoin*) behandelt.²⁴⁴ Dies hat sich erst mit der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014 geändert. Dem Verdächtigen, der außerhalb der Polizeihaft vernommen wird (sog. *audition libre*), wird nun erstmals ein Mindestbestand an Verfahrensrechten garantiert, insbesondere ein Recht auf Information sowie – mit Wirkung zum 1.1.2015 und in Vorgriff auf die Umsetzung der Richtlinie 2013/48/EU vom 22.10.2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren – die Möglichkeit, den Beistand eines Verteidigers in Anspruch zu nehmen (siehe unten II.A.4.a.).²⁴⁵

Eine längerfristige Haft (*détention provisoire*) ist in diesem Verfahrensstadium ausgeschlossen. Im Übrigen ist im Hinblick auf die unterschiedliche Reichweite der den Polizeibeamten zur Verfügung stehenden Zwangsbefugnisse innerhalb der

²⁴² Siehe *Wittzack*, Vollzugspolizeien, S. 300 m.w.N.: „autonomie de fait“; vgl. *Pradel*, Proc. pén., Rn. 532: „couple parquet-enquêteur“.

²⁴³ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 16; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 532, 576; *Mi-ansonni*, AJ Pén. 2012, 152.

²⁴⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2449; krit. zum Fehlen eines Verdächtigenstatus im polizeilichen Ermittlungsverfahren *Guéry*, AJ Pén. 2005, 232; *ders.*, AJ Pén. 2013, 459.

²⁴⁵ Ausgesprochen lesenswert zur Einführung dieses (weiterhin ausbaufähigen und ausbaubedürftigen) *statut juridique du suspect* die krit. Analyse von *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15. Ergänzend sei angemerkt, dass bereits in Abs. III des durch Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 geschaffenen Art. préI. CPP auf die „verdächtige Person“ (*personne suspectée*) Bezug genommen wird. Hier waren mithin schon erste zaghafte Ansätze einer – wenigstens proklamatorischen – Anerkennung eines von *instruction* und *garde à vue* losgelösten Verdächtigen- bzw. Beschuldigtenstatus erkennbar. I.d.S. auch die zur Umsetzung der RL 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren mit Gesetz n° 2013-711 vom 5.8.2013 eingefügten Art. préI. III Abs. 3 n.F. und Art. 803-5 CPP, die einen allgemeinen Dolmetsch- und Übersetzungsanspruch zugunsten „verdächtigter Personen“ vorsehen.

enquête weiter zu differenzieren zwischen dem Flagranzverfahren (*enquête de flagrance*) einerseits und dem Vorermittlungsverfahren (*enquête préliminaire*) andererseits.

In dem zeitlich befristeten Flagranzverfahren (Art. 53 ff. CPP) gewährt das Gesetz besonders weitreichende Eingriffskompetenzen, insbesondere ein (Jedermanns-)Recht zur Spontanfestnahme (Art. 73 CPP). Für die Inanspruchnahme dieser erweiterten Ermittlungsbefugnisse bedarf es als Auslöser einer Flagranzsituation, welche als „frische Tat“ ein Verbrechen oder Vergehen voraussetzt,²⁴⁶ das entweder aktuell begangen wird oder soeben begangen wurde. Dem gleichgestellt ist der Fall, dass die verdächtige Person in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Tat entweder unter „öffentlichen Entrüstungsschreien“ (*clameur publique*) verfolgt wird²⁴⁷ oder mit Gegenständen, Spuren oder Indizien angetroffen wird, welche ihre Tatbeteiligung vermuten lassen (Art. 53 Abs. 1 CPP).²⁴⁸ Die in allen Fällen für die Einleitung des Flagranzverfahrens erforderliche Tatnähe wurde herkömmlicherweise nur bejaht, wenn zwischen dem angenommenen Tatzeitpunkt und der Aufnahme der entsprechenden Ermittlungen nicht mehr als 24 Stunden lagen; die neuere Rechtsprechung lässt hierfür jedoch unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Deliktsnatur, regelmäßig eine Zeitspanne von 48 Stunden genügen.²⁴⁹ Stets müssen dabei allerdings tatsächliche Anhaltspunkte vorliegen, die eine im obigen Sinne „frische Tat“ objektiv wahrscheinlich machen. Die entsprechenden Indizien müssen entweder offenkundig oder aber im Wege rechtmäßiger Untersuchungen zur Kenntnis der Ermittlungsbehörden gelangt sein.²⁵⁰ Wird der Polizei eine Flagranzsituation i.S.v. Art. 53 Abs. 1 CPP bekannt und entschließt sie sich zur Aufnahme der Flagranzermittlungen, so stehen ihr die erweiterten Befugnisse der Art. 53 ff. CPP für eine Dauer von acht Tagen zur Verfügung (Art. 53 Abs. 2 CPP). Seit 2004 kann diese Zeitspanne durch Entscheidung

²⁴⁶ Aus Art. 67 CPP ergibt sich allerdings für die Anwendbarkeit der Art. 54–66 CPP das weitergehende Erfordernis einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Tat.

²⁴⁷ Dies ist etwa der Fall, wenn die Verfolgung der Person von Rufen wie „Stehen bleiben!“ oder „Haltet den Dieb!“ begleitet wird, vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1612.

²⁴⁸ Teilweise gleichgestellt werden – unabhängig vom Vorliegen einer „frischen Tat“ – die Fälle der Entdeckung einer Leiche oder einer schwer verwundeten Person, für die Art. 74 Abs. 4 CPP auf diverse Vorschriften des Flagranzverfahrens (Art. 56–62 CPP) verweist. Ähnliches gilt bei vermissten (Art. 74-1 CPP) und flüchtigen Personen (Art. 74-2 CPP).

²⁴⁹ Während die Cour de cassation das Vorliegen einer Flagranzsituation sechs Tage nach dem mutmaßlichen Tatzeitpunkt verneint hat (Crim. 11.2.1998, Bull. n° 55), finden sich obergerichtliche Entscheidungen, die selbst hier noch eine hinreichende Tatfrische annehmen wollen (CA Aix-en-Provence, 21.9.2000, BICC n° 530 vom 1.3.2001, n° 257). Mangels klarer höchstrichterlicher Vorgaben wird im Schrifttum eine verbindliche gesetzliche Regelung gefordert, vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1611 m.w.N.; krit. auch bereits *Mérigeau*, in: *Dünkel/Vagg* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 234.

²⁵⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1614–1618.

des Staatsanwalts auf eine Gesamtdauer von 16 Tagen verlängert werden, wenn ein Verbrechen oder ein mit einer Mindesthöchststrafe von fünf Jahren bedrohtes Vergehen Gegenstand des Verfahrens bildet und die zur Wahrheitsfindung erforderlichen Untersuchungen nicht aufgeschoben werden können (Art. 53 Abs. 3 CPP).²⁵¹

Liegen die Voraussetzungen für die Eröffnung eines Flagranzverfahrens – insbesondere mangels erforderlicher Tatnähe – nicht vor oder ist die 8- bzw. 16-tägige Höchstfrist für seine Durchführung erschöpft,²⁵² so folgt der (weitere) Verlauf des polizeilichen Ermittlungsverfahrens den Regeln der *enquête préliminaire* (Art. 75 ff. CPP). Der Grundsatz der Freiwilligkeit, der dieses bis zum Erlass des CPP (1958) ohne gesetzliche Grundlage als *enquête officieuse* praktizierte Vorermittlungsverfahren traditionell geprägt hat und dem zufolge Zwangsmaßnahmen nur mit dem ausdrücklichen Einverständnis des Verdächtigen durchgeführt werden durften,²⁵³ hat inzwischen zahlreiche Durchbrechungen erfahren. Eine Vielzahl von Eingriffsbefugnissen, deren Anwendungsbereich ursprünglich auf das Flagranzverfahren oder die *instruction* beschränkt war, steht den Ermittlern nunmehr auch in der *enquête préliminaire* zur Verfügung. Ihre Inanspruchnahme ist indes häufig an eine vorherige Autorisierung durch die *autorité judiciaire* geknüpft, so etwa bei den 2004 geschaffenen polizeilichen Festnahmebefugnissen in Art. 77-4 (*mandat de recherche*) und Art. 78 Abs. 1 CPP (zwangsweise Durchsetzung der Pflicht zum Erscheinen) oder der Wohnungsdurchsuchung gegen den Willen des Betroffenen (Art. 76 Abs. 4 CPP).²⁵⁴

Prägende Akteure der *enquête* sind der Staatsanwalt und die ermittelnden Polizeibeamten. Letztere werden im Hinblick auf die Reichweite der ihnen eingeräumten Befugnisse in höhere Polizeibeamte (*officiers de police judiciaire*, Art. 16 ff. CPP) und einfache Polizeibeamte (*agents de police judiciaire*, Art. 20 ff. CPP) unterteilt. Beide Funktionen werden in organisatorischer Hinsicht sowohl von den Beamten der staatlichen Polizei (*police nationale*) als auch von denen der staatlichen Gendarmerie (*gendarmerie nationale*) wahrgenommen: Erstere unterstehen der Verantwortung des Innenministeriums und sind vor allem in den Städten zuständig; Letztere werden in eher ländlich geprägten Gebieten eingesetzt und unterliegen seit dem Gesetz vom 3.8.2009 – trotz ihrer Zugehörigkeit zum Militär –

²⁵¹ Gesetz n° 2004-2004 vom 9.3.2004. Die Bezeichnung der *enquête de flagrance* als „Verfolgung auf frischer Tat“ (*Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 294) darf also nicht dahin missverstanden werden, dass für die gesamte Dauer des Flagranzverfahrens eine „frische Tat“ erforderlich wäre. Es genügt vielmehr, wenn die erforderliche Tatnähe bei Aufnahme der Ermittlungen vorlag.

²⁵² Siehe hierzu Crim. 18.12.2013, Bull. n° 264; *Danet*, RSC 2014, 136.

²⁵³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 36 f.

²⁵⁴ Weiterführend zum „déclin du principe classique de non coercion“: *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 45, 1600; *Leroy*, *Proc. pén.*, Rn. 515; in dieser Pauschalität daher heute unzutreffend *Kühne*, *Strafprozessrecht*, § 72, Rn. 1207: „Bei der *enquête préliminaire* sind keine Zwangsmaßnahmen möglich. Es bedarf immer der Zustimmung des Betroffenen.“

nicht mehr dem ausschließlichen Kompetenzbereich des Verteidigungsministeriums, sondern sind primär dem Innenministerium zugewiesen.²⁵⁵

Da die Staatsanwaltschaft als Bestandteil der für die Kontrolle von Zwangsmaßnahmen zuständigen ordentlichen Gerichtsbarkeit (*autorité judiciaire*) gilt,²⁵⁶ bestand für die Intervention eines Richters (*juge* oder *magistrat du siège*) nach der ursprünglichen Konzeption des CPP im Grunde kein Bedarf. Bei bestimmten, besonders eingriffsintensiven Maßnahmen – die vormals häufig der *instruction* vorbehalten waren – sieht das Gesetz nun jedoch Richtervorbehalte vor.²⁵⁷ Zuständig ist dafür nicht der Untersuchungsrichter, dessen Aktionsradius auf die gerichtliche Voruntersuchung beschränkt ist, sondern der Grundrechte- und Haftrichter (*juge des libertés et de la détention*, Art. 137-1 CPP).²⁵⁸ War diese neuartige richterliche Institution ursprünglich geschaffen worden, um als Haftrichter (*juge de la détention*) anstelle des Untersuchungsrichters – also während der *instruction* – über die Anordnung der *détention provisoire* zu entscheiden, so hat er sich aufgrund zwischenzeitlicher Kompetenzerweiterungen auch in der *enquête* zu einem für die Genehmigung bestimmter Eingriffsmaßnahmen zuständigen Grundrechterichter (*juge des libertés*) fortentwickelt.²⁵⁹

bb) Gerichtliche Voruntersuchung (*instruction*)

Die Durchführung einer – dem polizeilichen Ermittlungsverfahren und der Entscheidung über die Anklageerhebung zwischengeschalteten – gerichtlichen Voruntersuchung (Art. 79 ff. CPP) erfolgt auf Antrag des Staatsanwalts (*réquisitoire introductif*). Sie ist nur bei Verbrechen, also Straftaten, die mit einer Mindesthöchststrafe von zehn Jahren bedroht sind (Art. 131-1 CP), zwingend; im Übrigen steht ihre Einleitung im Ermessen des Staatsanwalts (Art. 79, 80 CPP). Für die Dauer der *instruction* geht die Verfahrensherrschaft auf den Untersuchungsrichter

²⁵⁵ Pradel, Proc. pén., Rn. 176 ff. mit weiterführenden Einzelheiten zu sonstigen polizeilichen Kompetenzträgern.

²⁵⁶ Vgl. Art. préI. III Abs. 4 CPP: „Les mesures de contraintes [...] sont prises sur décision ou sous le contrôle effectif de l'autorité judiciaire.“

²⁵⁷ Z.B.: Art. 706-88 f. CPP: Verlängerung der *garde à vue* über 48 Stunden hinaus; Art. 63-4-2 Abs. 5 CPP: mehr als 12-stündige Verzögerung der Zulassung des Anwalts zur Vernehmung des *gardé à vue*; Art. 60-2 CPP: Speicherung von Verbindungsdaten; Art. 706-89 f. CPP: nächtliche Durchsuchung; Art. 76 Abs. 4 CPP: unfreiwillige Wohnungsdurchsuchung in der *enquête préliminaire*; Art. 74-2 Abs. 2 CPP: Telekommunikationsüberwachung zur Suche einer flüchtigen Person.

²⁵⁸ Auch vor der Einrichtung dieses Richters durch Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 war nicht der Untersuchungsrichter zuständig, sondern ein in seinem Dienstgrad mit dem *juge des libertés et de la détention* vergleichbarer *magistrat du siège*, siehe etwa ex-Art. 706-23 CPP: „le président du tribunal [...] ou le juge délégué par lui“.

²⁵⁹ Siehe Matsopoulou, D. 2008, 1495; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 651.

über,²⁶⁰ der die Funktionen als Ermittlungsorgan und Kontrollinstanz in sich vereint. Die traditionell mit dieser Doppelfunktion verbundene Machtfülle bringt das überlieferte Sprichwort zum Ausdruck, wonach der Untersuchungsrichter der mächtigste Mann Frankreichs („l'homme le plus puissant de France“)²⁶¹ und seine Institution der Eckpfeiler (*pierre angulaire*) des Strafverfahrens sei.²⁶² Gegenüber der *enquête* zeichnet sich die *instruction* insbesondere durch das umfangreichere Instrumentarium an Zwangs- und Ermittlungsbefugnissen aus, zumal nur hier auch schon vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren die Möglichkeit einer längerfristigen Inhaftierung (*détention provisoire*) besteht.²⁶³

Zentrale prozessuale Etappe der *instruction* ist die förmliche Beschuldigung²⁶⁴ (*mise en examen*, vormals: *inculpation*) des Verdächtigen, durch die dieser als *personne mise en examen* (vormals: *inculpé*) die Stellung als Prozesspartei (*partie*) erlangt.²⁶⁵ Die *mise en examen* ist einerseits Voraussetzung dafür, dass bestimmte Zwangsmaßnahmen, allen voran die *détention provisoire* als „Schlüsselmoment der gerichtlichen Voruntersuchung“,²⁶⁶ gegen den Verdächtigen ergriffen werden können; andererseits verleiht sie ihm infolge der Gesetzgebung vom 8.12.1897 (*loi Constans*) einen weitreichenden Schutzstatus, da er von diesem Moment an – unabhängig von einer etwaigen Inhaftierung – mit wesentlichen Verteidigungs- und Verfahrensrechten (Schweigerechtsbelehrung, Akteneinsichtsrecht, Verteidigerzugang) ausgestattet ist und gegen bestimmte Maßnahmen, insbesondere polizeiliche Vernehmungen, geschützt ist.²⁶⁷ Gemäß Art. 80-1 Abs. 1 CPP setzt die förmliche Beschuldigung schwere *oder* übereinstimmende Indizien voraus, welche die Tatbegehung als Täter oder Teilnehmer wahrscheinlich erscheinen lassen. Liegen schwere *und* übereinstimmende Indizien vor, so ist die *mise en examen* nach der zentralen Schutzvorschrift des Art. 105 CPP obligatorisch: Wird der Verdächtige dann gleichwohl außerhalb des Rechtsrahmens der förmlichen Beschuldigung

²⁶⁰ Zum Begriff siehe *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 1210.1 sowie *Satzger*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 100; missverständlich *Pfefferkorn*, Einführung, S. 34 ff., 131 ff.: „Ermittlungsrichter“.

²⁶¹ Vgl. *Pradel*, Proc. pén., Rn. 648, Fn. 2.

²⁶² Siehe *Schneider*, eucrim 2009, 50.

²⁶³ *Pradel*, Proc. pén., Rn. 650.

²⁶⁴ Ähnlich *Pfefferkorn*, Einführung, S. 147: „formale Anschuldigung“ und *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 133: „formale Beschuldigung“.

²⁶⁵ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1730: „[é]tape essentielle du procès pénal“; die begriffliche Umstellung erfolgte – ohne Änderung in der Sache – durch Gesetz n° 93-2 vom 4.1.1993, da die „Beschuldigung“ (*inculpation*) in der öffentlichen Meinung häufig mit einer Vorverurteilung gleichgesetzt wurde und daher im Hinblick auf die Unschuldsvermutung problematisch erschien, vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1732; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 703.

²⁶⁶ *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 9: „moment-clé de l'instruction“.

²⁶⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1727, 1731; Crim. 5.3.2013, n° 12-87.087.

(Art. 114 ff. CPP) vernommen, so ist das Verfahren fehlerhaft (*mise en examen tardive*).²⁶⁸

Um der stigmatisierenden Wirkung vorzubeugen, welche die förmliche Beschuldigung auch und gerade in der öffentlichen Wahrnehmung verursacht, tritt sie heute nicht mehr automatisch mit dem Beschluss über die Eröffnung der *instruction* gegenüber der – möglicherweise²⁶⁹ – in dem *réquisitoire introductif* bezeichneten Person ein, sondern es bedarf einer ausdrücklichen Entscheidung des Untersuchungsrichters, die nach Anhörung des Betroffenen im Beisein seines Verteidigers (Art. 80-1 Abs. 2 CPP) ergeht. In dem gleichen Anliegen wurde die Figur des (anwaltlich) „unterstützten Zeugen“ (*témoïn assisté*) geschaffen, der als Zwischenstufe zwischen dem einfachen Verdächtigen mit bloßem Zeugenstatus und dem förmlich Beschuldigten mit vollwertiger Parteistellung konzipiert wurde, um die Einräumung von Verteidigungsrechten von der (insoweit subsidiären) *mise en examen* (Art. 80-1 Abs. 3 CPP) abzukoppeln.²⁷⁰ Die Eigenschaft als *témoïn assisté* erlangt zwingend, wer namentlich in dem staatsanwaltschaftlichen *réquisitoire introductif* genannt ist (Art. 113-1 CPP) oder vom Untersuchungsrichter im Hinblick auf eine förmliche Beschuldigung vernommen wurde (Art. 116 Abs. 6 Alt. 1 CPP); im Übrigen, namentlich im Fall einer Beschuldigung (*mise en cause*) oder Anzeige (*plainte*) durch das Opfer oder bei Vorliegen von Indizien, welche die Tatbeteiligung wahrscheinlich erscheinen lassen, ist die Vernehmung als *témoïn assisté* lediglich fakultativ (Art. 113-2 CPP). Gemäß Art. 113-6 CPP hat es der *témoïn assisté* jederzeit in der Hand, durch ein entsprechendes Ersuchen automatisch den Status als *personne mise en examen* – mit allen Vor- und Nachteilen – zu erwirken: Da der *témoïn assisté* im Gegensatz zum förmlich Beschuldigten keine Prozesspartei ist, sind die ihm eingeräumten Verfahrensrechte, insbesondere die Möglichkeiten zur aktiven Einflussnahme auf das Verfahren, abgeschwächt; umgekehrt scheidet ihm gegenüber jedoch die Anordnung einer *détention provisoire* aus.²⁷¹

Schlüsselfigur der gerichtlichen Voruntersuchung ist der *juge d'instruction*, der die Funktionen von ermittelndem Staatsanwalt und kontrollierendem Ermittlungsrichter in sich vereint. Er ist gemäß der Generalermächtigung des Art. 81 Abs. 1 CPP dazu berufen, alle Verfahrenshandlungen vorzunehmen, die er als der Wahrheitsfindung dienlich erachtet, wobei er die Untersuchung gleichermaßen auf beund entlastende Umstände zu erstrecken hat (*à charge et à décharge*).²⁷² Organisa-

²⁶⁸ Zur Ablehnung einer analogen Anwendung dieser zentralen Beschuldigtenschutzevorschrift auf das Stadium der *enquête* siehe Crim. 27.7.1964, Bull. n° 252; 20.8.1986, Bull. n° 247 sowie *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 48.

²⁶⁹ Gemäß Art. 80 I Abs. 2 CPP kann der Antrag auf Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung auch gegen anonym gestellt werden.

²⁷⁰ Krit. zu dieser Figur *Guéry*, AJ Pen. 2013, 459.

²⁷¹ *Fourment*, Proc. pén., Rn. 459.

²⁷² Speziell geregelt ist – neben der Vernehmung sowie einer Reihe anderer, insbesondere freiheitsentziehender Maßnahmen – seit 1991 die Telekommunikationsüberwachung

torisch ist dieser *magistrat du siège*, für den kein bestimmtes Dienstgraderfordernis gilt, einem Großinstanzgericht (*tribunal de grande instance*) zugeordnet, dessen örtlichen Zuständigkeitsbereich er teilt (Art. 49 Abs. 3 CPP). Das herkömmliche Einzelrichterprinzip wurde im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der *Outreau*-Affäre infrage gestellt, nachdem dort die Gefahren einer strukturellen Überforderung der häufig vergleichsweise jungen und unerfahrenen Untersuchungsrichter zutage getreten waren. Wenngleich die durch Gesetz vom 5.3.2007 in Art. 83 CPP n.F. vorgesehene Schaffung eines Untersuchungsrichterkollegiums (*collège d'instruction*) bis heute nicht umgesetzt wurde,²⁷³ besteht nunmehr bei schwerwiegenden oder komplexen Sachverhalten die Möglichkeit, dem *juge d'instruction* – ggf. sogar gegen seinen Willen – einen oder mehrere Untersuchungsrichter beizuordnen (*co-saisine*, Art. 83-1 f. CPP). Außerdem wurden bei 91 der insgesamt 181 *tribunaux de grande instance* „Untersuchungsrichterpole“ (*pôles d'instruction*) gebildet, die jeweils für mehrere TGI-Bezirke örtlich zuständig sind und eine Gruppierung nach Gesichtspunkten der fachlichen Spezialisierung ermöglichen sollen. Bei Verbrechen sowie im Fall einer *co-saisine* muss die gerichtliche Voruntersuchung für alle nach dem 1.3.2008 eröffneten Verfahren zwingend am TGI des örtlich und sachlich zuständigen *pôle d'instruction* durchgeführt werden (Art. 52-1, 80 Abs. II, 83-1 CPP).²⁷⁴

Während der Staatsanwalt in der gerichtlichen Voruntersuchung in den Hintergrund tritt, kommt der Polizei bei der Unterstützung des Untersuchungsrichters eine wichtige Funktion zu. Dieser muss die zur Wahrheitsfindung erforderlichen Untersuchungshandlungen nämlich nicht selbst vornehmen, sondern kann sie im Wege eines entsprechenden Ermittlungersuchens (*commission rogatoire*) insbe-

(Art. 100 ff. CPP). Vorausgegangen war eine Verurteilung durch den EGMR wegen Verstoßes gegen Art. 8 EMRK, da die Generalermächtigung in Art. 81 CPP – selbst unter Einbeziehung ihrer Auslegung durch die Rechtsprechung – insoweit keine hinreichend klare und vorhersehbare Rechtsgrundlage darstellt: EGMR, Urt. vom 24.4.1990, *Kruslin* ./ *Frankreich*, vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 256.

²⁷³ Die Vorschrift sieht vor, dass der Gerichtspräsident jede gerichtliche Voruntersuchung einem aus drei Untersuchungsrichtern zusammengesetzten Kollegialorgan zuordnet. Dieses soll alle wesentlichen Entscheidungen, die der CPP dem Untersuchungsrichter anheimstellt (insb. förmliche Beschuldigung, Anordnung von *contrôle judiciaire* und Anrufung des Grundrechte- und Haftrichters zwecks Anordnung der *détention provisoire*) gemeinsam treffen. Nicht gefolgt ist der Gesetzgeber dagegen dem Vorschlag, die Haftentscheidung als solche auf dieses Kollegium zu übertragen, siehe *Vallini/Houillon*, *Rapport Outreau*, S. 352 ff. Das Inkrafttreten der – mit erheblichen finanziellen und organisatorischen Auswirkungen verbundenen – Neuregelung war ursprünglich für den 1.1.2010 vorgesehen, wurde jedoch durch Gesetz n° 2009-526 vom 12.5.2009 auf den 1.1.2010, durch Gesetz n° 2010-1657 vom 29.12.2010 auf den 1.1.2014, durch Gesetz n° 2013-1278 vom 29.12.2013 auf den 1.1.2015 – und schließlich durch Gesetz n° 2014-1654 vom 29.12.2014 auf den 1.1.2017 vertagt. Inzwischen erscheint es ausgesprochen zweifelhaft, ob das Kollegialprinzip – dessen Einführung bereits in der Vergangenheit mehrfach gescheitert ist, siehe unten III.A.1.c. – tatsächlich jemals in Kraft treten wird, siehe *Buisson*, *Procédures* 2013, *Comm.* n° 321.

²⁷⁴ Weiterführend *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 648 f.

sondere an höhere Polizeibeamte delegieren (Art. 81 Abs. 4 i.V.m. Art. 151 ff. CPP). Das in Art. 151 Abs. 2, 3 CPP normierte Verbot eines „generellen Ermittlungsersuchens“ (*commission rogatoire générale*) gebietet es dem Untersuchungsrichter lediglich, eine konkrete Straftat zu bezeichnen; es hindert ihn nicht daran, die Polizei vollumfänglich zur Durchführung aller zur Wahrheitsfindung erforderlichen Untersuchungshandlungen zu ermächtigen (*tous les actes d'information nécessaires*, Art. 81 Abs. 4 CPP). Im Rahmen dieser Ermächtigung stehen den ersuchten Polizeibeamten sämtliche Befugnisse des Untersuchungsrichters (*tous les pouvoirs du juge d'instruction*, Art. 152 Abs. 1 CPP) zu. Dieser kann sich auch zur Kontrolle und Leitung der Ermittlungen vor Ort begeben (Art. 152 Abs. 3 CPP). Besonderheiten gelten jedoch für Vernehmungen: Befragungen²⁷⁵ und Gegenüberstellungen des förmlich Beschuldigten sind dem Richter vorbehalten und keiner Delegation zugänglich (Art. 105, 152 Abs. 2 Satz 1 CPP). Gleiches gilt für die Anhörung des „unterstützten Zeugen“ und des Zivilklägers (*partie civile*), sofern sie nicht auf deren Wunsch hin erfolgt (Art. 152 Abs. 2 Satz 2 CPP). Schließlich obliegt die Entscheidung über die Anordnung der *détention provisoire* seit dem Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 nicht mehr dem Untersuchungsrichter, sondern dem Grundrechte- und Haftrichter (Art. 137-1 CPP).

Der Untersuchungskammer (*chambre de l'instruction*, vormals *chambre l'accusation*)²⁷⁶ kommt insbesondere die Funktion einer Kontroll- und Rechtsmittelinstanz im Hinblick auf die während der gerichtlichen Voruntersuchung ergangenen Verfahrenshandlungen und Verfügungen (*ordonnances*) des Untersuchungs- bzw. des Grundrechte- und Haftrichters zu (Art. 170, 185 ff. CPP). Sie ist als zweitinstanzliche Untersuchungsgerichtsbarkeit (*juridiction d'instruction du second degré*) dem Berufungsgericht (*cour d'appel*) zugeordnet und setzt sich aus einem per Dekret ernannten Präsidenten – dem zahlreiche Spezialbefugnisse zustehen – und zwei beisitzenden Richtern (*conseillers*) zusammen (Art. 191 CPP).²⁷⁷

cc) Reformdiskussion, insbesondere Infragestellung der traditionellen Zweigliedrigkeit des Ermittlungsverfahrens

Entgegen dem gesetzlichen und historischen Leitbild von der *instruction* als dem Kernstück des Ermittlungsverfahrens und dem (Untersuchungs-)Richter als dessen

²⁷⁵ Auch solche inoffizieller Natur, etwa während eines polizeilich begleiteten Transfers des förmlich Beschuldigten in die Haftanstalt, Crim. 5.3.2013, n° 12-87.087.

²⁷⁶ Hintergrund der ursprünglichen Bezeichnung als „Anlageklammer“ war der Umstand, dass der Untersuchungsrichter, der ein Verbrechen zur Anklage vor das Geschworenengericht (*cour d'assises*) bringen wollte, ihr die Sache zur vorherigen Prüfung vorlegen musste. Als mit dem Gesetz vom 15.6.2000 erstmals Rechtsmittel gegen Urteile der Geschworenengerichte zugelassen wurden, entfiel das Bedürfnis für diese vorgeschaltete Kontrolle. Gemäß Art. 181 CPP kann der Untersuchungsrichter nunmehr direkt Anklage zur *cour d'assises* erheben. Siehe hierzu *Pfefferkorn*, Einführung, S. 136.

²⁷⁷ Weiterführend *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 657 ff.

bestimmendem Akteur,²⁷⁸ dominieren heute die *enquête* und damit die polizeilich-staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit den Ablauf des Vorverfahrens.²⁷⁹

Faktisch manifestiert sich dieser Befund zunächst darin, dass die quantitative Häufigkeit der Verfahren, in denen eine *instruction* stattfindet, seit einiger Zeit sehr stark rückläufig ist: 1995 fand etwa noch in 44.554 Fällen und damit in 8 % der gerichtlichen Verfahren eine *instruction* statt,²⁸⁰ während dieser Anteil 1965 noch 20 % betragen hatte.²⁸¹ Belief sich die Anzahl der gerichtlichen Voruntersuchungen 2006 bei insgesamt 707.827 gerichtlich behandelten Verfahren (*poursuites* bzw. *affaires poursuivies*) immerhin noch auf 30.782 Fälle (4,3 %), so waren es 2010 bei insgesamt 639.317 Verfahren nur mehr 18.819 Fälle (2,9 %).²⁸² Im Bereich der Vergehen, wo die Einleitung einer *instruction* im Ermessen des Staatsanwalts steht, reduziert sich ihre Bedeutung im Wesentlichen auf besonders sensible oder komplexe – also ermittlungsintensive, zeitaufwendige, langwierige oder medienwirksame – Verfahren. Betroffen sind insbesondere solche Fälle, die sich nicht für eine zügige Aburteilung, etwa im Wege des beschleunigten Verfahrens der *comparution immédiate*, eignen und/oder in denen schon vor dem eigentlichen Gerichtsverfahren eine längerfristige Freiheitsentziehung (*détention provisoire*) oder haftvermeidende Auflagen des *contrôle judiciaire* für erforderlich erachtet werden.²⁸³ Sogar bei Verbrechen, für die das Gesetz vor der Anklageerhebung zum Geschworenen-

²⁷⁸ Vgl. auch die entsprechende gesetzliche Gewichtung im Ersten Buch des CPP: Während die Vorschriften zur *enquête* in Titel II in den Art. 53 bis 78-6 CPP zusammengefasst sind, erstrecken sich die Regelungen zur *instruction* in Titel III auf die Art. 79 bis 230 CPP; zur vormals überragenden Bedeutung der *instruction* und des Untersuchungsrichters siehe *Sessar*, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 185, 187.

²⁷⁹ Siehe *Marie*, AJ Pén. 2004, 221 zur „montée en puissance de l'enquête“; *Di Marino*, Mélanges Pradel, S. 317 zur „redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal“; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 24, 44 ff. zum „recul du rôle du juge“ und zur „expansion constante de l'enquête“; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 648 zur „crise de l'instruction“; siehe außerdem C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 15, 16.

²⁸⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 44.

²⁸¹ *Satzger*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 105.

²⁸² Ministère de la Justice, Annuaire statistique (2011–2012), S. 107, 109, 117; vgl. auch C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 16. Die Angabe der Gesamtzahl der Verfahren bezieht sich nur auf die Fälle, in denen das Verfahren vor eine gerichtliche Instanz (Untersuchungsrichter oder Prozessgericht) gelangt ist (*poursuites*). Nicht erfasst sind insbesondere diejenigen Fälle, in denen die Staatsanwaltschaft das Verfahren aus Opportunitätsgründen einstellt, alternative Strafverfolgungsmaßnahmen ergreift oder eine *composition pénale* (Strafbefehl) ausspricht. Bezieht man diese Verfahren ein und stellt damit auf die Gesamtzahl der *affaires poursuivables* ab (2010: 1.402.671), so reduziert sich die prozentuale Bedeutung der *instruction* auf 1,3 %. Berücksichtigt man darüber hinaus diejenigen Verfahren, die eingestellt bzw. nicht weiter verfolgt werden, stellt man also auf die Gesamtzahl der staatsanwaltschaftlich bearbeiteten Verfahren (*affaires traitées*) ab (2010: 4.502.363), so beträgt der Anteil der gerichtlichen Voruntersuchungen gegenwärtig lediglich 0,4 %.

²⁸³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 44, 47; *Satzger*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 101.

gericht (*cour d'assises*) die Durchführung einer *instruction* zwingend vorschreibt, hat es die Staatsanwaltschaft durch die Beschränkung der Strafverfolgung auf einen möglicherweise gleichzeitig mitverwirklichten Vergehenstatbestand (*correctionnalisation*) theoretisch in der Hand, die gerichtliche Voruntersuchung aus prozesstaktischen Erwägungen zu umgehen.²⁸⁴ Selbst in denjenigen Verfahren, in denen eine *instruction* stattfindet, ist es in der Praxis häufig die polizeiliche Ermittlungstätigkeit und nicht die des Untersuchungsrichters, von der die entscheidenden Impulse ausgehen. Da der Zeitpunkt der Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung weitgehend im staatsanwaltschaftlichen Ermessen steht, wird eine solche häufig erst beantragt, nachdem bereits im Rahmen der *enquête* die wesentlichen Beweise erhoben und die Vernehmungen der Tatverdächtigen durchgeführt worden sind. Überdies wird während der gerichtlichen Voruntersuchung wegen eingeschränkter Ressourcen und praktischer Zwänge in erheblichem Umfang von den Ermittlungsgesuchen der *commissions rogatoires* Gebrauch gemacht, welche die Polizeibeamten dazu ermächtigen, unter der Kontrolle des *juge d'instruction* – tatsächlich jedoch weitgehend autonom – an seiner statt die Untersuchungen zu führen.²⁸⁵

Gefördert wurden diese faktischen Verschiebungen durch die oben bereits angedeuteten Entwicklungen auf normativer Ebene: Auch um zu verhindern, dass eine das Verfahren ggf. nur unnötig verkomplizierende, jedenfalls aber erheblich in die Länge ziehende *instruction* bei Vergehen zum alleinigen Zweck der Eröffnung des Anwendungsbereichs bestimmter Zwangsmaßnahmen eingeleitet wird, wurden die polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsbefugnisse in der *enquête* sukzessive ausgedehnt und dabei zumindest vereinzelt der Kontrolle des Grundrechte- und Haftrichters unterstellt.²⁸⁶ Abgesehen von der Normierung zusätzlicher Eingriffsermächtigungen wurde nicht nur die zulässige Höchstdauer des Flagranzverfahrens mit seinen besonders weitreichenden Befugnissen auf 16 Tage verlängert und damit verdoppelt, sondern es wurde darüber hinaus auch der Grundsatz der Freiwilligkeit, der traditionell das polizeiliche Vorermittlungsverfahren (*enquête préliminaire*) gekennzeichnet hat, erheblich relativiert.

Angesichts dessen und der Kontroversen, die sich seit jeher an der janusköpfigen Institution des *juge d'instruction* („mi Maignet, mi Salomon“) entzündeten,²⁸⁷ meh-

²⁸⁴ Meist jedoch zielt diese inzwischen vom Gesetz anerkannte Praxis auf eine Umgehung der bei Verbrechen vorgeschriebenen Zuständigkeit des Geschworenengerichts, siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 777, 3150; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 118 ff.

²⁸⁵ Siehe *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 683; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 43. Siehe auch *Witzack*, *Vollzugspolizeien*, S. 301 m.w.N.

²⁸⁶ Vgl. *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 1060. Die Durchschnittsdauer der *instruction* betrug 2010 insgesamt 24,3 Monate (2006: 20,2 Monate). Während dieser Wert bei Verbrechen zuletzt einigermaßen stabil geblieben ist (2010: 23,2 Monate; 2006: 23,6 Monate), hat er bei Vergehen deutlich zugenommen (2010: 24,8 Monate; 2006: 19,8 Monate). Siehe *Ministère de la Justice*, *Annuaire statistique* (2011–2012), S. 117.

²⁸⁷ *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 126; *Jung*, FS für Miklau, S. 229 ff.

ren sich seit einiger Zeit die Forderungen nach einer grundlegenden Reform des Ermittlungsverfahrens. Hierbei wird immer häufiger eine Aufgabe seiner traditionellen Zweigliedrigkeit gefordert.²⁸⁸ Zwar erscheint das Schicksal des vom Justizministerium am 1.3.2010 vorgelegten Avant-projet du futur Code de procédure pénale – das im Sinne der Vorschläge der *Commission Léger* eine Ersetzung von *instruction* und *juge d'instruction* durch ein einheitliches Vorverfahren (*enquête judiciaire pénale*) mit einer die Ermittlungen leitenden Staatsanwaltschaft und einem die Ermittlungen kontrollierenden „Ermittlungs- und Grundrechterichter“ (*juge de l'enquête et des libertés*) vorsieht –, ungewiss, nachdem dieses Großprojekt wegen eines unvorhergesehenen Eilreformbedarfs bei der *garde à vue* zunächst vertagt werden musste und infolge der zwischenzeitlichen Veränderung der politischen Mehrheitsverhältnisse nicht mehr auf der Tagesordnung steht. Auch wird davor gewarnt, die Ermittlungshoheit vollständig auf die in einem zentralistischen Staatsmodell stark hierarchisch geprägte Staatsanwaltschaft zu übertragen, solange diese nicht einen dem Untersuchungsrichter vergleichbaren Grad an Unabhängigkeit genießt und damit vor politischen bzw. exekutiven Einflussnahmen auf ihr Strafverfolgungsermessen (Opportunitätsprinzip) geschützt ist.²⁸⁹ In diesem Zusammenhang ist es zu begrüßen, dass mit Gesetz n° 2013-669 vom 25.7.2013 wenigstens die Möglichkeit des Justizministers, individuelle Weisungen an die Staatsanwälte zu erteilen, explizit ausgeschlossen wurde (Art. 30 CPP n.F.).

Der von der Justizministerin in Auftrag gegebene und im Juli 2014 vorgelegte *Rapport Beaume* spricht sich für punktuelle Optimierungen und gegen die in der vorherigen Legislaturperiode diskutierte, große Reform des Ermittlungsverfahrens aus. Die *Commission Beaume* plädiert für eine Aufwertung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft, eine Stärkung der polizeilichen Eigenverantwortung und eine Beschränkung der Rolle des Grundrechte- und Haftrichters auf die Überprüfung besonders gravierender Eingriffsmaßnahmen. Außerdem wird eine moderate Ausdehnung des anwaltlichen Akteneinsichtsrechts im polizeilichen Ermittlungsverfahren angeregt. Darüber hinaus schlägt die Kommission eine Vereinfachung der gesetzlichen Regelungen und eine verstärkte gerichtliche Kontrolle des polizeilichen Ermittlungsverfahrens (insb. seiner Dauer) sowie eine bessere finanzielle, personelle und organisatorische Ausstattung der beteiligten Akteure vor.²⁹⁰ Die Notwendigkeit einer verfassungsrechtlichen Absicherung der Unabhängigkeit der Staatsanwaltschaft von der Exekutive hatte wenige Monate zuvor auch bereits die – ebenfalls unter den Vorsitz eines Staatsanwalts gestellte – *Commission de modernisation de l'action publique* mit deutlichen Worten angemahnt.²⁹¹

²⁸⁸ *Schneider*, eucrim 2009, 50 f.

²⁸⁹ *Satzger*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 103.

²⁹⁰ *Beaume*, Rapport; siehe dazu *Allain*, AJ Pén. 2014, 332.

²⁹¹ *Nadal*, Rapport, S. 7 ff.; siehe dazu *Roumier*, Dr. pén. 2014, Alertes n° 1.

Weitgehend Einigkeit herrscht außerdem darüber, dass die „Dissymmetrie“ bei der Ausgestaltung der Verteidigungsrechte des Verdächtigen im Ermittlungsverfahren nach weiteren gesetzlichen Korrekturen drängt. Während dieser in der *instruction*, also in 2 % der Verfahren, als förmlich Beschuldigter bzw. unterstützter Zeuge einen weitreichenden Schutzstatus genießt, ist seine Rechtsstellung in der *enquête*, also in 98 % der Verfahren, noch immer relativ rudimentär verwirklicht. Bis vor Kurzem hatte er hier, wenn er sich nicht gerade in Polizeihaft befand, überhaupt keine Verfahrensrechte,²⁹² weshalb die Anordnung dieser Freiheitsentziehung nach der Rechtsprechung in vielen Situationen in seinem *eigenen Interesse* geboten war (siehe unten II.A.4.a.).²⁹³ Auch nach der Refom vom 27.5.2014 krankt die Rechtsstellung der *personne suspectée* in der *enquête* weiterhin daran, dass ihr – anders als in der gerichtlichen Voruntersuchung – keine übergreifende Regelung zuteilwird, sondern dass der CPP sich nur punktuell im Zusammenhang mit ganz bestimmten Ermittlungsmaßnahmen (bis 2014 einzig bei der *garde à vue*, seither auch bei der „freien Vernehmung“, nicht jedoch bei anderen Zwangsmaßnahmen, z.B. der Wohnungsdurchsuchung) für sie interessiert.²⁹⁴ Die mit dieser Regelungstechnik einhergehende – und durch die zahllosen Reformen und deliktsspezifischen Sonderregelungen weiter verschärfte – Komplexität, Unübersichtlichkeit und Inkohärenz der Gesetzgebung wird in Schrifttum und Praxis zunehmend bemängelt.²⁹⁵

b) Bedeutung besonderer Verfahrensarten

Besondere Verfahrensarten spielen in der Praxis bei der strafrechtlichen Ahndung von Vergehen – also Straftaten, die mit einer gesetzlichen Höchststrafe von maximal zehn Jahren bedroht sind und für deren Aburteilung das am Großinstanzgericht (*tribunal de grande instance*) angesiedelte Korrekionalgericht (*tribunal correctionnel*) zuständig ist – eine beachtliche Rolle. Mündet die *enquête* im Wege

²⁹² *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 48; vgl. auch *Mathias*, Dr. pén. 2011, Etude n° 6, 18 Rn. 15 f.; *Alix*, D. 2011, 1701 Rn. 9–11; *Guéry*, AJ Pén. 2005, 235. Besonders eindrücklich im Hinblick auf die *audition libre* (vor der Reform von 2014) Crim. 3.4.2013, Bull. n° 72; wohl zust. *Ascensi*, AJ Pén. 2013, 411; abl. (jedenfalls *de lege ferenda*) *Salvat*, RSC 2013, 842.

²⁹³ Siehe zuletzt etwa Crim. 6.11.2013, Bull. n° 220; zust. *Danet*, RSC 2014, 138; krit. *Belfanti*, AJ Pén. 2014, 89; *Chavent-Leclère*, Procédures 2014, Comm. n° 55. Diese Rechtslage – und ihre eigenartigen Konsequenzen – scharf kritisierend *Guéry*, AJ Pén. 2013, 459, der dringenden gesetzgeberischen Reformbedarf anmahnt.

²⁹⁴ Weiterführend die krit. Analyse von *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15, der treffend bemerkt, dass das frz. Schrifttum sich erstaunlich wenig mit dieser Problematik befasst (Rn. 1 m.w.N.) und infolge der Unzulänglichkeiten der gesetzlichen (Neu-)Regelung Zweifel an ihrer Richtlinienkonformität äußert (Rn. 15).

²⁹⁵ Ebd., Rn. 12: „Les travaux sur la complexification croissante de la matière et la multiplication des procédures dérogatoires ont amplement montré les effets pervers d’une technique juridique qui favorise toujours plus de détails et de spécificités. Le Code de procédure pénale, par sa complexité, est devenu une véritable machine à produire des pourvois en cassation et des requêtes en nullité.“

der „Echtzeitbehandlung“ in eine Vorführung (*défèrement*) vor den Staatsanwalt und sieht dieser keinen Bedarf für die Einleitung einer gerichtlichen Voruntersuchung, so stehen ihm unter bestimmten Voraussetzungen – anstelle der vergleichsweise (zeit)aufwendigen förmlichen (*citation*, Art. 390 i.V.m. Art. 550 ff. CPP)²⁹⁶ oder der vereinfachten, mündlich zu Protokoll erklärten Ladung (*convocation par procès-verbal*, Art. 394 CPP)²⁹⁷ zu einem späteren Gerichtstermin – insbesondere das Schnellverfahren des „unmittelbaren Erscheinens vor Gericht“ (*procédure de comparution immédiate*) sowie das Konsensualverfahren des „Erscheinens vor Gericht nach vorherigem Schuldeingeständnis“ (*procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* – CRPC-Verfahren) zur Verfügung.²⁹⁸ Diesen Verfahrensarten kommt im Zusammenhang mit strafprozessualen Freiheitsentziehungen in zweierlei Hinsicht Bedeutung zu: Zum einen kann das Verfahren der *comparution immédiate* de facto nur in ununterbrochenem Fortgang an die *garde à vue* in die Wege geleitet werden. Zum anderen geben beide Verfahren dem Richter – auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung und ohne die dort erforderliche *mise en examen* – die Möglichkeit zur Anordnung der *détention provisoire*.²⁹⁹

aa) Schnellverfahren der *comparution immédiate*

Das Verfahren der *comparution immédiate* (Art. 395 ff. CPP) zielt auf eine beschleunigte Aburteilung, bei der die Beendigung der *garde à vue*, die Vorführung vor den Staatsanwalt, die Verhandlung vor Gericht und der Urteilsspruch zumindest nach gesetzgeberischer Idealvorstellung auf ein und denselben Tag fallen (*le jour même*, Art. 803-2, 395 Abs. 3, 397 CPP).³⁰⁰ Obwohl das Gesetz dies an keiner Stelle ausdrücklich anordnet, kommt das Verfahren praktisch nur in unmittelbarem Anschluss an die Durchführung einer *garde à vue* in Betracht.³⁰¹ Es wurde 1983 geschaffen und ist heute infolge sukzessiver gesetzlicher Erweiterungen bei allen Vergehen mit einer gesetzlichen Mindesthöchststrafe von zwei Jahren bzw. sechs

²⁹⁶ Art. 390-1 CPP eröffnet außerdem die Möglichkeit, die förmliche Ladung (*citation*) durch eine auf Geheiß des Staatsanwalts ergehende Ladung durch einen höheren Polizeibeamten (*convocation par officier ou agent de police judiciaire*) zu ersetzen.

²⁹⁷ Gemäß Art. 394 Abs. 3 CPP besteht die Möglichkeit der Anordnung von haftvermeidenden Auflagen des *contrôle judiciaire* sowie einer Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung. Eine *détention provisoire* ist hingegen ausgeschlossen.

²⁹⁸ Beide Verfahrensarten scheiden gegenüber Minderjährigen sowie bei Pressedelikten und politischen Straftaten aus (Art. 397-6, 495-16 CPP). Seit dem Gesetz n° 2011-1862 vom 13.12.2011 kann das CRPC-Verfahren auch noch nach Durchführung einer gerichtlichen Voruntersuchung durchgeführt werden (Art. 180-1 CPP).

²⁹⁹ Vgl. Kohler, Beschleunigte Strafverfahren, S. 145 ff.

³⁰⁰ Vlaminck, AJ Pén. 2011, 10; de Combles de Nayves/Mercinier, AJP 2011, 18.

³⁰¹ Allg. Meinung, siehe nur Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 1213; Ausnahmen sind aber denkbar, siehe Guéry, Comparution immédiate, in: Rép. pén., Rn. 31; Crim. 19.1.2005, n° 04-81.455.

Monaten im Fall eines Flagranzdelikts (Art. 53 Abs. 1 CPP) anwendbar.³⁰² Die Entscheidung über die Einleitung des Verfahrens steht im Ermessens des Staatsanwalts, wenn er der Auffassung ist, dass sich die Sache für die unmittelbare Verhandlung und Aburteilung eignet und dem Verfahren entweder ein Flagranzdelikt zugrunde liegt (Art. 395 Abs. 2 CPP) oder aber die Belastungsbeweise ausreichend und die Sache entscheidungsreif erscheinen (Art. 395 Abs. 1 CPP). Voraussetzung für ein sofortiges Urteil – das den gesetzlichen Strafrahmen ausschöpfen darf, also durchaus auch zu mehrjährigen Freiheitsstrafen ohne Bewährung führen kann³⁰³ – ist das Einverständnis des Betroffenen, welches dieser im Beisein eines Verteidigers vor Gericht erklären muss (Art. 397 CPP). Gelingt es nicht, das Gericht noch am selben Tage einzuberufen oder muss es im Termin die Verhandlung vertagen, weil der Betroffene sein Einverständnis verweigert oder die Sache nicht entscheidungsreif ist, so kommt neben der Anordnung von haftvermeidenden Auflagen des *contrôle judiciaire* und einer elektronisch überwachten Aufenthaltsortszuweisung auch schon vor der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe die vorübergehende Inhaftierung in Form der *détention provisoire* in Betracht. Gegenwärtig werden ca. 8 % der Urteile der *tribunaux correctionnels* im Wege der *comparution immédiate* abgewickelt.³⁰⁴ Während die Schnelligkeit, Sichtbarkeit und Spürbarkeit der strafrechtlichen Reaktion – auch und gerade in Fällen mittlerer und schwerer Kriminalität und vor allem gegenüber strafrechtlich vorbelasteten Personen – als Vorzüge des Verfahrens gelten, sind die stark eingeschränkten Verteidigungsmöglichkeiten offenkundig.³⁰⁵

³⁰² Nach der ursprünglichen Gesetzesfassung war der Anwendungsbereich des Verfahrens auf Straftaten mit einer gesetzlichen Höchststrafe von maximal fünf Jahren beschränkt. Mit Gesetz vom 8.2.1995 wurde diese Schwelle auf sieben Jahre angehoben, durch Gesetz vom 9.9.2000 wurde sie schließlich ganz beseitigt; zur Entwicklung der Gesetzeslage seit 1983 siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, n° 1211. Vorgängerregelungen zur *comparution immédiate* enthielten bereits die Gesetze vom 20.5.1863, 6.8.1975 und 2.2.1981 (sog. *saisine directe*), vgl. *Bouloc*, *Proc. pén.*, Rn. 638; *Vlamynck*, *AJ Pén.* 2011, 18; *Guéry*, *Comparution immédiate*, in: *Rép. pén.*, Rn. 1–3.

³⁰³ Da die gesetzlichen Strafrahmenverschiebungen zulasten von Rückfalltätern die Einordnung als Vergehen unberührt lassen, sind Fälle denkbar, in denen das Gericht eine Freiheitsstrafe von 20 Jahren verhängt, *Vlamynck*, *AJ Pén.* 2011, 10.

³⁰⁴ 2011 wurden 43.045 von 539.942, also 7,9 % der Verfahren und damit 0,7 % weniger als im Vorjahr auf diese Weise am Korrekionalgericht erledigt, siehe *Ministère de la Justice*, *Chiffres clés 2012*, S. 15; siehe auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1209.

³⁰⁵ Krit. etwa *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1209; *de Combles de Nayves/Mercinier*, *AJP* 2011, 18.

bb) Konsensualverfahren der *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (CRPC-Verfahren)

Das am *plea bargaining* orientierte CRPC-Verfahren (Art. 495-7 ff. CPP) wurde durch Gesetz vom 9.3.2004 für Vergehen mit einem Strafrahmen von maximal fünf Jahren Freiheitsstrafe geschaffen, ist jedoch seit einer gesetzlichen Neufassung aus dem Jahr 2011 grundsätzlich auf alle Vergehen anwendbar (Art. 495-7 CPP).³⁰⁶ Es ist dadurch gekennzeichnet, dass der geständige Betroffene die Tat im Beisein eines Verteidigers gegenüber dem Staatsanwalt – also noch im Vorfeld eines Gerichtstermins – einräumt (sog. *plaider coupable*), um im Gegenzug einen gewissen Strafabatt zu erhalten. Im Gegensatz zum Verfahren der *comparution immédiate* spielt es für die praktische Anwendbarkeit des Verfahrens keine Rolle, ob der Betroffene unmittelbar zuvor in *garde à vue* war. Außerdem kommt es nur in Fällen leichter und mittlerer Kriminalität in Betracht, denn der vom Staatsanwalt zu formulierende Strafvorschlag darf auf maximal ein Jahr Freiheitsstrafe – mit oder ohne Bewährung – lauten (Art. 495-8 CPP).

Nimmt der Betroffene ihn im Beisein seines Verteidigers an, so wird er dem Gericht vorgeführt, das den Strafvorschlag des Staatsanwalts nach rechtlicher und tatsächlicher Prüfung in einer öffentlichen Sitzung, bei der die Gegenwart des Staatsanwalts entbehrlich ist, anerkennt (sog. *homologation*, Art. 495-9 CPP). Diese Verfügung (*ordonnance d'homologation*) hat Urteilswirkung und ist unmittelbar vollstreckbar, kann jedoch im Wege der Berufung angefochten werden (Art. 495-11 CPP). Lehnt der Betroffene den Strafvorschlag ab oder verweigert das Gericht die *homologation*, so wird das Verfahren nach allgemeinen (Ladungs-)Grundsätzen fortgeführt. Dabei besteht auch die Möglichkeit einer Überleitung in die *procédure de comparution immédiate* (Art. 495-12 Abs. 2 i.V.m. Art. 395 f. CPP); eine Verwertung der im Rahmen des CRPC-Verfahrens gewonnenen Aussagen ist hingegen ausgeschlossen (Art. 495-14 Abs. 2 CPP).³⁰⁷ Fordert der Betroffene dagegen eine Bedenkzeit von bis zu zehn Tagen, bevor er sich zu dem Strafvorschlag des Staatsanwalts erklärt (495-8 Abs. 5 CPP), so kommt die Anordnung einer zwischenzeitlichen *détention provisoire* in Betracht, wenn der Strafvorschlag auf eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Monaten ohne Bewährung gerichtet ist (Art. 495-10 CPP).³⁰⁸ Der Anteil der im CRPC-Verfahren vor den *tribunaux correctionnels* erfolgreich abgewickelten Verfahren beträgt ca. 11 %.³⁰⁹

³⁰⁶ Gesetz n° 2011-1862 vom 13.12.2011. Zu aktuellen Reformbestrebungen siehe Léna, AJ Pén. 2014, 53.

³⁰⁷ Crim. 17.9.2008, Bull. n° 192; siehe dagegen auch Crim. 30.11.2010, Bull. n° 190.

³⁰⁸ *Defferrard, Le suspect*, S. 92–93; *Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité*, Rn. 1248.

³⁰⁹ Die Staatsanwaltschaft hat sich 2011 in 77.569 Fällen für die Einleitung dieses Verfahrens entschieden, wobei – bei insgesamt 592.087 vor dem *tribunal correctionnel* erledigten Verfahren – in 60.447 Fällen eine gerichtliche Bestätigung des staatsanwaltschaftlichen Strafvorschlags stattgefunden hat.

2. Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren

Während die Aburteilung von Vergehen, die mit einer gesetzlichen Höchststrafe von maximal zehn Jahren bedroht sind, den grundsätzlich mit drei Berufsrichtern besetzten Kollegialformationen der *tribunaux correctionnels* obliegt (2011: 592.087 Verfahren),³¹⁰ werden Verbrechen, deren Strafrahmen diese Schwelle überschreiten, nach der obligatorischen Durchführung einer *instruction* vor den Geschworenen der *cour d'assises* im Juryverfahren verhandelt (2011: 1.968 erstinstanzliche Verfahren).³¹¹ Ungeachtet der grundlegend unterschiedlichen Ausgestaltung beider Erkenntnisverfahrenstypen ist die beweisrechtliche Verknüpfung von Ermittlungs- und Hauptverfahren auch durch übergreifende Aspekte gekennzeichnet.³¹² Dabei interessiert vorliegend neben der allgemeinen Bedeutung von im Vorverfahren gewonnenen Geständnissen vor allem, auf welchem Wege die dort – ggf. im Rahmen einer Freiheitsentziehung – erlangten Erkenntnisse in den Prozess eingeführt werden können und wie der Angeklagte dies im Fall von Verfahrensmängeln verhindern kann.

a) Bedeutung vorprozessualer Geständnisse und Rechtsfolgen des Schweigens

Obschon das Gesetz für das Verfahren vor dem *tribunal correctionnel* in Art. 428 CPP ausdrücklich klarstellt, dass das Geständnis wie alle anderen Beweismittel der freien gerichtlichen Beweiswürdigung unterliegt, wird ihm in dem inquisitorisch geprägten Strafverfahren traditionell eine herausragende Bedeutung beigemessen.³¹³ In jüngster Zeit wird der „Geständniskult“ (*culte/religion de l'aveu*), als dessen sichtbarste Ausprägung das traditionelle Modell der *garde à vue* gilt, die als polizeiliche Freiheitsentziehung auf die Geständniserlangung geradezu angelegt ist, zunehmend infrage gestellt.³¹⁴ Ob die 2011 im Rahmen der *garde à vue*-Reform erfolgte Aufwertung des Schweigerechts und des Rechts auf Verteidigerbeistand sowie die massive Erweiterung des Anwendungsbereichs der Schweigerechtsbelehrung im Zuge der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU den im

³¹⁰ Vielfach gelten jedoch abweichende Zusammensetzungen. So ist etwa für bestimmte Vergehen eine Einzelrichterformation (*juge unique*) vorgesehen (Art. 398 Abs. 3 i.V.m. Art. 398-1 CPP). Dagegen werden die drei Berufsrichter seit dem Gesetz n° 2011-939 vom 10.8.2011 in den in Art. 399-1 i.V.m. Art. 399-2 CPP bestimmten Fällen durch zwei Laienrichter als Beisitzer ergänzt (sog. *formation citoyenne*).

³¹¹ Ministère de la Justice, Chiffres clés 2012, S. 15. Außer Betracht bleiben können im Rahmen der vorliegenden Untersuchung die für die Verhandlung von Übertretungen am *tribunal de police* (Art. 521 CPP) geltenden Grundsätze.

³¹² Vgl. *Guinchar/Buisson*, Proc. pén., Rn. 2467: „principes communs“.

³¹³ *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 291 ff.; *Vergès*, RPD 2010, 870; *Glatt-haar*, Polizei, S. 49 ff.; *Teissier*, RPD 2001, 33 m.w.N.

³¹⁴ *Vergès*, RPD 2010, 870 etwa fordert eine Abkehr vom „französischen Modell der *garde à vue*“; siehe *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 360; *Alix*, D. 2011, 1705; *Charrière-Bournazel*, Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16374, 2528; *Teissier*, RPD 2001, 33.

Schrifttum prophezeiten Wandel in der Funktion von Geständnis und *garde à vue* herbeizuführen vermag,³¹⁵ muss sich indes erst noch zeigen. Gewisse Zweifel erscheinen angebracht, zumal die neueste Rechtsprechung der – auch ohne vorherige Schweigerechtsbelehrung zulässigen – Aufnahme von Spontanäußerungen des *gardé à vue* relativ großzügig gegenüberzustehen scheint.³¹⁶

Abgesehen vom Bereich der den Geschworenengerichten vorbehaltenen Verbrechen honoriert die Ausgestaltung des Verfahrens vor den *tribunaux correctionnels* die Gewinnung selbstbelastender Aussagen im Ermittlungsverfahren insofern, als nicht nur Vernehmungsprotokolle relativ unkompliziert in den Prozess eingeführt werden können (siehe sogleich unten b.), sondern außerdem spezielle Verfahrensarten existieren, die auf eine vereinfachte Aburteilung des kooperativen Verdächtigen gerichtet sind (siehe oben 1.b.): Neben dem definitionsgemäß an ein Geständnis gekoppelten CRPC-Verfahren (Art. 495-7 ff. CPP) kommt auch das beschleunigte Verfahren der *comparution immédiate* (Art. 395 ff. CPP) zumindest de facto vornehmlich dort in Betracht, wo der Betroffene die Tat bereits vor Prozessbeginn eingeräumt hat, wo also feststeht, dass es keiner aufwendigen Beweiserhebungen mehr bedarf.³¹⁷ Auf dieser Linie liegt auch die signifikante Ausdehnung der vormalis auf wenige Spezialmaterien beschränkten *transaction pénale* durch Gesetz n° 2014-896 vom 15.8.2014. Der mit Wirkung zum 1.10.2014 in Kraft getretene Art. 41-1-1 CPP erlaubt es dem höheren Polizeibeamten nunmehr bei einer ganzen Reihe von Straftaten, vor der Anklageerhebung mit staatsanwalt-schaftlicher Ermächtigung die Rechtsfolgen der Tat mit dem Beschuldigten auszuhandeln und anschließend nur noch vom Gericht absegnen zu lassen.

Der Geständnisorientierung des Strafverfahrens förderlich sind schließlich auch die schwachen Rechtsfolgen, die mit der Ausübung des Schweigerechts verbunden sind: Einerseits soll selbst die ernsthafte und endgültige Aussageverweigerung des festgenommenen Verdächtigen die Polizei nicht daran hindern, die Befragung im Rahmen der *garde à vue* – ggf. nach einer kurzen Unterbrechung der Vernehmung – fortzusetzen;³¹⁸ andererseits soll es nicht zu beanstanden sein, wenn das Gericht aus einem Schweigen Schlüsse zu seinen Lasten zieht.³¹⁹ Weit verbreitet erscheint dabei die Annahme, wonach ein Unschuldiger ohnehin keinen Grund zur Verwei-

³¹⁵ Z.B. *Pin*, JCP G 2011, 1369.

³¹⁶ Crim. 17.12.2013, n° 12-84.297; siehe dazu *Porteron*, AJ Pén. 2014, 139. Bedenklich auch Crim. 3.9.2014, n° 11-83.598, wo die Verwertbarkeit von in Guantanamo gewonnenen Aussagen i.E. bejaht wurde, obschon die Cour de cassation klarstellt, dass der Schuldspruch weder ausschließlich noch wesentlich auf den betreffenden Aussagen basiert; krit. *Cahn*, AJ Pén. 2014, 577.

³¹⁷ Vgl. *Leroy*, Proc. pén., Rn. 356.

³¹⁸ Circulaire CRIM-2011-8 vom 15.4.2011, S. 4.

³¹⁹ *Chalus*, RJT 43 (2009), 363 f.; *Gleß*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 85 m.w.N.; vgl. auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 596; krit. *Boudot/Grazzini*, AJ Pén. 2012, 513.

gerung der Aussage haben könne.³²⁰ Die Rücknahme eines Geständnisses ist zwar jederzeit möglich; das Gericht ist jedoch frei darin, deren Bedeutung im Rahmen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen.³²¹ Schätzungen gehen davon aus, dass ca. 90 % aller Personen auf eine entsprechende Vorladung hin nicht nur bei der Polizei erscheinen, sondern dort auch Angaben zur Sache machen.³²²

b) Freie Beweiswürdigung auf Grundlage des Mündlichkeitsprinzips

Die Urteilsfindung basiert auf dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (*libre appréciation des preuves*), der das Verbot starrer Beweisregeln (*système des preuves légales*) und das Prinzip der Entscheidung nach der inneren Überzeugung (*intime conviction*) der Richter und Geschworenen beinhaltet.³²³ Grundlage der Überzeugungsbildung sind die wirksam in den Prozess eingeführten Beweise, die einer kontradiktorischen Diskussion (*principe du contradictoire*) zugänglich sein müssen. Während ein materielles Unmittelbarkeitsprinzip im Sinne eines Vorrangs des tatnächsten Beweismittels oder eines Ausschlusses von Beweissurrogaten fehlt,³²⁴ genießt der ihm verwandte Mündlichkeitsgrundsatz (*principe d'oralité*) hohe Bedeutung.³²⁵ Er besagt, dass die mündliche Debatte vor Gericht Grundlage der Entscheidungsfindung sein muss, wohingegen das Schriftliche nur eine untergeordnete Rolle spielen soll,³²⁶ was jedoch seiner Omnipräsenz im Strafprozess keinen Abbruch tut.³²⁷ Indem das Mündlichkeitsprinzip es dem Gericht verwehrt, seine Entscheidung auf Umstände zu stützen, die nicht direkt oder indirekt Gegenstand der Verhandlung waren, führt es zu einer Einschränkung der unmittelbaren Verwertungsmöglichkeit der in *enquête* und *instruction* gewonnenen Erkenntnisse.³²⁸ Das Gesetz schreibt ausdrücklich die Mündlichkeit der Zeugenaussage vor, wobei die Zuhilfenahme von Dokumenten unter dem Vorbehalt der Erlaubnis des vorsitzenden Richters steht (Art. 331 Abs. 3, 452 CPP).

Für das Verfahren vor der *cour d'assises* kommt dem Mündlichkeitsgrundsatz eine herausgehobene Bedeutung zu (*oralité renforcée*), da die Überzeugungsbildung der Geschworenen auf der in ihrer Gegenwart durchgeführten Beweisauf-

³²⁰ Guédon, *Criminalité organisée*, Rn. 228, Fn. 105; Pradel, *Proc. pén.*, Rn. 543; krit. Boudot/Grazzini, *AJ Pén.* 2012, 513.

³²¹ Merle/Vitu, *Traité II*, Rn. 190; *Crim.* 18.4.1961, Bull. n° 208.

³²² Gleß, in: Jung u.a. (Hrsg.), *Code d'instruction criminelle*, S. 81.

³²³ Siehe Art. 304, 353, 427 und 536 CPP; Pradel, *Proc. pén.*, Rn. 851 ff.

³²⁴ Ausführlich dazu Leblois-Happe, *ZStW* 126 (2014), 185 ff.

³²⁵ Vgl. Vogler, in: Vogler/Huber (Hrsg.), *Criminal procedure in Europe*, S. 189; Pradel, *Proc. pén.*, Rn. 847.

³²⁶ Ambroise-Castérot/Bonfils, *Proc. pén.*, Rn. 514.

³²⁷ Guinhard/Buisson, *Proc. pén.*, Rn. 2473; vgl. auch Kühne, *Strafprozessrecht*, Rn. 1233 ff.

³²⁸ Pradel, *Proc. pén.*, Rn. 847.

nahme beruhen soll.³²⁹ Aussagen etwa, die Angeklagte oder Zeugen während der gerichtlichen Voruntersuchung gegenüber dem Untersuchungsrichter getätigt haben, dürfen nicht verlesen werden, bevor die betreffende Person vor dem Geschworenengericht vernommen wurde.³³⁰ Auch ist den Geschworenen die Einsichtnahme in die Verfahrensakte (*dossier*) verwehrt, sofern der Vorsitzende ihnen nicht kraft seines Leitungsermessens (siehe Art. 310 CPP) Auszüge vorlegt.³³¹

Vor dem *tribunal correctionnel* wird der Mündlichkeitsgrundsatz dagegen aus praktischen Gründen ungleich großzügiger gehandhabt. Trotz der ähnlichen Fassung der einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen über die Zeugeneinvernahme wird es nicht beanstandet, wenn an ihrer statt die entsprechenden Vernehmungprotokolle verlesen werden, „um die Zeugen nicht zu belästigen“.³³² Da die Befragung der Vernehmungsperson als Zeuge vor Gericht ausgesprochen unüblich ist, kann sich der Vorsitzende meist darauf beschränken, die protokollarisch erfassten Aussagen, die während des Ermittlungsverfahrens zustande gekommen sind, mündlich vorzutragen.³³³ Es ist mithin nicht ungewöhnlich, wenn im Prozess kein einziger Zeugenbeweis erhoben wird,³³⁴ zumal ein entsprechender Antrag des Angeklagten bereits dann abgelehnt werden darf, wenn die Vernehmung keinen Nutzen für die Wahrheitsfindung verspricht oder der Schuldspruch nicht nur auf den Erklärungen des fraglichen Zeugen basiert.³³⁵ Auch wenn polizeilichen oder untersuchungsrichterlichen Vernehmungprotokollen (zur Form siehe Art. 429 Abs. 2 CPP) weder eine gesetzliche Richtigkeitsvermutung noch ein verstärkter Beweiswert innewohnt, sondern es sich um „einfache Auskünfte“ (*simples renseignements*) handelt, die – ebenso wie Geständnisse – dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung unterliegen (Art. 430 CPP),³³⁶ wird es dem Angeklagten daher häufig schwer fallen, das Gericht von der Unrichtigkeit der Angaben im Vernehmungsprotokoll zu überzeugen.³³⁷

³²⁹ *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 2493; *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 844.

³³⁰ Crim. 2.11.1949, D. 1950, 74; 26.2.1992, Bull. n° 90; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3251.

³³¹ Vgl. Art. 347 Abs. 4 CPP speziell für die Zeit nach Schließung der Verhandlung. Die Empfehlungen von *Léger*, Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale, 11. Vorschlag, S. 39 sprechen sich dagegen für die Schaffung einer jederzeitigen Einsichtnahmemöglichkeit während der laufenden Verhandlung aus.

³³² *Pradel*, Proc. pén., Rn. 471 (m.w.N.).

³³³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3092.

³³⁴ *Vogler*, in: *Vogler/Huber* (Hrsg.), Criminal procedure in Europe, S. 189.

³³⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3093; Crim. 4.3.2008, Bull. n° 54; 3.12.2003, n° 02-87.139; 12.2.1997, n° 96-82.266.

³³⁶ Protokollarisch erfasste Erklärungen und Geständnisse gelten nur im Zollverfahren bis zum Beweis des Gegenteils als richtig (Art. 336 Abs. 2 Code des douanes). Dies hatte das Urteil des Berufungsgerichts in dem Crim. 28.10.2014, n° 13-84.840 zugrunde liegenden Fall verkannt und wurde infolgedessen von der Cour de cassation aufgehoben.

³³⁷ I.d.S. auch *Leblois-Happe*, ZStW 126 (2014), 192.

c) Beweisverwertung³³⁸

Als taugliche Grundlage für die gerichtliche Überzeugungsbildung eignen sich normalerweise sämtliche im Ermittlungsverfahren gewonnenen Erkenntnisse, die Gegenstand der Hauptverhandlung waren (*principe de liberté des preuves*, Art. 427 Abs. 1 CPP). Im Fall der Rechtswidrigkeit einer Ermittlungsmaßnahme scheidet jedoch die Verwertung der durch sie erlangten Beweise aus, wenn es dem Betroffenen gelingt, die Annullierung der jeweiligen Verfahrenshandlung oder des betreffenden Beweisstücks zu erwirken. Die Verwertbarkeit bzw. der Beweiswert bestimmter im Vorverfahren auf „unsaubere“ Weise gewonnener Erkenntnisse unterliegt jedoch auch unabhängig von der Nichtigkeit (*nullité*) Schranken.

aa) Unverwertbarkeit der Erkenntnisse aus nichtigen Verfahrenshandlungen

Fehlerhaft erhobene Beweise sind unverwertbar, wenn die betreffende Ermittlungshandlung annulliert wurde. Die Geltendmachung der Nichtigkeit ist jedoch an strenge Voraussetzungen geknüpft, ihre Wirkung in der Reichweite begrenzt.³³⁹ Die Fehlerhaftigkeit einer Ermittlungsmaßnahme kann sich aus dem Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage (*légalité formelle*) sowie aus der Verletzung gesetzlicher oder übergesetzlicher, insbesondere konventionsrechtlicher – nicht jedoch lediglich untergesetzlicher³⁴⁰ – Normen (*légalité matérielle*) ergeben. Während das Gesetz die Verletzung bestimmter Verfahrensvorschriften ausdrücklich mit der Nichtigkeitsfolge belegt (sog. *nullités textuelles*),³⁴¹ handelt es sich im Übrigen um ungeschriebene Nichtigkeitsgründe, welche gemäß Art. 171, 802 CPP die Missachtung einer „wesentlichen Förmlichkeit“ (*formalité substantielle*) – nicht einer „bloßen Formalität“ (*règle de pure forme*) – voraussetzen (sog. *nullités substantielles/virtuelles*). Die vormals wichtige Unterscheidung zwischen geschriebenen und ungeschriebenen Nichtigkeitsgründen ist heute kaum mehr von Belang, da der Betroffene seit 1993 grundsätzlich bei beiden Arten von Nichtigkeitsgründen eine Beschwer (*grief*) in Form einer Verletzung seiner Interessen nachweisen muss (*atteinte aux intérêts de la partie concernée*, Art. 171, 802 CPP).³⁴²

³³⁸ Da der Ausschluss bzw. die Annullierung rechtswidrig erlangter Beweise mitunter de facto die einzige Möglichkeit für den Betroffenen darstellt, Verstöße gegen freiheitsschützende Garantien vor Gericht effektiv zu rügen, ist die Einbeziehung der Beweisverwertungsthematik für die Beurteilung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten unabdingbar.

³³⁹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 566.

³⁴⁰ *Crim.* 5.5.1997, *Bull.* n° 166; 20.6.1996, *Bull.* n° 270; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 198, 2007.

³⁴¹ Im Flagranzverfahren normiert etwa Art. 59 Abs. 2 CPP für den Bereich der Hausdurchsuchungen eine *nullité textuelle* bei Verletzung der in Art. 56, 56-1, 57 und 59 Abs. 1 CPP vorgeschriebenen Förmlichkeiten („[...] sont prescrites à peine de nullité“).

³⁴² *Delage*, *APC* 28 (2006), 135, Fn. 12 m.w.N. Vor dem Gesetz vom 24.8.1993 war die Unterscheidung hingegen von zentraler Bedeutung, da nur die ungeschriebenen Nichtig-

Die Rechtsprechung hat allerdings im Wege richterlicher Rechtsfortbildung zwei Erleichterungen zugunsten des Betroffenen entwickelt: Einerseits werden bestimmte Vorschriften betreffend Organisation, Zuständigkeit und Zusammensetzung der Gerichte bzw. Strafverfolgungsbehörden als so wesentlich angesehen, dass deren Verletzung ausnahmsweise auch unabhängig von einer Beschwer gerügt werden kann, da mit ihnen nicht die privaten Interessen des Verdächtigen, sondern übergeordnete Grundsätze der guten Justizverwaltung (*bonne administration de la justice*) geschützt werden (sog. *nullités d'ordre public*).³⁴³ Das in Art. 171, 802 CPP formulierte Erfordernis einer Beschwer gilt mithin nur für die quantitativ ungleich häufigeren *nullités d'ordre privé*, also für Verfahrensfehler, deren Sanktionierung nicht im öffentlichen Interesse der Justiz, sondern vorrangig im Interesse des Betroffenen liegt.³⁴⁴ Andererseits verzichtet die Cour de cassation selbst hier bei bestimmten, typischerweise besonders gravierenden Verstößen auf den konkreten Nachweis einer Beschwer, weil die Interessen der Person hierdurch notwendigerweise verletzt werden („[...] porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne“).³⁴⁵ Die Unterschiede zwischen beiden Figuren sind im Ergebnis marginal,³⁴⁶ verzichtet die Rechtsprechung doch in beiden Fällen auf den nach der gesetzgeberischen Konzeption eigentlich erforderlichen Nachweis der Beschwer. Die zur Klärung der konkreten Anforderungen an die Beschwer erforderliche dogmatische Einordnung des Nichtigkeitsgrundes wird im Schrifttum wegen des kasuistischen Ansatzes der Rechtsprechung als unübersichtlich und wenig vorhersehbar kritisiert.³⁴⁷

Im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Geltendmachung des Einwands der Nichtigkeit ist zu differenzieren: Findet eine gerichtliche Voruntersuchung statt, so sieht das Gesetz mit der Nichtigkeitsklage (*requête en annulation*) einen eigenständigen Rechtsbehelf zur Untersuchungskammer vor, die binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt der förmlichen Beschuldigung und spätestens einen bzw. drei Mo-

nantsgründe dem zusätzlichen Erfordernis einer Beschwer unterworfen waren, vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2010, 2018. Immerhin folgt aus der Normierung einer *nullité textuelle*, dass die Abgrenzung zwischen einer wesentlichen Förmlichkeit (*formalité substantielle*) und einer bloßen Formalität (*règle de pure forme*) hinfällig wird (Art. 802 CPP).

³⁴³ *Danet*, *AJ Pén.* 2005, 134, 136; *Leroy*, *Garde à vue*, in: *JCl.*, Rn. 205; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2022; siehe z.B. *Crim.* 14.10.2003, *Bull.* n° 187; 1.9.2005, *Bull.* n° 211.

³⁴⁴ Vgl. auch *Pfützner*, *Organisierte Kriminalität*, S. 174.

³⁴⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2021; z.B. *Crim.* 17.3.2004, *Bull.* n° 69.

³⁴⁶ *Nullités d'ordre public*: Unanwendbarkeit der Art. 171, 802 CPP und damit Entbehrlichkeit einer Beschwer; Theorie der notwendigerweise vorliegenden Beschwer (bei *nullités d'ordre privé*): Anwendbarkeit der Art. 171, 802 CPP, aber – wohl unwiderlegliche, siehe *Danet*, *AJ Pén.* 2005, 135; *Delage*, *APC* 28 (2006), 137 – Vermutung der Beschwer. Im Schrifttum werden beide Fälle teils gleichgestellt (siehe *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 859; *Delage*, *APC* 28 (2006), 137), was jedoch wegen der unterschiedlichen Konstruktion nicht überzeugt, siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2021 ff.; *Danet*, *AJ Pén.* 2005, 134 ff.; vgl. auch *Vergès*, *Proc. pén.*, Rn. 423 f.

³⁴⁷ *Danet*, *AJ Pén.* 2005, 137; *Vergès*, *Proc. pén.*, Rn. 425 ff.

nate nach der Ankündigung des Untersuchungsrichters, die gerichtliche Voruntersuchung abzuschließen, unter Angabe des konkreten Nichtigkeitsgrundes anzurufen ist (Art. 173-1, 175 CPP). Das Verfahren vor der Untersuchungskammer (*contentieux de l'annulation*) ist Gegenstand einer detaillierten gesetzlichen Regelung (siehe insb. Art. 170 bis 174-1, 175, 206 und 223-1 CPP).³⁴⁸ Läuft die Präklusionsfrist (*délai de forclusion*) ungenutzt ab bzw. wird die gerichtliche Voruntersuchung beendet, ohne dass die Untersuchungskammer eine Annullierung ausgesprochen hat, so präkludieren grundsätzlich sämtliche bisher – auch im Vorfeld der *instruction*, also im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens – entstandenen Nichtigkeitsgründe.³⁴⁹ Ging der Anklageerhebung hingegen keine gerichtliche Voruntersuchung voraus, so findet keine gesonderte Nichtigkeitsklage statt, sondern der konkret zu bezeichnende Nichtigkeitseinwand (*exception de nullité*) ist unmittelbar vor dem Prozessgericht zu Beginn der Verhandlung – also noch vor der eigentlichen Verteidigung in der Sache – zu erheben (Art. 385 Abs. 6 CPP).³⁵⁰ Eine verspätete Geltendmachung führt auch hier zur Präklusion,³⁵¹ die sämtliche Nichtigkeitsgründe, auch *nullités d'ordre public* erfasst, mit Ausnahme von Fehlern im Zusammenhang mit der Gerichtszuständigkeit (*compétence juridictionnelle*).³⁵² Etwaige Unregelmäßigkeiten bei der Beweiserhebung können jedoch nach allgemeinen Grundsätzen auch im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigt werden.³⁵³

Wird dem Annullierungsbegehren stattgegeben, so bezieht sich die mit der Feststellung der Nichtigkeit bewirkte Unverwertbarkeit grundsätzlich auf sämtliche mit der konkreten Maßnahme gewonnenen Beweiselemente (*nullité totale*). Die im Wege einer fehlerhaften Vernehmung gewonnenen Aussagen sind als Beweismittel im weiteren Verfahren mithin ebenso ausgeschlossen wie die im Rahmen einer unrechtmäßigen Beschlagnahme erlangten Gegenstände.³⁵⁴ Lässt sich die fehlerhafte Maßnahme hingegen in rechtmäßige und rechtswidrige Phasen aufgliedern, weil etwa der Verfahrensfehler erst nachträglich entstanden ist (z.B. Überschreitung der zulässigen Höchstdauer) oder der Verstoß umgekehrt im weiteren Verlauf der

³⁴⁸ *Guerrin*, in: Donier/Lapérou-Schneider (Hrsg.), *Accès au juge*, S. 613–615; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1986 ff., 2045 ff.; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 784 ff.

³⁴⁹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1986, 1988.

³⁵⁰ Ebda.; *Danet*, *AJ Pén.* 2005, 138; *Guerrin*, in: Donier/Lapérou-Schneider (Hrsg.), *Accès au juge*, S. 612; missverständlich insoweit *Pfützner*, *Organisierte Kriminalität*, S. 15 und *Witzack*, *Vollzugspolizei*, S. 296.

³⁵¹ *Crim.* 19.9.1994, *Bull.* n° 298; 29.3.1995, *Bull.* n° 137; 13.2.2013, n° 12-84.311.

³⁵² So ausdrücklich *Crim.* 14.3.2012, n° 11-85.827; vgl. auch bereits *Crim.* 6.7.1993, *Bull.* n° 243; siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 3154 ff. m.w.N.; krit. *Alix*, *D.* 2011, 1704.

³⁵³ *Lesclous*, *Dr. pén.* 2014, *Chronique* n° 8, Rn. 35 m.w.N.

³⁵⁴ Vgl. zur Wirkung der Nichtigkeiterklärung Art. 174 Abs. 3 CPP, wonach die annullierten Beweisstücke und Verfahrenshandlungen aus der Verfahrensakte zu entfernen sind und nicht mehr zulasten der Person verwendet werden dürfen.

Maßnahme entfallen ist bzw. geheilt wurde (z.B. Nachholung zunächst unterlassener Belehrungen), so kommt – nach gerichtlichem Ermessen – eine Beschränkung der Annullierung auf die konkret von dem Verstoß betroffenen Abschnitte in Betracht (*nullité partielle*, Art. 174 Abs. 2 CPP).³⁵⁵

Während Einigkeit darüber herrscht, dass Verfahrenshandlungen, die im Vorfeld der rechtswidrigen Maßnahme durchgeführt wurden, von der Annullierung unberührt bleiben, bereitet die Beurteilung der Frage, inwieweit spätere Maßnahmen – etwa die förmliche Beschuldigung, die Anordnung der *détention provisoire* oder die Erhebung weiterer Beweise – von der Nichtigkeit miterfasst werden (*annulation par voie de conséquence*), im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten.³⁵⁶ Das Gesetz gesteht den Gerichten auch insoweit einen relativ weiten Ermessensspielraum zu, da es ihnen ausdrücklich die Entscheidung darüber anheimstellt, die Nichtigkeit auf die fehlerhafte Verfahrenshandlung zu beschränken oder auf das spätere Verfahren zu erstrecken (Art. 174 Abs. 2 CPP). Die höchstrichterliche Rechtsprechung fordert für eine entsprechende Fernwirkung, dass die rechtswidrige Verfahrenshandlung für die spätere Maßnahme die notwendige bzw. ausschließliche Grundlage dargestellt hat (*théorie du support nécessaire*). Die Anwendung dieses Kriteriums hat zu einer umfangreichen Kasuistik geführt, die sich einer Systematisierung weitgehend entzieht.³⁵⁷ Immerhin scheint festzustehen, dass die Ausdehnung der Wirkungen der Nichtigkeit auf Folgemaßnahmen ausscheidet, sofern diese zumindest auch auf reguläre Verfahrenselemente gestützt werden können.³⁵⁸

bb) Sonstige prozessuale Folgen von Verfahrensmängeln

(1) Redlichkeitsprinzip (*principe de loyauté des preuves*)

Über die aus dem *principe de légalité* folgende Möglichkeit einer Annullierung gesetzwidriger Verfahrenshandlungen hinaus ist die Verwertbarkeit von Beweisen auch im Fall einer Verletzung des Redlichkeitsprinzips (*principe de loyauté*) ausgeschlossen. Dieses in der Rechtsprechung entwickelte Konzept, dessen exakte dogmatische Einordnung Schwierigkeiten bereitet,³⁵⁹ verbietet die gerichtliche Berücksichtigung von Beweisen, die zwar nicht unbedingt auf formal gesetzwidrige, jedenfalls aber auf treuwidrige Art und Weise, namentlich durch den Einsatz unzulässiger List (*artifices ou stratagèmes*) zustande gekommen sind. Potenzielle Anwendungsfälle sind neben der polizeilichen Anstiftung zu einer Straftat (*agent provocateur*) insbesondere solche Manöver, die auf eine Umgehung der gesetzlichen

³⁵⁵ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2067 ff.

³⁵⁶ A.a.O., Rn. 2071 ff.

³⁵⁷ Vgl. im Einzelnen a.a.O., Rn. 2072, 2074.

³⁵⁸ Crim. 4.10.1994, Bull. n° 145; Danet, *AJ Pén.* 2005, 138 f.

³⁵⁹ Vgl. Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 569; Pradel, *Proc. pén.*, Rn. 413; Vlamynck, *AJ Pén.* 2014, 325.

Vernehmungsregelungen zielen (z.B. Vorschieben von Privatpersonen zur Aushorchung, Abhörfallen, verdeckte Tonbandaufzeichnungen, nachträgliche Protokollierung inoffizieller Gespräche, die außerhalb der eigentlichen Vernehmung geführt werden).³⁶⁰ Eigenständige Bedeutung hat das *principe de loyauté* im Grunde nur dort, wo die Unredlichkeit sich nicht zugleich in einem spezielleren – und damit annullierungsfähigen – Gesetzes- bzw. Konventionsverstoß manifestiert.³⁶¹ Die Cour de cassation gibt Nichtigkeitsbegehren allerdings auch bei Verstößen gegen *nicht* gesetzlich konkretisierte Ausprägungen des Redlichkeitsprinzips statt.³⁶² Das Schrifttum dagegen erörtert Redlichkeitsprinzip und Nichtigkeitsregime zumeist losgelöst voneinander, ohne dabei der Frage nach dem Verhältnis der beiden Institute nachzugehen.³⁶³

(2) Bekräftigungsprinzip (*principe de corroboration*)

Der Beweiswert bestimmter Erklärungen kann aufgrund der Umstände ihres Zustandekommens auch unabhängig von der Rechtmäßigkeit und Redlichkeit der zugrunde liegenden Ermittlungsmaßnahme zweifelhaft sein. In entsprechenden Fällen, denen häufig dahingehende Vorgaben aus der Rechtsprechung des EGMR zugrunde liegen,³⁶⁴ ordnet das Gesetz unter Einschränkung des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung ausdrücklich an, dass eine Person nicht auf alleiniger Grundlage solcher als prekär eingestufte Erklärungen verurteilt werden darf (*principe de corroboration*).³⁶⁵ Dies gilt etwa für anonyme Zeugenaussagen (Art. 706-62 CPP), Aussagen verdeckter Ermittler, deren Identität nicht preisgegeben wird (Art. 706-87 CPP), Aussagen, die im Zusammenhang mit einem strafbefreienden Rücktritt, in tätiger Reue oder als Kronzeuge abgegeben wurden (Art. 132-78 Abs. 4 CP) sowie – seit 2011 – für Erklärungen eines Verdächtigen, die ohne die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Beistands eines Verteidigers abgegeben wurden (Art. préI. III Abs. 7 CPP).³⁶⁶

³⁶⁰ Z.B. Crim. 27.2.1996, Bull. n° 93; 12.2.1052, Bull. n° 153; 3.4.2007, Bull. n° 102; Crim. 7.1.2014, Bull. n° 1, wo das *principe de loyauté* als Ausprägung von Art. 6 EMRK und von Art. préI. CPP eingeordnet wird; *Danet*, RSC 2014, 130; *Chavent-Leclère*, Procédures 2014, Comm. n° 83. Krit. zu Kohärenz und Konsistenz der höchstrichterlichen Kasuistik *Renucci*, RSC 2014, 843.

³⁶¹ Zur Abgrenzung *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 570 a.E. Vgl. auch Crim. 7.1.2014, Bull. n° 1, wo ein Verstoß angenommen wurde, obwohl die fragliche Abhörmaßnahme (*sonorisation*) formal von der einfachgesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in Art. 706-96 ff. CPP gedeckt war, *Vlamynck*, AJ Pén. 2014, 194.

³⁶² Vgl. etwa Crim. 3.4.2007, Bull. n° 102.

³⁶³ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 566 ff.; 2012; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 413 ff.; 782; *Pfefferkorn*, Einführung, S. 65 ff., 175 ff.

³⁶⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 634.

³⁶⁵ Zum Begriff *Pradel*, Proc. pén., Rn. 854.

³⁶⁶ Die Regelungstechnik ist im Hinblick auf die Rechtsfolge stets gleich: „Aucune condamnation ne peut être prononcée sur le seul fondement des déclarations faites [...].“

Die zuletzt genannte Regelung ist insofern bemerkenswert, als dem Verdächtigen während des polizeilichen Ermittlungsverfahrens gegenwärtig nur im Rahmen der *garde à vue* und – seit dem 1.1.2015 – der *audition libre* die Möglichkeit der Hinzuziehung eines anwaltlichen Beistands eröffnet ist. Anders als im Fall einer Nichtigkeit oder einer Verletzung des Redlichkeitsprinzips sind die Erklärungen in den im Gesetz benannten Fällen nicht unverwertbar, sondern es ist dem Gericht lediglich versagt, die Verurteilung³⁶⁷ allein (*seul*) auf die fraglichen Aussagen zu stützen.³⁶⁸ Stehen also zusätzliche Beweiselemente zur Verfügung, die den Schuldanspruch mittragen (*corroborer*), so bleibt die Verurteilung möglich. Ausweislich Ziff. IV.2.3 des Circulaire vom 23.5.2011 zu Art. préI. III Abs. 7 CPP soll der Regelung keinerlei Fernwirkung im Hinblick auf Beweise zukommen, die dank der entsprechenden Erklärungen gewonnen werden, selbst dann nicht, wenn diese neben den fraglichen Aussagen die einzigen anderen die Verurteilung mittragenden Elemente bilden. Allerdings stellt das Rundschreiben ebenfalls klar, dass auch im Fall des Hinzutretens weiterer Beweiselemente eine Verurteilung unter Berücksichtigung der bemakelten Erklärungen nur dann zulässig ist, wenn den anderen Beweiselementen maßgebliches Gewicht beikommt: Damit die Vorschrift nicht leerläuft, dürfen die selbstbelastenden Erklärungen nicht den Hauptgrund (*le principal fondement*) für die Verurteilung bilden. Entsprechend verlangt die – allerdings noch unmittelbar zu Art. 6 EMRK ergangene – Rechtsprechung, dass die Verurteilung weder ausschließlich noch hauptsächlich (*ni exclusivement, ni même essentielle-ment*) auf diese Erklärungen gestützt werden darf.³⁶⁹ Fraglich ist, ob die gesetzliche Beweiswertreduktion auch dann zu beachten ist, wenn die Aussage fehlerhaft zustande gekommen ist, weil etwa dem Beschuldigten die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Verteidigerbeistands auf unrechtmäßige oder unredliche Weise versagt wurde. Obwohl der insoweit nicht differenzierende Gesetzeswortlaut dies nahezu-legen scheint,³⁷⁰ wird teilweise von einem Vorrang des Nichtigkeitsverfahrens mit seinen Präklusionsvorschriften ausgegangen.³⁷¹

³⁶⁷ Ziff. IV.2.2 des Circulaire vom 23.5.2011 versieht diese Rechtsfolge allerdings insofern mit einer gewissen Antizipationswirkung, als sie dem Staatsanwalt aufgibt, in diesem Fall bereits die Anklageerhebung bzw. die weitere Verfolgung der Anklage vor Gericht zu unterlassen.

³⁶⁸ Vgl. Crim. 6.12.2011, Bull. n° 246; 14.3.2012, Bull. n° 73.

³⁶⁹ Crim. 21.3.2012, Bull. n° 78; siehe auch *Lesclous*, Dr. pén. 2012, Chronique n° 7, 40 m.w.N.

³⁷⁰ „En matière criminelle et correctionnelle, aucune condamnation ne peut être prononcée contre une personne sur le seul fondement de déclarations qu’elle a faites sans avoir pu s’entretenir avec un avocat et être assistée par lui.“

³⁷¹ So *Pradel*, Proc. pén., Rn. 546, Ziff. 4; a.A. *Danet*, AJ Pén. 2011, 334; so wohl auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 634.

(3) Strafabschlagslösung?

Eine Wiedergutmachung von Verfahrensmängeln durch Gewährung eines Strafabschlags im Fall der Verurteilung – etwa bei überlanger Verfahrensdauer, exzessiver Haftlänge oder sonstigen Verfahrensfehlern, die kein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen – ist im Gesetz nicht vorgesehen und wird auch von der Rechtsprechung nicht in Erwägung gezogen. Der Freilassungsanspruch bei der *détention provisoire* nach Art. 144-1 CPP und die Möglichkeit, bei schwerem Verschulden (*faute lourde*) oder Rechtsverweigerung (*déni de justice*) eine finanzielle Entschädigung wegen Justizmissständen (*fonctionnement défectueux de la justice*) nach Art. L. 141-1 COJ zu erhalten, werden insoweit als abschließende Regelungen angesehen.³⁷²

3. Strafprozessuales Sonderregime bei Schwerkriminalität

a) Überblick

Letzte – und unter der Fünften Republik einzige – Ausprägung der langen Tradition von Ausnahmegerichten für „Staatsfeinde“ bzw. politische Gegner³⁷³ war der anlässlich der Algerienkrise eingerichtete Staatssicherheitsgerichtshof (Cour de sûreté de l'Etat), der von 1963 bis 1981 Bestand hatte und speziell für die Verfolgung von Straftaten gegen die innere und äußere Staatsicherheit zuständig war.³⁷⁴ Dabei handelte es sich um eine echte Ausnahmegesetzgebung für die Verfolgung politischer, insbesondere terroristischer Straftaten, die vom herkömmlichen Straf(verfahrens)recht weitgehend abgekoppelt war (*législation d'exception*).³⁷⁵ Abgesehen von den bereits diskutierten missbräuchlichen Internierungen auf verwaltungsrechtlicher Grundlage (oben B.2.a.aa.) existierten im Bereich der strafatbezogenen Freiheitsentziehungen auch normative Sonderregelungen, die insbesondere das Recht der *garde à vue* betrafen.

Anfang der 1980er Jahre erfolgte mit der Abschaffung der Cour de sûreté de l'Etat eine Zäsur und rechtspolitische Kehrtwende hin zu der bis heute vorherrschenden *approche judiciaire*. Fortan sollten alle, auch schwerste Straftaten, prinzipiell nach einheitlichen Regeln beurteilt werden. Ausnahmegesetze werden seit

³⁷² *Mihman*, Juger à temps, Rn. 462 ff., 468; *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 469, 478 lit. b; vgl. auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 411, 417, 3688 ff.

³⁷³ *Lebreton*, Libertés, S. 238: „tradition républicaine“.

³⁷⁴ Zum Gesetz n° 63-23 vom 15.1.1963 über die Cour de sûreté de l'Etat siehe *Levasseur*, Gaz. Pal. 1963, 26 sowie *Vitu*, RSC 1964, 1; umfassend zur historischen Entwicklung seit dem Ancien Régime: *Kapp-Schwoerer*, Politischer Strafprozess, S. 34 ff. sowie *Lebreton*, Libertés, S. 237 ff.; speziell zur politischen Repression in den Jahren nach der Französischen Revolution *Carbasse*, Historie, Rn. 235 m.w.N.

³⁷⁵ Ein kompakter Überblick findet sich bei *Levasseur*, Gaz. Pal. 1963, 26; für eine auslandsrechtliche Untersuchung siehe *Kapp-Schwoerer*, Politischer Strafprozess.

her entschieden abgelehnt.³⁷⁶ Dies hat den Gesetzgeber allerdings nicht gehindert, bereits Mitte der 1980er Jahre ein eigenes Kapitel mit prozessualen Sonderregelungen speziell für die Verfolgung terroristischer Straftaten (*actes de terrorisme*, siehe Art. 706-16 CPP i.V.m. Art. 421-1 ff. CP) in den CPP einzufügen,³⁷⁷ denen später weitere Spezialkapitel für bestimmte Straftaten bzw. Delinquenzbereiche folgten (insb. Betäubungsmittelkriminalität, Art. 706-26 ff. CPP).³⁷⁸

Höhepunkt der Entwicklung dieser *législation dérogatoire* war die Loi Perben II aus dem Jahr 2004.³⁷⁹ Mit dieser wohl umfassendsten Reform des Strafverfahrens seit Erlass des CPP wurden die bis dato punktuell gehaltenen Sonderregeln auf sämtliche Straftaten ausgedehnt, die der Gesetzgeber im Straftatenkatalog des Art. 706-73 CPP der „organisierten Kriminalität“ zuordnet (Titel XXV: *De la procédure applicable à la criminalité et à la délinquance organisée*).³⁸⁰ Der anfänglich auf 15 Deliktstypen beschränkte Katalog umfasst in seiner gegenwärtigen Ausgestaltung 20 Straftatbestände:

- Nr. 1: Verbrechen des Totschlags in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. 221-4 Nr. 8 CP;
- Nr. 2: Verbrechen der Folter und der brutalen Misshandlung in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. 222-4 CP;
- Nr. 3: Verbrechen und Vergehen des Handels mit Betäubungsmitteln gemäß Art. 222-34 bis 222-40 CP;
- Nr. 4: Verbrechen und Vergehen der Entführung und Freiheitsberaubung in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. 224-5-2 CP;

³⁷⁶ Vgl. Gouvernement français, *La France face au terrorisme*, S. 6, 53.

³⁷⁷ Zur Einführung der strafprozessualen Sondervorschriften in Art. 706-16 ff. CPP durch Gesetz n° 86-1020 vom 9.9.1986 siehe *Pradel*, D. 1987, Chronique IX; zum Vorbildcharakter der terroristischen Sonderbestimmungen für die späteren Erweiterungen des *régime dérogatoire* siehe *Thibaud*, *Législation antiterroriste*, S. 2; *Robert*, in: *Cour de cassation* (Hrsg.), *Quête de cohérence*, S. 53 f.; *Lazerges*, RSC 2003, 649 ff. sieht darin eine Wiederauferstehung der Zweigleisigkeit, mit der man durch die Abschaffung der *Cour de sûreté de l'Etat* eigentlich brechen wollte.

³⁷⁸ Gesetz n° 92-1336 vom 16.12.1992.

³⁷⁹ Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004.

³⁸⁰ Die subsidiäre Generalklausel des Art. 706-74 CPP sieht eine (potenzielle) Erweiterung des Anwendungsbereichs der Sonderregelungen des XXV. Titels auf Verbrechen und Vergehen in der Begehungsform der organisierten Bande vor, die nicht in Art. 706-73 CPP genannt sind (Nr. 1) sowie auf Vergehen der kriminellen Vereinigung gemäß Art. 450-1 Abs. 2 CP, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 706-73 Nr. 15 CPP liegen (Nr. 2). Voraussetzung ist allerdings, dass die jeweilige Sonderregelung explizit ihre Anwendbarkeit auf die in Art. 707-74 CPP geregelten Straftaten bestimmt. Da eine entsprechende gesetzliche Anordnung bei den abweichenden Sondervorschriften über Freiheitsentziehungen fehlt, spielt die Generalklausel des Art. 706-74 CPP im Haftrecht gegenwärtig keine Rolle (vgl. insb. Art. 706-88 CPP über die *garde à vue*). Vgl. zu ihrer beschränkten Bedeutung auch *Circulaire CRIM 04-13 G1* vom 2.9.2004.

- Nr. 5: Verbrechen und Vergehen des Menschenhandels unter erschwerten Umständen gemäß Art. 225-4-2 bis 225-4-7 CP;
- Nr. 6: Verbrechen und Vergehen der Zuhälterei unter erschwerten Umständen gemäß Art. 225-7 bis 225-12 CP;
- Nr. 7: Verbrechen des Diebstahls in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. 311-9 CP;³⁸¹
- Nr. 8: Verbrechen der Erpressung unter erschwerten Umständen gemäß Art. 312-6 und 312-7 CP;
- Nr. 9: Verbrechen der Zerstörung, Beschädigung und Verunstaltung einer Sache in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. 322-8 CP;
- Nr. 10: Verbrechen im Bereich des Falschgeldes gemäß Art. 442-1, 442-2 CP;
- Nr. 11: Verbrechen und Vergehen terroristischer Handlungen gemäß Art. 421-1 bis 421-6 CP;³⁸²
- Nr. 12: Vergehen im Bereich der Waffen und der explosiven Substanzen in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. L. 2339-2, L. 2339-3, L. 2339-10, L. 2341-4, L. 2353-4 und L. 2353-5 Code de la défense sowie – seit 2012 – gemäß Art. L. 317-2, L. 317-4 und L. 317-7 CSI;³⁸³
- Nr. 13: Vergehen der Hilfe zur unrechtmäßigen Einreise, zum unrechtmäßigen Personenverkehr und zum unrechtmäßigen Aufenthalt eines Ausländers in Frankreich in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. 21 Abs. 4 der Verordnung Nr. 45-2658 vom 2.11.1945 über die Bedingungen der Einreise und des Aufenthalts von Ausländern in Frankreich;
- Nr. 14: Vergehen der Geldwäsche gemäß Art. 324-1 und 324-2 CP oder der Hehlerierei gemäß Art. 321-1 und 321-2 CP im Hinblick auf Erträge, Einkünfte und Sachen, die aus den in Nr. 1 bis 13 genannten Straftaten stammen;
- Nr. 15: Vergehen der kriminellen Vereinigung gemäß Art. 450-1 CP, wenn sie die Vorbereitung einer der in Nr. 1 bis 14 und 17 genannten Straftaten zum Gegenstand haben;
- Nr. 16: Vergehen des fehlenden Nachweises der dem eigenen Lebensstandard entsprechenden Einkünfte gemäß Art. 321-6-1 CP, wenn sie in Beziehung zu einer der in Nr. 1 bis 15 und 17 genannten Straftatbestände stehen;³⁸⁴

³⁸¹ Nach C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC bedarf diese Katalogtat einer verfassungskonform-einschränkenden Auslegung (Erfordernis einer Feststellung der besonderen Schwere der Tat im Einzelfall).

³⁸² Zur zunehmenden Ausweitung des Kreises der in Art. 421-1 bis 421-6 CP definierten *actes de terrorisme* siehe oben A.3.b.aa.

³⁸³ Die Aufnahme der Tatbestände des Code de la sécurité intérieure erfolgte nachträglich mit der Ordonnance n° 2012-351 vom 12.3.2012.

³⁸⁴ Nachträglich eingefügt mit Gesetz n° 2006-64 vom 23.1.2006.

- Nr. 17: Verbrechen der Entführung eines Flugzeugs, Schiffs oder eines jeglichen anderen Transportmittels in der Begehungsform der organisierten Bande gemäß Art. 224-6-1 CP,³⁸⁵
- Nr. 18: Verbrechen und mit einer Mindesthöchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Vergehen, die zur Verbreitung von Massenzerstörungswaffen und ihrer Träger beitragen und im Anwendungsbereich des Art. 706-167 CPP liegen.³⁸⁶
- Nr. 19: Vergehen des Betriebs eines Bergwerks oder der Verfügung über eine genehmigungspflichtige Substanz ohne Betriebserlaubnis oder Genehmigung, verbunden mit Umweltbeeinträchtigungen, in der Begehungsform der organisierten Bande, gemäß Art. L. 512-2 Code minier, wenn die Tat in Zusammenhang mit einem der in Nr. 1 bis 17 genannten Straftatbestände steht;³⁸⁷
- Nr. 20: Vergehen der Verschleierung von Tätigkeiten oder Arbeitnehmern, des Einsatzes von Personen, die der Schwarzarbeit nachgehen, des Feilschens um Arbeitskräfte, der illegalen Leiharbeit und der Anstellung von Ausländern ohne Arbeitserlaubnis gemäß Art. L. 8221-1 Nr. 1 und 3 und gemäß Artikel L. 8221-3, L. 8221-5, L. 8224-1, L. 8224-2, L. 8231-1, L. 8234-1, L. 8234-2, L. 8241-1, L. 8243-1, L. 8243-2, L. 8251-1 und L. 8256-2 Code du travail.³⁸⁸

Die Sonderregelungen sehen nicht nur abweichend-konkurrierende örtliche und sachliche Zuständigkeiten zugunsten spezialisierter Staatsanwälte, Untersuchungsrichter und Gerichtsformationen – teils unter Ausschluss von Laienrichtern – vor (Art. 706-75 ff. CPP; für *actes de terrorisme* verbleibt es bei der konkurrierenden Sonderzuständigkeitsordnung nach Art. 706-17 ff. CPP), sondern gewähren den Strafverfolgern auch erweiterte Ermittlungsbefugnisse (Art. 706-80 ff. CPP) und normieren insbesondere einschneidende Verschärfungen für die Polizeihaft (Art. 706-88 f. CPP).

b) Anwendungsbereich, Regelungstechnik und Inhalt

Angesichts des weiten Anwendungsbereichs und der Reichweite der Sonderregelungen beklagt das Schrifttum die Entstehung einer *procédure pénale bis*, also einer Parallelverfahrensordnung für besonders schwere oder komplexe Straftaten,

³⁸⁵ Nachträglich eingefügt mit Gesetz n° 2011-13 vom 5.1.2011.

³⁸⁶ Nachträglich eingefügt mit Gesetz n° 2011-266 vom 14.3.2011. Der darin in Bezug genommene Art. 706-167 CPP wurde gleichzeitig geschaffen und beinhaltet prozessuale Sondervorschriften für Straftaten bezüglich der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen und ihrer Träger. Die Vorschrift enthält ihrerseits einen Straftatenkatalog, der gegenwärtig sieben Tatbestände umfasst, die dem CP, dem Code de la défense sowie dem Code des douanes entstammen.

³⁸⁷ Nachträglich eingefügt mit Gesetz n° 2013-1029 vom 15.11.2013.

³⁸⁸ Nachträglich eingefügt mit Gesetz n° 2014-790 vom 10.7.2014.

die als Ausdruck eines staatlichen „Sicherheitsexzesses“ (*dérive sécuritaire*) kritisiert wird.³⁸⁹ Hatten bereits die sukzessiven Erweiterungen des Vierten Buchs des CPP um immer neue Spezialvorschriften für besondere Verfahrensarten ab Mitte der 1980er Jahre zu einer Fragmentierung des Strafprozessrechts geführt,³⁹⁰ so existiert nunmehr anstelle der punktuellen Sonderregeln ein „Allgemeiner Teil“ für „*criminalité et délinquance organisées*“ im XXV. Titel des CPP.³⁹¹ Diese und weitere im Gesetz verstreute Spezialvorschriften formulieren insbesondere für strafprozessuale Freiheitsentziehungen einschneidende Verschärfungen.

Anders als es die gesetzliche Nomenklatur vermuten lässt, werden vom XXV. Titel des CPP nicht nur Erscheinungsformen der „organisierten Kriminalität“ erfasst. Denn bei allem Streit, der sich um die begriffliche Erfassung dieses Phänomens entzündet, scheint zumindest ein Konsens darüber zu herrschen, dass es stets eines kollektiven Vorgehens bedarf, also eines wie auch immer gearteten Zusammenwirkens einer Personenmehrheit, das der Kriminalität einen Gruppencharakter im Sinne einer „Organisation“ verleiht.³⁹² Bereits am Erfordernis einer zwingenden Beteiligtenpluralität fehlt es jedoch bei einigen vom Anwendungsbereich des XXV. Titels erfassten Straftaten: Zwar stellt die überwiegende Zahl der in Art. 706-73 CPP aufgeführten Delikte ebenso wie die Generalklausel in Art. 706-74 CPP explizit auf den erschwerenden Umstand (*circonstance aggravante*) der Begehungsform der organisierten Bande (*commis en bande organisée*, Art. 706-73 Abs. 1 Nr. 1, 2, 4, 7, 9, 12, 13, 17, Art. 706-74 Nr. 1 CPP)³⁹³ oder aber auf einen Tatbestand der kriminellen Vereinigung (*association de malfaiteurs*, Art. 706-73 Nr. 15, Art. 703-74 Nr. 2 CPP)³⁹⁴ ab. Beide Tatbestände fordern alternativ die Bildung einer Gruppe (*groupement formé*) oder das Vorliegen einer Absprache (*entente établie*) – es handelt sich also per Definition um Straftaten mit Beteiligtenpluralität. In Art. 706-73 Abs. 1 Nr. 3, 5, 8, 10, 11, 14, 16 und 18 CPP fehlt hingegen – offenbar bewusst – eine entsprechende Kollektivklausel.³⁹⁵

³⁸⁹ *Lazerges*, RSC 2003, 644 ff., 649; *Fourment*, Proc. pén., Rn. 262.

³⁹⁰ *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 32 ff.

³⁹¹ *Thibaud*, Législation antiterroriste, S. 2: „un véritable droit commun de la criminalité organisée“; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 25 (m.w.N.): „morcellement de la procédure pénale“.

³⁹² Zum Begriff siehe *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 39 ff.

³⁹³ Art. 132-71 CP definiert den Begriff der organisierten Bande als „tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d’une ou de plusieurs infractions“.

³⁹⁴ Gemäß Art. 450-1 CP handelt es sich in der Grundform um Folgendes: „tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d’un ou plusieurs crimes ou d’un ou plusieurs délits punis d’au moins cinq ans d’emprisonnement“.

³⁹⁵ Unklar *Lazerges*, RSC 2003, 652, die in der Begehungsform der *bande organisée* das einzige gemeinsame Merkmal der in Art. 706-73 f. CPP genannten Straftaten identifiziert.

Bei den darin zum Teil recht pauschal in Bezug genommenen Straftatbeständen des CP mag es sich zwar mitunter um Deliktsbereiche handeln, die klassischerweise mit der organisierten Kriminalität assoziiert werden.³⁹⁶ Es sind jedoch auch Begehungsmodalitäten erfasst, die mangels Gruppencharakters keinerlei Beziehung zur organisierten Kriminalität aufweisen bzw. aufweisen müssen.³⁹⁷

Der C. const. sieht die Rechtfertigung der in dem Sonderregime liegenden Ungleichbehandlung denn auch weniger in dem organisierten Charakter als vielmehr in der Schwere und Komplexität der in Art. 706-73 und 706-74 CPP bezeichneten Straftaten.³⁹⁸ Für die haftspezifischen Sonderregelungen in Art. 706-88 CPP gelten jedoch strengere verfassungsrechtliche Anforderungen: Der C. const. erachtet die Anknüpfung der Spezialvorschriften über die *garde à vue* (Art. 706-88 CPP) an Wirtschaftsstraftaten, die weder Sicherheit noch Würde oder Leben von Personen schützen, als unverhältnismäßig.³⁹⁹ Obwohl der mit Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014 eingefügte Abs. 9 die Anwendbarkeit von Art. 706-88 CPP beim Vergehen des organisierten Betrugs (*escroquerie en bande organisée*, Art. 706-73 Nr. 8bis CPP) vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig gemacht hatte, stellten die Verfassungsrichter aus diesem Grund auch die Verfassungswidrigkeit von Art. 706-73 Nr. 8bis CPP fest.⁴⁰⁰

Die mit dem Nebeneinander von allgemeinem Strafverfahren und besonderem Strafverfahren einhergehende Komplexität und Unübersichtlichkeit wird dadurch noch verstärkt, dass die besonderen Verfahrensregelungen für Terrorismus (Art. 706-16 ff. CPP),⁴⁰¹ Betäubungsmittelhandel (Art. 706-26 ff. CPP) und Zuhälterei (Art. 706-34 ff. CPP) fortbestehen und kumulativ zur Anwendung kommen können (Art. 706-73 Abs. 2 CPP).⁴⁰² Darüber hinaus finden sich teilweise auch in den allgemeinen Regelungen zum Ermittlungsverfahren im Ersten Buch des CPP

³⁹⁶ Pfützner, Organisierte Kriminalität, S. 63.

³⁹⁷ Vergès, AJ Pén. 2004, 181.

³⁹⁸ C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC; zur verfassungsgerichtlichen Kontrolle der Gesetzgebung zu organisierter Kriminalität und Terrorismus Thibaud, Législation antiterroriste, S. 3 ff.

³⁹⁹ C. const. 4.12.2013, n° 2013-679 DC, §§ 76 f.: Verfassungswidrigkeit der in der Loi relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (Gesetz n° 2013-1117 vom 6.12.2013) ursprünglich vorgesehenen Eröffnung des Anwendungsbereichs von Art. 706-88 CPP bei Verdacht auf entsprechende Straftaten.

⁴⁰⁰ C. const. 9.10.2014, n° 2014-420/421 QPC; Maron/Haas, Dr. pén. 2014, Comm. n° 142; Perrier, AJ Pén. 2014, 574.

⁴⁰¹ Zur zunehmenden Ausdehnung des Kreises der in Art. 421-1 bis 421-6 CP definieren „actes de terrorisme“ siehe oben A.3.b.aa.; im Hinblick auf die damit verbundene Ausuferung des strafprozessualen *régime dérogatoire* krit. Rouidi, AJ Pén. 2014, 555.

⁴⁰² Vgl. zu Kohärenzproblemen, Verfahrensüberschneidungen und Lücken auch die Analyse von Pfützner, Organisierte Kriminalität, S. 67 ff.; krit. auch Guinchard/Buisson, Proc. pén.⁶, Rn. 768, 978. Besonders deutliche Worte („effet pervers“) wählt Vergès, Dr. pén. 2014, Etude n° 15, Rn. 12 (siehe bereits oben 1.a.cc.).

abweichende Spezialvorschriften für alle bzw. bestimmte der in Art. 706-73 CPP aufgeführten Straftaten.⁴⁰³

Um der soeben erörterten Rechtsprechung des C. const. Rechnung zu tragen, waren weitere gesetzgeberische Verrenkungen erforderlich. So erklären nunmehr die in dem Spezialkapitel für die Verfolgung von Wirtschafts- und Finanzstraftaten (*Titre 13: De la procédure applicable aux infractions en matière économique et financière*, Art. 704 ff. CPP) normierten Art. 706-1 ff. CPP (betreffend Straftaten aus dem Bereich des geistigen Eigentums, Steuerdelikte und Korruptionsstraftaten) bestimmte der in Art. 706-80 ff. CPP geregelten Sondervorschriften, die im Rahmen der Bekämpfung von organisierter Kriminalität erweiterte Ermittlungsbefugnisse gewähren (Art. 706-80 bis 87, 706-95 bis 103, 706-105 bis 106), auch außerhalb der Straftatenkataloge der Art. 706-73, 706-74 CPP für anwendbar. Das in Art. 706-88 und 706-88-1 CPP normierte Sonderregime der *garde à vue* ist von dieser Verweisung allerdings ausgenommen. Nicht weniger innovativ ist die mit Gesetz n° 2014-790 vom 10.7.2014 in dem neu eingefügten Abs. 10 von Art. 706-88 CPP angewandte Regelungstechnik. Er besagt, dass die in diesem Artikel vorgesehenen Sondervorschriften für die Polizeihaft hinsichtlich der in Art. 706-73 Nr. 20 CPP genannten Vergehen *nicht* anwendbar sind.

Die haftspezifischen Sonderregelungen für schwere bzw. komplexe Straftaten verzichten zwar auf die Schaffung spezieller Festhalteinstitute *sui generis* und modifizieren lediglich die allgemeinen Regeln. Dabei bewirken sie – und die an anderer Stelle im CPP vorgesehenen Sonderregelungen für bestimmte Straftaten – jedoch nicht nur eine Steigerung der Eingriffsintensität gegenüber den herkömmlichen Bestimmungen, sondern bilden zugleich die Grundlage für eine Verkürzung verfahrensrechtlicher Absicherungen: Abweichende Vorgaben zur Höchstdauer der Freiheitsentziehung enthalten die Art. 706-88 f. CPP für die *garde à vue* und Art. 145-1 Abs. 2 Satz 3, 145-2 Abs. 2 Satz 3 CPP für die *détention provisoire*. Einschränkungen prozessualer Sicherungen formulieren die Art. 706-88 Abs. 6–8 CPP (Anwaltszugang bei *garde à vue*)⁴⁰⁴ sowie Art. 145 Abs. 6 Satz 3, 199 Abs. 2 Satz 2, 221-3 I Abs. 3 Satz 2 CPP (Öffentlichkeit der Verhandlung bei Verhandlungsterminen im Zusammenhang mit der *détention provisoire*). Vom C. const. für verfassungswidrig befunden wurde dagegen der Ausschluss der audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung bei *garde à vue* und förmlicher Beschuldigung (Art. 64-1 Abs. 7, 116-1 Abs. 7 CPP a.F.)⁴⁰⁵ und die Einschränkung des freien Verteidigerwahlrechts in der *garde à vue* (ex-Art. 706-88-2 CPP).⁴⁰⁶

⁴⁰³ Art. 64-1 Abs. 7 CPP a.F., Art. 116-1 Abs. 7 CPP a.F., Art. 145-1 Abs. 2 Satz 3, 145-2 Abs. 2 Satz 3, 145 Abs. 6 Satz 3, 199 Abs. 2 Satz 2, 221-3 I Abs. 3 Satz 2 CPP.

⁴⁰⁴ Die Verfassungsmäßigkeit bejahend C. const. 21.11.2014, n° 2014-428 QPC.

⁴⁰⁵ C. const. 6.4.2012, n° 2012-228/229 QPC.

⁴⁰⁶ C. const. 17.2.2012, n° 2011-223 QPC.

Im Schrifttum wird die „umgekehrte Proportionalität“ zwischen der Schwere der Straftat und der Eingriffsintensität staatlichen Zwangs einerseits und der Reichweite der Verteidigungsrechte andererseits als eine Konstante des französischen Strafprozessrechts ausgemacht und kritisiert: Der Umstand, dass die Verteidigungsrechte umso stärker eingeschränkt werden, je schwerer der Tatvorwurf wiegt, stelle einen wahrhaftigen Widerspruch dar.⁴⁰⁷

⁴⁰⁷ *Chavent-Leclère*, Procédures 2012, Comm. n° 85.

II. Polizeihaft: Garde à vue

A. Grundlagen

1. Begriff, Bedeutung und Historie

a) Terminologie und Definition

Dem Wortsinn nach bedeutet *garde à vue* „Verwahrung zur Sicht“.¹ Die gesetzliche Nomenklatur betont damit den Überwachungscharakter der Maßnahme, indem sie auf die passive Beaufsichtigung – das „Im-Auge-Behalten“ – des Betroffenen, des sogenannten *gardé à vue*, abstellt.² Angesichts der Tatsache, dass die Nutzbarmachung dieser kurzfristigen polizeilichen Freiheitsentziehung zur aktiven Ermittlung, insbesondere zur Vernehmung (vgl. nunmehr z.B. Art. 63-4-2 f. CPP) – und Geständniserlangung – seit jeher im Vordergrund steht,³ besteht im Schrifttum Einigkeit darin, dass die Bezeichnung als *garde à l'ouïe* („Verwahrung zum Gehör“) an sich treffender wäre.⁴ Seit der großen *garde à vue*-Reform durch das Gesetz n° 2011-392 vom 14.4.2011 stellt der CPP in Art. 62-2 Abs. 1 eine Legaldefinition bereit. Danach handelt es sich bei der *garde à vue* um eine von einem

¹ Soweit vergleichende oder auslandsrechtliche Untersuchungen den Begriff ins Deutsche übertragen, werden häufig Äquivalente aus dem eigenen Recht verwendet: *Doucet/Fleck*, Wörterbuch, S. 366 schlagen „vorläufige Festnahme“, „Polizeigewahrsam“ und „polizeilichen Gewahrsam“ vor, *Henrion/Nitschmann*, ZStW 115 (2003), 959, *Manaigo-Vekil*, Gruppenkriminalität, S. 162, und *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 123 ff., sprechen von „Polizeigewahrsam“. Ist dagegen von „Polizeihaft“ die Rede, so geschieht dies entweder, um das Fehlen einer vergleichbaren Einrichtung im deutschen Recht zu betonen, etwa bei *Eser*, ZStW 108 (1996), 110 (in Abgrenzung zu den zuvor behandelten Instituten der Untersuchungshaft und der vorläufigen Festnahme), und *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 45 ff., oder um das Risiko der vereinfachenden Gleichstellung mit nationalen Instituten zu vermeiden, siehe *Glatthaar*, Polizei, S. 52 ff. sowie *Pfefferkorn*, Einführung, S. 85, und *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 1241. *Witzack*, Vollzugspolizeien, S. 318 stellt auf den Hauptzweck der Maßnahme und ihren Adressaten ab und spricht vereinfachend von „Freiheitsentziehung zum Zweck des Verhörs eines Verdächtigen“. Bemerkenswert ist, dass nicht nur literarische Übersetzungen (siehe *Beigbeder*, Ein französischer Roman), sondern auch das vom frz. Justizministerium u.a. in deutscher Sprache zur Verfügung gestellte Musterbefehlsblatt den Begriff der *garde à vue* wahllos sowohl als „Polizeigewahrsam“ als auch als „Untersuchungshaft“ bezeichnen, beide Begriffe also synonym verwenden, siehe www.justice.gouv.fr/publication/gav/forms/Maj-notif_Gav_GER-v.pdf [Stand: 12/2014].

² *Merle*, Gaz. Pal. 1969, 19.

³ *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 291 f., 360; Crim. 11.7.1994, Bull. n° 273; *Teissier*, RPDP 2001, 33; wenig überzeugend *Roujou de Boubée*, D. 2011, 1571 f., der in der Überwachung noch heute die Primärfunktion der *garde à vue* erblickt und das Verhör nur als Sekundärfunktion und Perversion dieser Maßnahme auffasst.

⁴ *Bouretz*, Garde à vue, S. 7. Der Begriff geht zurück auf *Merle*, Gaz. Pal. 1969, 19. Die Gesetzesbegründung zum Gesetz n° 57-1426 vom 31.12.1957, De la garde à vue (1), Rn. 79, abgedruckt im *Historique des dispositions* zu C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, S. 4, weist selbst ausdrücklich auf die euphemistische Natur der gesetzlichen Begrifflichkeit hin.

höheren Polizeibeamten unter Kontrolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit angeordnete Zwangsmaßnahme, durch die eine Person, gegen die ein oder mehrere plausible Gründe für die Annahme vorliegen, dass sie ein Verbrechen oder ein mit Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen begangen oder zu begehen versucht hat, zur Verfügung der Ermittler gehalten wird (*est maintenue à la disposition des enquêteurs*).⁵ Anders als bei bis dato vom Schrifttum vorgeschlagenen Definitionen sah der Gesetzgeber davon ab, den freiheitsentziehenden Charakter der Maßnahme explizit zu benennen.⁶ Zu beachten ist, dass die *garde à vue* auch begrifflich von der Ergreifung bzw. Festnahme als solcher (*appréhension*, vgl. Art. 73 CPP bzw. *arrestation*, vgl. z.B. Art. 77-4, 70 Abs. 2 i.V.m. Art. 134 CPP) zu unterscheiden ist: Zwar mündet Letztere regelmäßig in die anschließende Anordnung der *garde à vue*; umgekehrt jedoch setzt diese keine zwangsweise Festnahme voraus.⁷

b) Qualitative und quantitative Bedeutung

In ihrer Eigenschaft als ggf. mehrtägige Freiheitsentziehung gilt die *garde à vue* als gravierendste Eingriffsmaßnahme des polizeilichen Ermittlungsverfahrens.⁸ Zugleich wird sie als dessen zentraler Abschnitt begriffen, da in ihr die wesentlichen Beweise gesammelt und die Weichen für den Fortgang des Verfahrens gestellt werden.⁹ Angesichts der überragenden Bedeutung, die der *enquête* ihrerseits (quantitativ) im Verhältnis zur gerichtlichen Voruntersuchung und (qualitativ) für den Ausgang des Verfahrens zukommt, wird die *garde à vue* vom C. const. als die inzwischen (häufig) wichtigste Phase des gesamten Ermittlungsverfahrens im Hinblick auf die anschließende Urteilsfindung bezeichnet.¹⁰ Einschlägige Monografien und Lehrbücher tragen diesem Befund Rechnung, indem der Darstellung der *garde*

⁵ „La garde à vue est une mesure de contrainte décidée par un officier de police judiciaire, sous le contrôle de l'autorité judiciaire, par laquelle une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre un crime ou un délit puni d'une peine d'emprisonnement est maintenue à la disposition des enquêteurs.“

⁶ Vgl. nur *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*¹, Rn. 2518: „mesure privative de liberté“ (freiheitsentziehende Maßnahme); *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*⁶, Rn. 731: „détention policière“ (polizeiliche Haft); *Vlamynck*, *AJ Pén.* 2008, 257: „rétention“ (Festhalten); *Delage*, *APC* 28 (2006), 135, Fn. 1: „détention“ (Haft).

⁷ Ausf. zum Ganzen *Gogorza*, *Dr. pén.* 2012, *Etude* n° 23.

⁸ *Vergès*, *Proc. pén.*, Rn. 276; *Beauchamps*, *Garanties*, Rn. 222.

⁹ *Detraz*, *Dr. pén.* 2010, *Dossier* n° 4, S. 20: „Pièce maîtresse de la mise en état des affaires pénales“; *Nisand*, *Gaz. Pal.* 2011, *Colloque* n° 16375, 2534: „moment clef“ und „temps fort de l'enquête“; *Muller*, *Dr. pén.* 2011, *Etude* n° 2, S. 8: „un temps fondamental de la procédure pénale, ce moment où tout bascule“; *Mauro*, *Garde à vue*, in: *Rép. Pén.*, Rn. 1: „Mesure phare de la phase préparatoire du procès aujourd'hui“; vgl. bereits *Lambert*, *Police judiciaire*, S. 95: „ces dispositions [sur la garde à vue] qui traitent du ‚point chaud‘ de l'enquête policière et qui sont véritablement elles-mêmes le point chaud de ce code de procédure pénale“.

¹⁰ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 16.

à vue ähnlich viel, ja teils sogar mehr Raum gewidmet wird als der im Hinblick auf ihre Dauer ungleich eingriffsintensiveren *détention provisoire*,¹¹ auch in der öffentlichen Wahrnehmung stehen sich beide Maßnahmen in nichts nach.¹² Während Teile des Schrifttums das „französische Modell der *garde à vue*“ („modèle français de la garde à vue“) auch wegen der immer wieder berichteten polizeilichen Übergriffe¹³ als Anachronismus und rechtsstaatlich unerträglichen Auswuchs einer Geständniskultur (*culte/religion de l'aveu*)¹⁴ ablehnen,¹⁵ betonen Gegenstimmen ihre Unentbehrlichkeit für eine effektive Strafverfolgung.¹⁶ Insoweit ist wie bei der *détention provisoire* – als deren Vorstufe die *garde à vue* gilt – vielfach davon die Rede, dass es sich um ein „notwendiges Übel“ (*mal nécessaire*) handle.¹⁷

Da der Status des Verdächtigen bzw. Beschuldigten außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung nicht umfassend im Sinne von maßnahmeübergreifend geregelt ist und ihm im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens bis zur Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU durch Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014 einzig in seiner Eigenschaft als Adressat der *garde à vue* Verteidigungsrechte eingeräumt wurden,¹⁸ kam der Maßnahme bis zuletzt eine eigentümliche Doppelnatur zu. Auf der einen Seite stellte sie einen massiven Grundrechtseingriff im Interesse der „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ (*nécessités de l'enquête*, Art. 63 Abs. 1, 154 Abs. 1 CPP a.F.) dar, auf der anderen Seite war sie unabdingbare Voraussetzung dafür, um bei polizeilichen Vernehmungen überhaupt von den – ab Anfang der 1990er Jahre geschaffenen – Verfahrensgarantien profitieren zu können.¹⁹

¹¹ Vgl. statt vieler *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1610 ff.; 1701 ff.

¹² A.a.O., Rn. 2518-1: „La gravité de l'atteinte à la liberté individuelle attachée à un placement en garde à vue est sans commune mesure avec celle pouvant résulter d'un placement en détention provisoire. Néanmoins, les deux mesures suscitent une égale préoccupation dans l'opinion publique.“

¹³ Siehe nur die empirische Studie von *Gahide/Lepresle/Boraud/Mahindhoratep/Chariot*, *FSI* 223 (2012), 184 ff., die mit der Feststellung beginnt: „The deprivation of liberty in police custody can be associated with violent situations and traumatic injuries.“

¹⁴ Anschaulich insoweit die bei *Glatthaar*, *Polizei*, S. 51 in deutscher Übersetzung wiedergegebenen Ausführungen des seinerzeit an der Polizeihochschule lehrenden *Louis Lambert*, der das Polizeiverhör in der Erstauflage seines 1945 erschienenen *Traité théorique et pratique de police judiciaire* als spezielle Form der Folter (an)erkannte.

¹⁵ Siehe insb. *Vergès*, *D.* 2011, 3005, *ders.*, *RPDP* 2010, 870 und *ders.*, *Proc. pén.*, Rn. 277, der es als Charakteristikum des traditionellen „modèle français de la garde à vue“ bzw. der „garde à vue à la française“ bezeichnet, dass die Verteidigungsrechte schwach ausgestaltet waren, um die Erlangung von Geständnissen zu erleichtern. Ähnlich *Daoud/Mercinier*, *AJ Pén.* 2008, 269; *Astaing/Bastuck*, *AJ Pén.* 2009, 347.

¹⁶ *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 533; *Schwendener*, *AJ Pén.* 2006, 344.

¹⁷ *Leroy*, *Proc. pén.*, Rn. 475; Begründung zum Gesetz n° 57-1426 vom 31.12.1957, *De la garde à vue* (1), Rn. 79, abgedruckt im *Historique des dispositions* zu C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, S. 4.

¹⁸ *Krit. Mathias*, *Dr. pén.* 2011, Etude n° 6; *Alix*, *D.* 2011, 1699; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 48; *Guéry*, *AJ Pén.* 2013, 459; *Vergès*, *Dr. pén.* 2014, Etude n° 15.

¹⁹ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2531: „mesure créatrice de droits“. Zur Idee eines Anspruchs auf *garde à vue*: *Pradel/Varinard*, *Grands arrêts*, Nr. 25, S. 292; *Gauze*, *Enquête de flagrance*, in: *Rép. pén.*, Rn. 113. *Krit. Guéry*, *AJ Pén.* 2013, 459.

Obschon dieser im CPP angelegte Widerspruch mit der 2014/2015 vollzogenen Neuregelung und garantiemäßigen Ausgestaltung der „freien Vernehmung“ (Art. 61-1 CPP) signifikant entschärft wurde, besteht das Spannungsverhältnis insofern fort, als nach wie vor nur der *gardé à vue* in den Vollgenuss der gesetzlichen Verteidigungsrechte (z.B. Akteneinsichtsrecht) kommt. Wohl um sicherzustellen, dass dem Verdächtigen diese Rechtsstellung nicht in missbräuchlicher Weise vorenthalten wird, bleibt die Anordnung der Haft daher in bestimmten Fällen obligatorisch (Art. 61-1 Abs. 4, 73 CPP; siehe unten 4.a. und B.5.).

Die quantitative Bedeutung der Maßnahme ist immens: Bezieht man die in den „offiziellen“ statistischen Angaben (580.108) nicht enthaltenen straßenverkehrsrechtlichen Verstöße (174.244) und Straftaten in den Überseegebieten (37.500) ein, so wurde sie 2009 in über 790.000 Fällen angeordnet,²⁰ während im gleichen Zeitraum knapp 600.000 Verfahren wegen Verbrechen und Vergehen vor den dafür zuständigen Korrekzional- und Geschworenengerichten entschieden wurden.²¹ Andere empirische Untersuchungen ergeben unter Zugrundelegung der offiziellen Zahlen, dass im Zeitraum von 2005 bis 2010 annähernd jede zweite Person, die von der Polizei protokolllarisch vernommen wurde und deren Angelegenheit wegen entsprechender Verdachtsmomente zur Entscheidung über den weiteren Fortgang des Verfahrens an die Staatsanwaltschaft weitergegeben wurde (*personne mise en cause*), Adressatin einer *garde à vue* war.²² Stellt man wiederum allein auf die offiziellen statistischen Angaben ab, so kam die Maßnahme 2009 mehr als doppelt so häufig zur Anwendung als noch 15 Jahre zuvor.²³

Die Gründe für diesen signifikanten Anstieg – der C. const. spricht insoweit von einer „Banalisierung“ des Rückgriffs auf die *garde à vue*²⁴ – sind vielfältig. Eine wichtige Rolle wird der zunehmenden Bedeutung der polizeilichen Ermittlungstätigkeit beigemessen, die sich nicht nur in einem Rückgang der Anzahl der ge-

²⁰ Die Unvollständigkeit der offiziellen Zahlen des Innenministeriums wurde Anfang 2010 von einem Journalisten – unter großem medialem Widerhall – aufgedeckt, Aron, *Gardés à vue*, S. 9–14; siehe auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2520-3.

²¹ Ministère de la Justice et des Libertés, *Les Chiffres clés de la Justice 2010*, S. 15: 2.172 erstinstanzliche Entscheidungen der *cour d'assises*, 587.738 der *tribunaux correctionnels*.

²² Vgl. *Ventre/Soullez*, *Tableaux de bord 2005 à 2010*, S. 3, 5 ff., 26. 2009 belief sich die Anzahl der hiernach berücksichtigten *personnes mises en cause* auf 1.174.837, die der *gardés à vue* auf 580.108, was eine Quote von 49,4 % ergibt. Bei der Verteilung auf die unterschiedlichen Deliktgruppen sind Sach- (54,5 %) und Personenschädigungen (50,9 %) sowie geheimdienstlich aufgedeckte Verstöße (56,3 %) überdurchschnittlich häufig Anlass der Maßnahme gewesen, wohingegen Betrugs-, Wirtschafts- und Finanzstraftaten (31,2 %) sowie sonstige Straftaten (29,7 %) vergleichsweise selten vertreten sind.

²³ *Zocchetto*, *Rapport sur le projet de loi relatif à la garde à vue* (Sénat n° 315, 16.2.2011), S. 18: 275.698 Fälle in 1994; 336.718 Fälle in 2001; 530.994 Fälle in 2006; 562.083 Fälle in 2007; 577.816 in 2008; 580.108 Fälle in 2009.

²⁴ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 18; vgl. auch *Mucchielli*, *Explosion des gardes à vues*.

richtlichen Voruntersuchungen, sondern auch in der qualitativen Vorverlagerung des Schwerpunkts des Strafprozesses in die *enquête* und der weiträumigen Inanspruchnahme untersuchungsrichterlicher Ermittlungersuchen an die Polizei (*commissions rogatoires*) widerspiegelt.²⁵ Ebenfalls ins Gewicht fällt die innenpolitische Akzentverschiebung im Verlauf der vergangenen Dekade, die zu einer Zunahme des Leistungs- und Erfolgsdrucks auf die Polizei geführt hat (*culture du résultat* und *politique du chiffre*). In den *garde à vue*-Zahlen macht sich dies deshalb bemerkbar, weil diese bis vor Kurzem als Indikator für die Bewertung der Leistung der Polizeiarbeit (*indicateur de performance*) herangezogen wurden.²⁶ Ein weiterer Faktor, der die häufigere Anwendung der Maßnahme begünstigt hat, war die sukzessive gesetzliche Ausdehnung des Kreises der anordnungsbefugten höheren Polizeibeamten (*officiers de police judiciaire*), deren Zahl sich infolgedessen seit 1993 verdoppelt hat.²⁷ Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Cour de cassation der Anfang der 1990er Jahre entstandenen Doppelnatur der *garde à vue* dadurch Rechnung trägt, dass sie die Polizei im Interesse des Betroffenen zu ihrer Anordnung verpflichtet, wenn ein Verdächtiger sich nicht aus freien Stücken für die Vernehmung zur Verfügung stellt.²⁸ Um der aus dieser Rechtsprechung resultierenden Gefahr der Nichtverwertbarkeit einer außerhalb der *garde à vue* gewonnenen Aussage zu entgehen, verfährt die Polizei bei der Entscheidung über die Anordnung der Maßnahme im Zweifel offenbar eher großzügig.²⁹

Seit der Reform 2011 ist die Anwendungshäufigkeit der Maßnahme spürbar zurückgegangen. Nach Angaben des Innenministeriums war zwischen Juni und September 2011 im Vergleich zum Vorjahreszeitraum bei Straßenverkehrsdelikten ein Rückgang um 50 %, bei den übrigen Straftaten um 26 % zu verzeichnen.³⁰ Die kürzlich für die *police nationale* veröffentlichten „offiziellen Zahlen“ bestätigen diese erfreuliche Tendenz. Danach ist die Anzahl der *gardes à vue* seit 2009 (456.327 Fälle) kontinuierlich und um insgesamt nahezu 40 % zurückgegangen

²⁵ Zocchetto, Rapport sur le projet de loi relatif à la garde à vue (Sénat n° 315, 16.2.2011), S. 13; C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 16–18; Muller, Dr. pén. 2011, Etude n° 2, 8.

²⁶ Mucchielli, Explosion des gardes à vues, S. 4 ff.; Zocchetto, Rapport sur le projet de loi relatif à la garde à vue (Sénat n° 315, 16.2.2011), S. 18; Leroy, Garde à vue, in: JCl., Rn. 35; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2520-3.

²⁷ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 17, 18: Anstieg von 25.000 (1993) auf 53.000 (2009).

²⁸ Crim. 11.10.2000, Bull. n° 296.

²⁹ Vgl. Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2520-3; krit. zu dieser vor allem in Polizeikreisen vorgetragenen Rechtfertigung des vermehrten Einsatzes der *garde à vue* Mucchielli, Explosion des gardes à vues, S. 3 f.

³⁰ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2521-1; siehe den Bericht von LeMonde.fr vom 14.9.2011, abrufbar unter www.lemonde.fr/societe/article/2011/09/14/le-nombre-de-gardes-a-vue-a-chute-de-26-en-un-an_1572434_3224.html [Stand: 12/2014].

(2013: 286.337 Fälle).³¹ Auch wenn diese Zahlen in geografischer (Überseegebiete fehlen), sachlicher (Straßenverkehrsdelikte nicht erfasst) und vor allem auch in persönlicher Hinsicht (*gendarmérie* fehlt) unvollständig sind, besteht doch kein Anlass, an der Repräsentativität der in ihnen verbürgten, positiven Entwicklung zu zweifeln.

c) Entstehung, Kodifikation, Reform und Entwicklungstendenzen

aa) Extralegale Entstehung

Angesichts ihrer heute herausragenden Bedeutung mag überraschen, dass es sich bei der *garde à vue* um ein vergleichsweise junges Phänomen handelt. Auf den ersten Blick erscheint sie gar als Neuschöpfung des CPP, denn zu Zeiten des CIC waren abgesehen vom Fall der frischen Tat (Flagrantdelikt) – wo den Polizeibeamten auch ein Recht zur Spontanfestnahme, nicht jedoch ein darüber hinausgehendes Festhalterecht zugebilligt wurde – sämtliche Ermittlungs- und Zwangsbefugnisse den *magistrats*, also Untersuchungsrichtern und Staatsanwälten vorbehalten.³² Tatsächlich ist die *garde à vue* jedoch eine Erfindung der Praxis, die bereits an der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert außerhalb der Gesetzestexte entstanden ist.³³

Als Anlass und Ausgangspunkt ihrer extralegalen Entwicklung wird die mit der *Loi Constans* vom 8.12.1897 herbeigeführte Stärkung der Rechte des förmlich Beschuldigten in der gerichtlichen Voruntersuchung angesehen, in deren Folge es zu einer (Vor-)Verlagerung der Ermittlungstätigkeit, insbesondere der Vernehmungen, in das Stadium der *enquête* gekommen war, um die neu geschaffenen Garantien (Verteidigerbeistand bei Vernehmungen, Schweigerechtsbelehrung) zu umgehen.³⁴ Zum einen trat die im Gesetz nicht vorgesehene *enquête officieuse* – als Vorgängerin des im CPP legalisierten polizeilichen Vorermittlungsverfahrens (*enquête préliminaire*) – neben die gesetzlich allein geregelten polizeilichen Flagrantbefugnisse (*enquête de flagrante*).³⁵ Zum anderen bildete sich die Praxis einer polizeilichen Freiheitsentziehung zum Zwecke der Vernehmung heraus, die im Rahmen der *enquête officieuse* zunächst noch als *interrogatoire officieux* bezeichnet wurde, bevor sich später der einheitliche Begriff der *garde à vue* durchgesetzt hat.³⁶ Beide Entwicklungen wurden von der weit verbreiteten Überzeugung getragen, dass die lü-

³¹ ONDRP, Tableaux de bord, S. 3.

³² *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 36.

³³ A.a.O., Rn. 2519; *Vlamynck*, AJ Pén. 2008, 257.

³⁴ *Saint-Pierre*, RPDP 2010, 623; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 22; *Dumontet*, AJ Pén. 2004, 275; *Garçon*, Liberté individuelle, S. 84 ff., 123; *Lazerges*, Rapport, S. 9.

³⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 36, 37; *Matsopoulou*, Enquêtes de police, Rn. 17.

³⁶ Ausf. *Quériaux*, Garde à vue, S. 1 ff., insb. 3 ff.

ckenhafte gesetzliche Regelung der polizeilichen Eingriffsbefugnisse den praktischen Erfordernissen der Strafverfolgung nicht gerecht wurde.³⁷

bb) Kodifikation zwecks Legitimation

Erstmals als solche offiziell erwähnt – und damit von der gesetzlichen Spontanfestnahmebefugnis verselbstständigt – wurde die *garde à vue* in dem Dekret über die Organisation und Aufgaben der Gendarmerie vom 20.5.1903.³⁸ Da die Vernehmung ausnahmslos dem Staatsanwalt vorbehalten bleiben sollte, dem jede auf frischer Tat festgenommene Person augenblicklich (*à l'instant même*) vorzuführen war (ex-Art. 306 des Dekrets), wurde eine vorübergehende, maximal 20-stündige polizeiliche Festhaltebefugnis in den Räumlichkeiten des Rathauses oder der Sicherheitskammer der Kaserne als kurzfristige Übergangsregelung für diejenigen Fälle geschaffen, in denen eine sofortige Vernehmung durch den Staatsanwalt wegen dessen Abwesenheit nicht möglich war (ex-Art. 307 des Dekrets).³⁹ Da der Regelung das implizite Verbot eines polizeilichen Verhörs zugrunde lag – „garder à vue“ also noch wörtlich im Sinne einer bloßen Verwahrung unter Aufsicht verstanden wurde –, eignete sie sich nicht als Rechtsgrundlage für die in der Entstehung begriffene Praxis einer polizeilichen Vernehmungshaft.⁴⁰ Dieser neuen Zielrichtung Rechnung tragende Regelungen der *garde à vue* finden sich erst in einem ministeriellen Runderlass während des Vichy-Regimes vom 23.9.1943 (Circulaire n° 8.904 Pol. Sec.) und später in einer Dienstanweisung des Direktors der Kriminalpolizei der Staatsicherheit vom 13.8.1949. Beide Texte eigneten sich mangels Normcharakters nicht als gesetzliche Ermächtigungsgrundlagen i.S.v. Art. 7 DDHC. Die polizeiliche Praxis war also illegal.⁴¹

Rufe nach einer Intervention des Gesetzgebers wurden erst lauter, als sich Berichte über Missbrauchsfälle häuften und die von der Polizei produzierten Vernehmungsprotokolle und Geständnisse zunehmend mit dem Generalverdacht des Ein-

³⁷ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 36; *Matsopoulou*, Enquêtes de police, Rn. 722; *Vlamynck*, AJ Pén. 2008, 257, 258 m.w.N.

³⁸ Décret portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie.

³⁹ „Dans le cas seulement où, par l'effet de l'absence du procureur de la République, le prévenu arrêté en flagrant délit ne peut être entendu immédiatement après l'arrestation, il est déposé dans l'une des salles de la mairie où il est gardé à vue, ou dans la chambre de sûreté de la caserne.“

⁴⁰ *Lambert*, Police judiciaire, S. 98; *Vlamynck*, AJ Pén. 2008, 257.

⁴¹ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 22; *Vlamynck*, AJ Pén. 2008, 258; i.d.S. auch ausdrücklich die Begründung zum Gesetz n° 57-1426 vom 31.12.1957, De la garde à vue (1), Rn. 80, abgedruckt im *Historique des dispositions* zu C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, S. 4: „Contrairement à une opinion couramment répandue, la garde à vue n'est prévue par aucun texte. Elle est seulement tolérée par les tribunaux.“

satzes unlauterer Verhörmethoden belastet wurden.⁴² Wenngleich sich einige Autoren dezidiert für ein Verbot der *garde à vue* aussprachen,⁴³ entschied der Gesetzgeber sich dafür, diese beizubehalten und ausdrücklich im CPP von 1958 zu kodifizieren.⁴⁴ Dabei berief er sich auf das Erfordernis einer gesetzlichen Regelung für die mit jeder (Flagranz-)Festnahme zwangsläufig einhergehende Festhaltungssituation, ohne sich jedoch ausdrücklich mit der – nunmehr stillschweigend anerkannten – Vernehmungsbefugnis der Polizeibeamten auseinanderzusetzen.⁴⁵ Durch die gesetzliche Normierung der *garde à vue* sollte, ebenso wie mit der Legalisierung der polizeilichen Vorermittlungen als *enquête préliminaire*, ein klarer rechtlicher Bezugsrahmen für die bislang wegen unabweisbarer praktischer Bedürfnisse im gesetzesfreien Raum agierenden Polizeibeamten geschaffen werden. Das in den Gesetzesmotiven zum Ausdruck kommende Bemühen um einen gerechten Ausgleich zwischen individueller Freiheit und den Erfordernissen der Strafverfolgung führte zwar zu einer gewissen Eingrenzung der polizeilichen Befugnisse (Anordnungszuständigkeit nur des höheren Polizeibeamten, Maximaldauer von 24 Stunden mit einmaliger Verlängerungsmöglichkeit des Staatsanwalts bzw. des Untersuchungsrichters im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung). Der Schutz des Betroffenen – neben dem Verdächtigen war die Maßnahme auch gegen Dritte zulässig – war jedoch nur rudimentär ausgestaltet, namentlich in Gestalt von Protokollierungs- und Registerführungspflichten und dem Recht auf eine ärztliche Untersuchung bei Verlängerung.⁴⁶ Eine Schweigerechtsbelehrung war ebenso wenig vorgesehen wie ein Verteidigerkonsultationsrecht, da diese Verteidigungsrechte dem Betroffenen – bei Vorliegen eines entsprechend starken Tatverdachts (Art. 105 CPP) – erst in der gerichtlichen Voruntersuchung zuteilwerden sollten.

cc) Reform und Wandel des „französischen Modells der garde à vue“

Die ursprünglich knapp gefasste Regelung – im Wesentlichen handelte es sich um drei Bestimmungen für das Flagranzverfahren (Art. 63–65 CPP a.F.) sowie Verweisungsvorschriften für das Vorermittlungsverfahren (Art. 77 CPP a.F.) bzw. das Ermittlungsverfahren im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung (Art. 154 CPP a.F.) – erwies sich während der folgenden dreieinhalb Jahrzehnte als aus-

⁴² *Garçon*, Liberté individuelle, S. 90 ff., 103 ff.; siehe die Bsp. bei *Glatthaar*, Polizei, S. 50 ff.

⁴³ Siehe insb. *Garçon*, Liberté individuelle, S. 110 ff.

⁴⁴ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 23.

⁴⁵ Vgl. die Begründung zum Gesetz n° 57-1426 vom 31.12.1957, De la garde à vue (I), Rn. 79, abgedruckt im *Historique des dispositions* zu C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, S. 4 ff. Nicht durchsetzen konnten sich Forderungen nach der Normierung eines ausdrücklichen polizeilichen Vernehmungsverbots, siehe *Vlamynck*, AJ Pén. 2008, 257 m.w.N.

⁴⁶ *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 25, S. 290; *Eser*, ZStW 79 (1967), 583 f.; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 25.

gesprochen stabil.⁴⁷ Abgesehen von der Schaffung punktueller Sondervorschriften mit zusätzlichen Verlängerungsmöglichkeiten für bestimmte Delinquenzbereiche (siehe dazu unten 2.b.) blieb die Materie bis 1993 nahezu unangetastet.⁴⁸ Obgleich die Cour de cassation Anfang der 1990er Jahre noch mehrfach Gelegenheit zur ausdrücklichen Feststellung der (angeblichen) Konventionskonformität der *garde à vue* hatte,⁴⁹ kam es in der Folge unter maßgeblichem Einfluss der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zu einem grundlegenden Wandel in der Physiognomie und Funktion des Instituts, der 2011 in einer großen Reform gipfelte. Auslöser für die mannigfachen Gesetzesänderungen, in deren Zuge die Verteidigungsrechte des *gardé à vue* sukzessive ausgebaut wurden und auf diese Weise auch in das Stadium der *enquête* Einzug hielten, war eine Verurteilung Frankreichs durch den EGMR, der 1992 in der Rechtssache *Tomasi* einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK wegen unmenschlicher Behandlung eines von Polizeibeamten körperlich misshandelten *gardé à vue* festgestellt hatte.⁵⁰ Diese als grundsätzliche Infragestellung des Rechtsinstituts wahrgenommene Judikatur verhalf den seit einiger Zeit im Raum stehenden Vorschlägen, die auf eine Anpassung unter anderem der *garde à vue* an die konventionsrechtlichen Standards zielten, zum Durchbruch.⁵¹ Seither haben mehr als ein Dutzend Gesetze das Recht der *garde à vue* erheblich umgestaltet. Dabei lassen sich rückblickend drei Entwicklungsetappen ausmachen.⁵²

1. Die unter dem Eindruck der Rechtssache *Tomasi* und der 1991 präsentierten Reformvorschläge der Commission Justice pénale et Droits de l'homme (*Commission Delmas-Marty*) entstandenen Gesetze n° 93-2 vom 4.1.1993, n° 93-1013 vom 24.8.1993 und n° 94-89 vom 1.2.1994 haben die Reformphase eingeläutet.⁵³ Neben der Verstärkung der Kontrolle durch die Staatsanwaltschaft stand vor allem der Ausbau der Garantien des Betroffenen (Einführung eines Benachrichtigungsrechts,

⁴⁷ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 23 m.w.N.; *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 27, S. 310 führen dies darauf zurück, dass die ursprüngliche Regelung als ausgeglichenes Modell zwischen den Rechten des Verdächtigen einerseits (zeitliche Obergrenze, medizinische Kontrolle) und der Wahrheitssuche andererseits (deshalb Abwesenheit des Verteidigers) wahrgenommen wurde. Entschieden a.A. dagegen *Garçon*, Liberté individuelle, S. 110 ff. sowie *Merle*, Gaz. Pal. 1969, 18.

⁴⁸ Das Gesetz n° 63-22 vom 15.1.1963 zur Strafverfolgung von Staatssicherheitsdelikten hat die allgemeinen Regeln nur geringfügig umformuliert, vgl. *Historique des dispositions* zu C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, S. 9 f.

⁴⁹ Crim. 20.2.1990, Bull. n° 84; 28.1.1992, Bull. n° 32 (*enquête préliminaire*); 10.3.1992, Bull. n° 105; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 30. Im Schrifttum finden sich noch heute vereinzelt Stimmen, die der *garde à vue* den Charakter einer Freiheitsentziehung i.S.v. Art. 5 EMRK absprechen wollen, siehe *Rassat*, Proc. pén., Rn. 423.

⁵⁰ EGMR, Urte. vom 27.8.1992, *Tomasi* ./ *Frankreich*, Az.: 12850/87.

⁵¹ *Delmas-Marty*, Mise en état, Fiche n° 17.

⁵² Ausf. zu den Reformen *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 29 ff.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2520.

⁵³ Zum Hintergrund dieser Gesetzgebung siehe *Lazerges*, Rapport, S. 14 ff.; siehe zu diesen Gesetzen *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 33.

Anspruch auf ärztliche Untersuchung von Beginn an) im Vordergrund.⁵⁴ Die meisten Kontroversen entzündeten sich an der Einräumung eines Verteidigerkonsultationsrechts außerhalb der *instruction*. Es beschränkte sich entgegen der weitergehenden Vorschläge der *Commission Delmas-Marty* auf ein 30-minütiges Gespräch und sollte aus Gründen der praktischen Durchführbarkeit erst nach Ablauf von 20 Stunden durch den *gardé à vue* eingefordert werden können.⁵⁵ Die Anordnung der Maßnahme gegenüber Nicht-Verdächtigen war fortan nur mehr im Flagrantverfahren und im Fall einer *commission rogatoire* während der gerichtlichen Voruntersuchung möglich, nicht jedoch im polizeilichen Vorermittlungsverfahren.

2. Die unzähligen Reformen, die in der ersten Dekade des 21. Jahrhunderts folgten, waren vom Kräfteringen zweier gegenläufiger Tendenzen gekennzeichnet, das durch die Änderung der politischen Mehrheitsverhältnisse im Jahr 2002⁵⁶ umso sichtbarer zutage trat: Einerseits sollten die noch immer als unzureichend wahrgenommenen Garantien des *gardé à vue* weiter gestärkt werden, auch um fortbestehende Bedenken im Hinblick auf die Konventionskonformität auszuräumen. Andererseits führten nicht zuletzt die Terroranschläge in New York, London und Madrid zu einer Verschärfung der sicherheitsrechtlichen Diskurse, die sich auch in entsprechenden Modifikationen des Haftrechts niedergeschlagen haben.

– Die bis dato tiefgreifendste Verbesserung der Rechtsstellung des *gardé à vue* verwirklichte das Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000. Nachdem Frankreich im Vorjahr als seinerzeit einziges Land nach der Türkei überhaupt vom EGMR in der Rechtssache *Selmouni* wegen Verletzung des in Art. 3 EMRK niedergelegten Folterverbots im Rahmen einer *garde à vue* verurteilt worden war,⁵⁷ standen die Weichen günstig für die Umsetzung der bereits zuvor ins Auge gefassten liberalen Reformen des Strafverfahrensrechts.⁵⁸ Der neu geschaffene Einführungsartikel zum CPP formuliert nun eine ausdrückliche Anerkennung der Unschuldsvermutung und schreibt für sämtliche Zwangsmaßnahmen gegenüber Verdächtigen die Kontrolle durch die *autorité judiciaire*, die Verpflichtung auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und die Achtung der Menschenwürde fest (Art. préI. III Abs. 4 CPP).

⁵⁴ Pradel/Varinard, Grands arrêts, Nr. 25, S. 291 sprechen insoweit – in Abgrenzung zu den Minimalanforderungen, die der CPP 1959 vorgesehen hatte (*exigences de la première génération*) – von den *droits de la seconde génération*, die ab 1993 geschaffen wurden.

⁵⁵ Krit. Serratrice-Couttenier, RSC 1998, 470 f.

⁵⁶ Nach fünfjähriger *cohabitation* mit Jacques Chirac (RPR, seit 2002 UMP) als Präsidenten und Lionel Jospin (PS) als Premierminister gelang es dem konservativen Parteienbündnis der UMP bei den Parlamentswahlen im Juni 2002, die Mehrheit in der Assemblée nationale – und damit das Recht, den Premierminister als Regierungschef zu stellen – zurückzugewinnen. Maßgebliche sicherheitsrechtliche Akzente gingen in der Folgezeit von Nicolas Sarkozy aus, der zunächst als Innenminister (2002–2004 und 2005–2007) und von 2007–2012 als Président de la République die Kriminalpolitik prägte.

⁵⁷ EGMR, Urt. vom 28.7.1999, *Selmouni* ./ Frankreich, Az.: 25803/94.

⁵⁸ Der Entschluss zu einer weitreichenden Reform des Strafverfahrens geht bereits aus der Erklärung des Premierministers Jospin vom 17.6.1997 hervor, Lazerge, Rapport, S. 11.

Um den Anforderungen aus Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK Genüge zu tun, kommt die *garde à vue* seither generell nur mehr gegenüber Tatverdächtigen in Betracht. Außerdem besteht das Recht auf ein 30-minütiges Gespräch mit einem Anwalt jetzt grundsätzlich bereits zu Beginn der Maßnahme. Schließlich wurde eine polizeiliche Pflicht zur Belehrung des *gardé à vue* über sein Schweigerecht eingefügt.

– Letztere konnte sich jedoch nach dem Regierungswechsel 2002 nicht gegenüber dem anhaltenden Widerstand der Polizeilobby behaupten. Während sich das Gesetz n° 2002-307 vom 4.3.2002 noch mit einer abgeschwächten Formulierung begnügte, wurde die Belehrung über das Schweigerecht durch Gesetz n° 2003-239 vom 18.3.2003 vollständig gestrichen.⁵⁹ Die weitreichendste Reform seit Erlass des CPP, die mit ihrer Betonung der Effektivierung der Strafverfolgung ein deutliches Pendant zum Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 bildet, erfolgte durch das Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 (Loi Perben II). Einer der zentralen Inhalte des Gesetzes war die Einführung eines strafprozessualen Sonderregimes für organisierte Kriminalität, dessen abweichende Sondervorschriften auch der Höchstdauer (Verlängerungsmöglichkeit auf vier Tage) und dem Anwaltszugang bei der *garde à vue* (genereller Ausschluss) galten.⁶⁰ Im Zuge der Terrorismusbekämpfung hat das Gesetz n° 2006-64 vom 23.1.2006 die ausnahmsweise Möglichkeit einer zusätzlichen Verlängerung der Maßnahme auf insgesamt sechs Tage geschaffen.⁶¹

– Infolge der Aufarbeitung des Justizskandals von Outreau wurde mit Gesetz n° 2007-291 vom 5.3.2007 die Empfehlung der parlamentarischen Untersuchungskommission aufgegriffen und eine audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung des *gardé à vue* eingeführt.⁶²

3. Ihren vorläufigen Höhepunkt erreichte diese Reformwelle dann mit dem Gesetz n° 2011-392 vom 14.6.2011, dessen eindeutiger Schwerpunkt, anders als bei den früheren Reformen, auf dem Recht der *garde à vue* lag. Kernstücke dieser grundlegenden Neuregelung sind die umfassende Neugestaltung des Rechts auf Verteidigerbeistand, die (Wieder-)Einführung der Schweigerechtsbelehrung, die Formulierung strengerer Maßgaben für die Behandlung festgehaltener Personen und die Bindung von Anordnung und Verlängerung der Maßnahme an gesetzliche Haftgründe sowie an Straftaten mit einer gewissen abstrakten Mindestschwere.⁶³

Die im Vorfeld der Reform geführten Debatten wurden einmal mehr von konventionsrechtlichen Belangen dominiert. Dabei wurde – unter dem Eindruck meh-

⁵⁹ Zum Einfluss der Polizeigewerkschaften siehe *Henrion/Nitschmann*, ZStW 115 (2003), 959 ff.

⁶⁰ *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 140 ff., 159 f., 163 ff., 170, 180.

⁶¹ *Schwendener*, AJ Pén. 2006, 164; *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 145 ff.

⁶² *Vallini/Houillon*, Rapport Outreau, S. 311 ff.; vgl. *Schwendener*, AJ Pén. 2006, 344.

⁶³ Ausführlich zur Reform *Leroy*, Garde à vue, in: JCL, Rn. 35; *Lasserre Capdeville*, Gaz. Pal. 2011, n° 16350.

rerer Urteile des EGMR zum Verteidigerbeistand in der türkischen Polizeihaft⁶⁴ – eine Ausweitung der Verteidigungsrechte des *gardé à vue* als unabkömmlich erachtet.⁶⁵ Darüber hinaus wurde die Maßnahme an mehreren Fronten in grundsätzlicher Art und Weise infrage gestellt: Zum einen war ihr exorbitantes quantitatives Ausmaß in das Bewusstsein einer breiteren Öffentlichkeit gelangt, nachdem Anfang 2010 in den Medien bekannt geworden war, dass die offiziellen (Rekord-) Werte für 2009 unvollständig waren und die Maßnahme in Wirklichkeit nicht „nur“ in 580.108 Fällen – und damit doppelt so häufig wie noch 15 Jahre zuvor –, sondern in über 790.000 Fällen zum Einsatz gekommen war. Zum anderen hatten die teils verheerenden Vollzugsbedingungen und die oft entwürdigende Behandlung der Betroffenen in der Praxis wiederholt Anlass zu Beanstandungen seitens unabhängiger Kontrollgremien (*Contrôleur général des lieux de privation de liberté*) gegeben.⁶⁶ Erstes Ziel der Reform war die Verringerung der Anzahl der *gardes à vue*, zweites Ziel die Verstärkung der Rechtsstellung des *gardé à vue*.⁶⁷

Unmittelbar veranlasst und begleitet bzw. geleitet wurde die Reform durch einen in dieser Form beispiellosen „Wettlauf der Gerichte“,⁶⁸ als dessen zentrale Akteure der seit März 2010 auch ex post für die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zuständige C. const., die auf innerstaatlicher Ebene zur Überprüfung der Konventionskonformität berufene Cour de cassation und der EGMR selbst in Erscheinung getreten sind. Zum besseren Verständnis der Hintergründe der Neuregelung bedarf es einer kurzen chronologischen Skizze:

Mit einer aufsehenerregenden Entscheidung vom 30.7.2010 erklärte zunächst der C. const. im Rahmen des neugeschaffenen QPC-Verfahrens Teile der *garde à vue*-Regelung für verfassungswidrig. Die Feststellung der Verfassungsverstöße erfolgte dabei mit aufschiebender Wirkung zum 1.7.2011, um dem Gesetzgeber hinreichend Zeit für eine Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben zu gewähren.⁶⁹

⁶⁴ EGMR, Urt. vom 27.11.2008, *Salduz ./.* Türkei, Az.: 36391/02; Urt. vom 13.10.2009, *Dayanan ./.* Türkei, Az.: 7377/03; siehe hierzu *Vergès*, RDPD 2009, 837; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2520-7.

⁶⁵ Die diversen zwischen Dezember 2009 und Februar 2010 vorgelegten Gesetzesentwürfe, die unter Zugrundelegung der Türkei-Rechtsprechung des EGMR auf eine Ausweitung des Verteidigerzugangs bei der *garde à vue* zielten, wurden nicht weiter verfolgt, da zu diesem Zeitpunkt noch eine Integration der *garde à vue*-Neuregelung in das Projekt einer umfassenden Gesamtreform des Strafverfahrens angestrebt wurde, vgl. *Zocchetto*, Rapport sur la proposition de loi de MM. Jacques Mézard [et autres] tendant à assurer l'assistance immédiate d'un avocat aux personnes placées en garde à vue, Sénat n° 327, 24.2.2010, S. 19; vgl. *Gaudemet*, Rapport, S. 3 f.

⁶⁶ Siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2520-4 zu den Berichten des *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* von 2008 und 2009.

⁶⁷ Projet de loi relatif à la garde à vue, Ass. nat. n° 2855, 12./13.10.2010, Etude d'impacte, S. 11.

⁶⁸ Vgl. nur *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 27, S. 310.

⁶⁹ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 30.

Wengleich EMRK und EGMR in der Entscheidung selbst mit keinem Wort beachtet werden, wird aus den beigelegten amtlichen Begleitmaterialien ersichtlich, dass sich das Gericht der zugrunde liegenden konventionsrechtlichen Problematik sehr wohl bewusst war.⁷⁰ Obschon er die grundsätzliche verfassungsrechtliche Zulässigkeit der *garde à vue* ausdrücklich bestätigte, beanstandete der C. const. die konkrete Ausgestaltung im Hinblick auf den Ausschluss des Anwalts von den Vernehmungen, die fehlende Schweigerechtsbelehrung und die unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten problematische Anwendbarkeit und Verlängerbarkeit der Maßnahme unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs.⁷¹ Explizit ausgenommen vom Verdikt der Verfassungswidrigkeit wurden dagegen die mit Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 eingefügten Sonderregelungen für organisierte Kriminalität, da das Gericht diese bereits bei deren Einführung im Wege der ex ante-Kontrolle für verfassungskonform befunden hatte⁷² und insoweit – anders als bei dem allgemeinen Regime der *garde à vue*⁷³ – das Vorliegen der für die Überwindung der Rechtskraft seiner früheren Entscheidung erforderlichen neuen Umstände (*changement de circonstances*) nunmehr verneinte.⁷⁴

Der im Oktober 2010 vorgelegte Gesetzentwurf des Justizministeriums, der auf den Vorgaben des C. const. aufbaute und daher die Sonderregelungen für organisierte Kriminalität unberührt ließ,⁷⁵ wurde binnen einer Woche in weiten Teilen obsolet, als die Cour de cassation in drei Urteilen vom 19.10.2010 nicht nur die allgemeine Ausgestaltung der Verteidigerintervention bei der *garde à vue*, sondern auch den pauschalen Verteidigerausschluss im Rahmen des Sonderregimes für organisierte Kriminalität als konventionswidrig einstufte.⁷⁶ Die Feststellung des Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 3 EMRK erfolgte allerdings – insoweit im Einklang mit dem Ansatz des C. const. – nur mit aufschiebender Wirkung zum 1.7.2011. Die in der Folgezeit zu entscheidenden Klagen mussten daher trotz Konventionswidrigkeit als unbegründet abgewiesen werden.⁷⁷

⁷⁰ Amtliche Kommentierung in Cah. C. const. 30 (2010), 8, 16 ff.; Dossier documentaire, S. 42–84.

⁷¹ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 27–29.

⁷² C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC.

⁷³ Zwar hatten dem Verfassungsgericht bereits in einer Entscheidung vom 11.8.1993 die in weiten Teilen aus dem Gesetz vom 24.8.1993 hervorgegangenen allgemeinen *garde à vue*-Regelungen zur Prüfung vorgelegen. Ungeachtet der zwischenzeitlich erfolgten Aufwertung der Rechtsstellung des *gardé à vue* erachtete der C. const. insoweit jedoch den quantitativen und qualitativen Bedeutungswandel der Maßnahme als *changement de circonstances*, C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 14–18.

⁷⁴ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 12–13. An der Nichtannahme dieser Vorschriften zur Prüfung hielt der C. const. wenig später in zwei weiteren QPC-Entscheidungen fest: C. const. 6.8.2010, n° 2010-30/34/35/47/48/49/50 QPC, § 2; 22.9.2010, n° 2010-31 QPC, § 4.

⁷⁵ Projet de loi relatif à la garde à vue, Ass. nat. n° 2855, 12./13.10.2010.

⁷⁶ Crim. 19.10.2010, Bull. n° 163–165.

⁷⁷ Crim. 4.1.2011, Bull. n° 3; 18.1.2011, Bull. n° 9.

Parallel zu dem – durch die Meinungsverschiedenheiten zwischen den französischen Gerichten ohnehin bereits verkomplizierten – Gesetzgebungsverfahren hatte schließlich auch noch der EGMR Gelegenheit, sich in zwei Fällen mit der *garde à vue* zu befassen: In der Sache *Brusco ./. Frankreich* wurde am 14.10.2010 ein Verstoß gegen Art. 6 EMRK wegen Verletzung des *nemo tenetur*-Grundsatzes festgestellt. Dabei hielt der EGMR unter Bezugnahme auf seine Türkei-Rechtsprechung in den Sachen *Dayanan* und *Salduz* explizit fest, dass der Zugang zum Verteidiger von Beginn der *garde à vue* an und insbesondere auch während der Vernehmungen gewährleistet sein muss, zumal dann, wenn eine Belehrung über das Schweigerecht nicht stattgefunden hat.⁷⁸ Lag diese Rechtsprechung auf einer Linie mit dem bereits eingeschlagenen Reformkurs, so drohte mit einer anderen Entscheidung neues Ungemach: Unter Fortführung seiner Rechtsprechung in der Sache *Medvedyev u.a. ./. Frankreich*⁷⁹ bekräftigte der EGMR am 23.11.2010 in der Rechtssache *Moulin ./. Frankreich* seine Auffassung, wonach der französische Staatsanwalt – ungeachtet seiner nach nationalem Verfassungsrecht begründeten Zugehörigkeit zur ordentlichen Gerichtsbarkeit – nicht ein zur Kontrolle von Freiheitsentziehungen berufener „Richter“ oder eine „andere gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigte Person“ i.S.v. Art. 5 Abs. 3 EMRK ist.⁸⁰

Die Cour de cassation erkannte diese Auslegung des EGMR zum Richterbegriff zwar am 15.12.2010 unter Aufgabe ihrer früheren Rechtsprechung ausdrücklich an, erteilte dabei jedoch zugleich der von Teilen des Schrifttums gezogenen Schlussfolgerung, wonach die Alleinzuständigkeit des Staatsanwalts zur Kontrolle der ersten 48 Stunden der *garde à vue* konventionswidrig sei, eine Absage, da die EMRK sich mit der „unverzöglichen“ – d.h. nach ständiger Rechtsprechung des EGMR: binnen maximal vier Tagen nach Beginn der Freiheitsentziehung zu realisierenden⁸¹ – Vorführung vor einen Richter begnügt.⁸²

Auf Grundlage der seither ergangenen Judikate überarbeitete der Gesetzgeber den Regierungsentwurf vom 13.10.2010; die endgültige Fassung wurde am 12.4.2011 verabschiedet und konnte bereits am 14.4.2011 verkündet werden, da

⁷⁸ EGMR, Urte. vom 14.10.2010, *Brusco ./. Frankreich*, Az.: 1466/07, § 45.

⁷⁹ EGMR, Urte. vom 10.7.2008, *Medvedyev u.a. ./. Frankreich*, Az.: 3394/03, § 61.

⁸⁰ EGMR, Urte. vom 23.11.2010, *Moulin ./. Frankreich*, Az.: 37104/06, §§ 55 ff. – Das Urteil hat in den frz. Medien heftige, zum Teil stark emotional besetzte Reaktionen ausgelöst. Häufig war von einer grundsätzlichen Infragestellung des „französischen Modells der Staatsanwaltschaft“ zu lesen. Dabei wurde jedoch die Tragweite der ausschließlich auf die *habeas corpus*-Regelung in Art. 5 Abs. 3 EMRK bezogenen Entscheidung häufig verkannt, so etwa von *Coujard*, Justice: les leçons données à la France par l'Europe, LeMonde.fr. 16.12.2010. Richtig dagegen die Analyse von *Danlos*, AJ Pén. 2014, 404.

⁸¹ EGMR, Urte. vom 3.2.2009, *Ipek u.a. ./. Türkei*, Az.: 17019/02, 30070/02, § 36: “The Court reiterates that it has held, on many occasions, that the strict time constraint imposed for detention without judicial control is a maximum of four days.”; Urte. vom 23.6.2009, *Oral und Atabay ./. Türkei*, Az.: 39686/02, § 43; siehe *Pradel*, D. 2011, 342 m.w.N.

⁸² Crim. 15.12.2010, Bull. n° 207.

keine Vorabvorlage an den C. const. erfolgte. Noch bevor jedoch das Gesetz schließlich am 1.6.2011 in Kraft trat, sorgte ein weiterer richterlicher Dissens – diesmal innerhalb der verschiedenen Spruchkörper der Cour de cassation selbst – für zusätzliche Verwirrung: Im Gegensatz zu ihrer Strafkammer vertrat die in ausländerechtlichen Sachen zuständige 1. Zivilkammer der Cour de cassation die Auffassung, dass der Feststellung der Konventionswidrigkeit der *garde à vue* unmittelbare Wirkung zukommen, sie also auch bereits auf in der Vergangenheit liegende Sachverhalte angewandt werden müsse. Diesem Standpunkt folgte die infolgedessen angerufene Vollversammlung des Gerichts in vier Entscheidungen vom 15.4.2011.⁸³ Die vom Justizministerium noch mit Rundschreiben vom selben Tag ausgegebene Weisung an die Staatsanwälte und Polizisten, die konventionsbedingten inhaltlichen Neuerungen der Reform (Anwaltsbeistand, Schweigerechtsbelehrung) mit sofortiger Wirkung anzuwenden,⁸⁴ konnte nicht verhindern, dass es bei noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Altfällen vielfach zu Aufhebungen in der Rechtsmittelinstanz kam.⁸⁵

In einer mit Spannung erwarteten QPC-Entscheidung vom 18.11.2011 erteilte der vor der Verabschiedung des Gesetzes nicht angerufene C. const. den zentralen und umstrittensten Aspekten der zum 1.6.2011 in Kraft getretenen Neuregelung, welche vor allem die Grenzen der Mitwirkung des Verteidigers und die Möglichkeiten der polizeilichen Vernehmung eines Verdächtigen außerhalb des Rechtsrahmens der *garde à vue* betrafen (*audition libre*), nachträglich seinen Segen.⁸⁶ Während das Verfassungsgericht nur im Hinblick auf die *audition libre* im Wege der verfassungskonformen Auslegung einen Vorbehalt formulierte und in späteren Entscheidungen lediglich Einzelaspekte im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung der *garde à vue* beanstandet wurden,⁸⁷ gingen in Schrifttum und Praxis die Meinungen darüber auseinander, ob der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung der Rechtsstellung des *gardé à vue* weit genug oder aber – so vielfach die Kritik aus

⁸³ Cass., Ass. plén. 15.4.2011, Bull. n° 1–4.

⁸⁴ Circulaire relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011.

⁸⁵ Cass., Ass. plén. 15.4.2011, Bull. n° 1–4; Crim. 10.9.2014, n° 13-82.507.

⁸⁶ C. const. 18.11.2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC; siehe dazu etwa Pradel, JCP G 2011, 2565; krit. Matsopoulou, D. 2011, 3034; Leroy, Dr. pén. 2012, Etude n° 4, 22.

⁸⁷ C. const. 17.2.2012, n° 2011-223 QPC (Einschränkbarkeit des freien Verteidigerwahlrechts bei Terrorismusstraftaten); 6.4.2012, n° 2012-228/229 QPC (Ausschluss der audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung bei bestimmten Verbrechen); 4.12.2013, n° 2013-679 DC, §§ 76 f. und 9.10.2014, n° 2014-420/421 QPC (Anwendbarkeit des Sonderregimes in Art. 706-88 CPP auf Wirtschaftsstraftaten). Die Verfassungsmäßigkeit der neugefassten Einschränkungen des Verteidigerzugangs im Rahmen des Sonderregimes für Schwerekriminalität (Art. 706-88 Abs. 6–8 CPP, siehe dazu unten 2.b. und D.3.) wurde dagegen jüngst bejaht, C. const. 21.11.2014, n° 2014-428 QPC. Eine (erneute) Überprüfung von Art. 706-88 Abs. 1–5 CPP lehnte das Verfassungsgericht ab, C. const. 9.10.2014, n° 2014-420/421 QPC.

Polizeikreisen – zu weit gegangen ist.⁸⁸ Ob der Gesetzgeber auf Dauer dem Druck der Polizeilobby standhalten würde, die bereits einen Rückgang der Aufklärungs-raten beklagte,⁸⁹ erschien zunächst gleichermaßen ungewiss wie die letztlich vom EGMR zu beurteilende Frage, ob die Neuregelung – wie von der Cour de cassation und dem Conseil d'Etat angenommen⁹⁰ – tatsächlich konventionsrechtlichen Standards genügt.⁹¹ Inzwischen sieht es ganz danach aus, als hätten die neu geschaffenen Garantien Bestand und würden ihrerseits – im Zusammenhang mit der unionsrechtlich veranlassten Angleichung des Strafverfahrens in den Mitgliedstaaten – als Grundlage und Vorbild für weitere Verbesserungen der Rechtsstellung des Verdächtigen in der *enquête* dienen.

dd) Entwicklungstendenzen seit der großen Reform von 2011, insbesondere Umsetzung der EU-Richtlinie über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch Gesetz vom 27.5.2014

Weitergelung Reformimpulse wurden im Schrifttum nicht nur vonseiten des EGMR erwartet, sondern auch und vor allem von den neuen Harmonisierungsrichtlinien auf EU-Ebene (siehe oben Einleitung, I.B.2.).⁹² Insoweit war zwar davon auszugehen, dass auch Teilaspekte der *garde à vue* (Akteneinsicht, Belehrungen) berührt würden; vor allem aber stand zu erhoffen, dass die vom Schrifttum zunehmend kritisierte Rechtlosstellung des Verdächtigen außerhalb der *garde à vue*, insbesondere im Rahmen der *audition libre*, infrage gestellt würde.⁹³

Dieser wichtige und weithin als überfällig wahrgenommene Schritt wurde durch Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014 vollzogen, mit dem Frankreich die Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in

⁸⁸ Zur Kritik aus Verteidigersicht siehe *Charrière-Bournazel*, *Gaz. Pal.* 2011, Colloque n° 16374, 2530 ff.; zur umgekehrten Kritik aus Sicht von Strafverfolgungsbeamten siehe *Laumont*, *Gaz. Pal.* 2011, Colloque n° 16419.

⁸⁹ *De Charette*, *L'Intérieur s'alarme de la baisse des gardes à vue*, *Le Figaro.fr*, 24.7.2011; *Leclerc*, *Selon les policiers, l'efficacité des enquêtes diminue*, *LeFigaro.fr*, 10.10.2011; zur Forderung, für leichtere Straftaten eine *retenue judiciaire* als abgeschwächte Form der *garde à vue* mit kürzerer Dauer und eingeschränkten Garantien einzuführen, siehe *Léger*, *Rapport*, S. 20 f.; *Leclerc*, *Une garde à vue raccourcie pour les petits délits*, *LeFigaro.fr*, 28.10.2011.

⁹⁰ CE 11.7.2012, n° 349752 (*audition libre*, Anwaltsbeistand, Akteneinsichtsrecht); Crim. 19.9.2012, n° 11-88.111 (Akteneinsichtsrecht).

⁹¹ Zuversichtlich *Pradel*, *JCP G* 2011, 2567; skeptisch *Matsopoulou*, *D.* 2011, 3039; *Porteron*, *AJ Pén.* 2013, 105; *Desprez*, *D.* 2012, 2640; offenlassend *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2521-1.

⁹² *Lesclous*, *Dr. pén.* 2012, *Chronique* n° 7, 35; *Leblois-Happe*, *AJ Pén.* 2011, 446.

⁹³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2521-1; *Pradel*, *JCP G* 2011, 2567.

Strafverfahren umgesetzt hat.⁹⁴ Da viele der in dieser Richtlinie vorgesehenen Garantien nicht nur festgenommenen oder inhaftierten, sondern allgemein *sämtlichen* Verdächtigen oder beschuldigten Personen zugute kommen müssen, kam der Gesetzgeber nicht mehr umhin, auch dem außerhalb der Polizeihaft in „freier Vernehmung“ befragten Verdächtigen entsprechende Rechte einzuräumen (Art. 61-1 CPP). In Vorgriff auf die Umsetzung der am 22.10.2013 verabschiedeten Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand hat er ihm darüber hinaus mit Wirkung zum 1.1.2015 die Hinzuziehung eines Verteidigers ermöglicht (zum Ganzen unten 4.). Auf andere Ermittlungsmaßnahmen in der *enquête* wurden diese Rechte allerdings nicht ausgedehnt (dazu bereits oben I.C.1.a.cc.).

Abgesehen davon wurden Anwendungsbereich und Umfang der gesetzlich vorgeschriebenen Informationsrechte in den verschiedenen Phasen des Strafverfahrens signifikant vergrößert. Bei der Polizeihaft wurde der Inhalt der Belehrungspflichten erweitert (Art. 63-1 CPP) und ein eigenes (Minimal-)Akteneinsichtsrecht für den *gardé à vue* eingeführt (Art. 63-4-1 CPP). Außerdem ist sämtlichen von einer strafprozessualen Freiheitsentziehung betroffenen Verdächtigen oder Beschuldigten, also auch dem *gardé à vue*, ein schriftliches Belehrungsformular auszuhändigen (Art. 803-6 CPP). Die Rechtsstellung des Verdächtigen, der – in aller Regel im Anschluss an die *garde à vue* – dem Staatsanwalt vorgeführt wird (sog. *déferement*, Art. 393 CPP; siehe dazu unten 3.e. sowie C.1.c.) wurde ebenfalls erheblich aufgewertet. Außerdem wurden die entsprechenden Garantien (Akteneinsichtsrecht, Schweigerechtsbelehrung etc.) auch in anderen Verfahrensstadien ausgedehnt und vereinheitlicht, insbesondere in Zusammenhang mit Vernehmungen in der gerichtlichen Voruntersuchung (also zugunsten des förmlich Beschuldigten und des unterstützten Zeugen, Art. 113-3 f., 114, 116 CPP) sowie in der Hauptverhandlung vor dem Prozessgericht (also zugunsten des Angeklagten, Art. 406 CPP).⁹⁵

Europarechtliche, genauer: unionsrechtliche Einflüsse waren es schließlich auch, die eines der klassischen Anwendungsfelder der *garde à vue* verschlossen und zur ersatzweisen Schaffung einer neuen ausländerrechtlichen Freiheitsentziehung präventiv-polizeilichen Charakters geführt haben. Da die EU-Rückführungsrichtlinie⁹⁶ einer Strafvorschrift im Wege steht, die den unberechtigten Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen als solchen mit Freiheitsstrafe belegt,⁹⁷ hat die Cour de cassation 2012 entschieden, dass die Anordnung der *garde à vue*, die ihrerseits den Verdacht einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftat voraussetzt (Art. 62-2, 67 CPP), wegen

⁹⁴ *Allain*, AJ Pén. 2014, 52; 204; 261; 549; *Buisson*, Procédures 2014, Comm. n° 214; *Le Coz*, AJ Pén. 2014, 320; *Lesclous*, Dr. pén. 2014, Chronique n° 8; *Roumier*, Dr. pén. 2014, Alerte n° 14; n° 32; *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15.

⁹⁵ Zu diesen beiden Sachkomplexen siehe unten III.D.

⁹⁶ Richtlinie 2008/115/EG vom 16.12.2008.

⁹⁷ EUGH, Urt. vom 28.4.2011, *El Dridi*, C-61/PPU; 6.12.2011, *Achughbabian*, C-329/11.

eines behaupteten Verstoßes gegen ex-Art. L. 621-1 CESEDA ausscheidet.⁹⁸ Mit Gesetz vom 31.12.2012 wurde daher im Ausländerrecht ein neuartiges, 16-stündiges präventiv-polizeiliches Festhalterrecht zum Zwecke der Überprüfung der Aufenthaltsberechtigung (*retenue pour vérification du droit au séjour*, Art. L. 611-1-1 CESEDA) geschaffen, das hinsichtlich der normativen Ausgestaltung der Rechtsstellung des Betroffenen sowie der Anordnungs- und Kontrollzuständigkeiten offenkundig der *garde à vue* nachgebildet wurde.⁹⁹

Anhaltende Reformdiskussionen interessieren sich nur mehr punktuell für die Polizeihaft als solche. Dort wird vor allem darüber diskutiert, ob eine Erweiterung des Umfangs des Akteneinsichtsrechts (siehe unten D.3.) europarechtlich und/oder rechtspolitisch geboten ist.¹⁰⁰ Im Übrigen kreisen die Debatten weiterhin um die zentrale Frage, ob die dem Verdächtigen in der Polizeihaft und nunmehr auch in der *audition libre* eröffneten Garantien nicht auch auf andere Situationen in der *enquête* zugunsten des *suspect libre* ausgedehnt werden sollten (siehe dazu bereits oben I.C.1.a.cc.).

2. Anwendungsbereich und Regelungstechnik

Infolge der mannigfachen Reformen seit Beginn der 1990er Jahre ist aus der anfänglich fehlenden und dann lange Zeit knapp gehaltenen gesetzlichen Regelung eine ausdifferenzierte und dicht normierte Materie geworden, die durch einen relativ strengen Formalismus gekennzeichnet ist.¹⁰¹ Allein der Kernregelungsbereich der Art. 62-2 bis 64-1 CPP, der noch durch eine Reihe weiterer Vorschriften in anderen Gesetzesabschnitten (z.B. Art. 77, 154, 706-88 f. CPP) ergänzt wird, umfasst inzwischen über 20 teils sehr umfangreiche Bestimmungen. Während das mit der Anwendung der Vorschriften befasste Strafverfolgungspersonal die zunehmende Vielfalt und Komplexität der verfahrensrechtlichen Anforderungen und Zwänge bemängelt,¹⁰² ist in systematischer Hinsicht eine durch die Zersplitterung und Kurzlebigkeit der Materie bedingte Unübersichtlichkeit auszumachen, welche die Lesbarkeit der Bestimmungen erheblich erschwert.¹⁰³ Die ohne rechtliche Außenwirkung ausgestatteten Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums vom

⁹⁸ Crim. 5.6.2012, avis n° 9002; Civ. 1re, 5.7.2012, n° 11-30.530; 11-30.371; 11-19.250; vgl. dagegen C. const. 3.2.2012, n° 2011-217 QPC, der ex-Art. L. 621-1 CESEDA mangels Prüfung der Vereinbarkeit mit Unionsrecht für verfassungskonform befunden hat; *Maron/Haas*, Dr. pén. 2012, Comm. n° 124; *Levade*, JCP G 2012, 1496; *Mathon*, D. 2012, 1997.

⁹⁹ Vgl. das *Exposé des motifs* zum Gesetzesvorschlag vom 28.9.2012 (Sénat, n° 789).

¹⁰⁰ *Beaume*, Rapport, S. 50 ff.; *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15, Rn. 16.

¹⁰¹ *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 765: „strict formalisme“.

¹⁰² *Laumont*, Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16419, 2547; *Foll/Poinas*, RPDP 2010, 600.

¹⁰³ Vgl. *Léger*, Rapport, S. 27; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2520; *Rassat*, Propositions, S. 130: „monstre juridique“; *Gil-Robles*, Rapport, S. 16 Rn. 41; *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15, Rn. 11 ff.

23.5.2011 zur Neuregelung der *garde à vue* enthalten umfangreiche Auslegungshinweise, um eine einheitliche Strafverfolgungspraxis sicherzustellen.¹⁰⁴ Im Zusammenhang mit der Gesetzesreform von 2014 wurden sie unlängst durch zwei weitere ministerielle Rundschreiben ergänzt und teilweise modifiziert.¹⁰⁵

a) *Allgemeines Strafverfahren (régime de droit commun)*

Die *garde à vue* ist in sämtlichen Stadien des Ermittlungsverfahrens anwendbar. Primärer Regelungsstandort sind die Vorschriften über das Flagranzverfahren (Art. 62-2 bis 64-1 CPP). Die Besonderheiten, die für die Maßnahme lange Zeit im Rahmen der *enquête préliminaire* galten, wurden sukzessive eingeebnet und schließlich durch das Gesetz vom 14.4.2011 ganz beseitigt: Art. 77 CPP enthält heute eine schlichte Verweisung auf die Regelungen der *enquête de flagrance*. Fortbestehende Divergenzen zwischen den beiden Formen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens haben ihre Ursache außerhalb des Rechts der *garde à vue*: Da diese selbst nur ein Festhalte-, nicht jedoch ein Festnahmerecht verleiht, wirkt sich die Beschränkung des Jedermanns-Festnahmerechts (Art. 73 Abs. 1 CPP) auf flagrante Straftaten (Art. 53 Abs. 1 CPP) bzw. umgekehrt das Fehlen einer Spontanfestnahmemöglichkeit im Rahmen der *enquête préliminaire* zumindest indirekt auch auf die Einsatzmöglichkeiten der *garde à vue* aus. Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung kommen *garde à vue* und *audition libre* im Fall eines Ermittlungersuchens (*commission rogatoire*) ebenfalls in Betracht: Art. 154 CPP verweist insoweit auf die Art. 61-1 und Art. 62-2 bis 64-1 CPP, überträgt jedoch die dort geregelten staatsanwaltschaftlichen Kontroll- und Leitbefugnisse auf den Untersuchungsrichter. Besonderheiten ergeben sich in diesem Verfahrensstadium aus der eingeschränkten Anwendbarkeit der Maßnahme gegenüber bestimmten Personen.

Aus Gründen der Übersichtlichkeit der Darstellung werden nachfolgend, sofern nicht anders angegeben, die Regelungen über das Flagranzverfahren zugrunde gelegt. Soweit dabei von der Rolle des Staatsanwalts die Rede sein wird, ist stets zu beachten, dass dessen Kompetenzen während der gerichtlichen Voruntersuchung vom Untersuchungsrichter wahrgenommen werden (Art. 154 Abs. 2 CPP).

b) *Sonderregelungen bei bestimmten Straftatbeständen (régime dérogatoire)*

Zwischen 1963 und 1981 enthielten die Vorschriften über das Verfahren im Zuständigkeitsbereich des anlässlich der Algerienkrise eingerichteten Staatssicherheitsgerichtshofs in Art. 16 des Gesetzes n° 63-23 vom 15.1.1963 über die Cour de

¹⁰⁴ Circulaire CRIM-2011-13 relative à l'application des dispositions relatives à la garde à vue. Zur Vereinbarkeit der in ihnen enthaltenen Auslegungsvorgaben mit der EMRK: CE 11.7.2012, n° 349.752; krit. *Porteron*, AJ Pén. 2013, 105.

¹⁰⁵ Circulaires vom 23.5.2014, JUSD1412016C und vom 19.12.2014, JUSD1430472C.

sûreté de l'Etat einschneidende Verschärfungen für das Recht der *garde à vue*. Diese bezogen sich vor allem auf die zulässige Höchstdauer der Maßnahme: Ihre Grunddauer betrug in Staatsschutzsachen 48 anstatt der sonst üblichen 24 Stunden. In Friedenszeiten konnte die *garde à vue* anfänglich auf bis zu zehn Tage verlängert werden; mit Gesetz n° 70-643 vom 17.7.1970 wurde diese Maximaldauer auf sechs Tage reduziert. In Not-, Krisen- und Kriegszeiten war eine Verlängerung auf bis zu 15 Tage, ab 1970 auf höchstens zwölf Tage möglich.¹⁰⁶

Wenngleich die Abschaffung dieser letzten „echten“ *juridiction d'exception* Anfang der 1980er Jahre unter Präsident *Mitterand* von dem Willen getragen war, fortan auf ein aus den herkömmlichen Gesetzen herausgelöstes Ausnahmestraf-(prozess)recht zu verzichten,¹⁰⁷ begannen sich bereits wenig später innerhalb des allgemeinen Strafverfahrens im CPP abweichende Spezialvorschriften herauszubilden, die auch und gerade die *garde à vue* zum Gegenstand hatten (*régime dérogatoire*).¹⁰⁸ Diese Abweichungen hatten zunächst punktuellen Charakter, dienten dem Gesetzgeber aber als Vorbild für künftige Erweiterungen. Die mit Gesetz n° 86-1020 vom 9.9.1986 geschaffenen Spezialregelungen für die Verfolgung terroristischer Straftaten (Art. 706-16 ff. CPP) enthielten in ex-Art. 706-23 CPP zwei über die allgemeinen Bestimmungen hinausgehende richterliche Verlängerungsmöglichkeiten der *garde à vue* auf insgesamt 96 Stunden.¹⁰⁹ Mit Gesetz n° 92-1336 vom 16.12.1992 wurde in dem neu geschaffenen Kapitel über die Verfolgung von Betäubungsmittelhandel (Art. 706-26 ff. CPP) in ex-Art. 706-29 CPP eine nahezu wortgleiche Befugnis eingefügt. 2004 erfolgte schließlich – unter Aufhebung der Art. 706-23, 706-29 CPP – eine Ausdehnung und Verallgemeinerung dieser Sonderbestimmungen auf alle Formen organisierter Kriminalität (i.w.S.). Der XXV. Titel des Vierten Buches des CPP enthält seither in seinem 3. Abschnitt (*De la garde à vue*, Art. 706-88 f. CPP) Spezialvorschriften, die für sämtliche im Katalog des Art. 706-73 CPP bezeichneten Straftaten – mit Ausnahme von Nr. 20, siehe Art. 706-88 Abs. 10 CPP – gelten.¹¹⁰ Innerhalb dieses „allgemeinen Sonder-

¹⁰⁶ Ausf. *Kapp-Schwoerer*, Politischer Strafprozess, S. 65 ff., 192 ff.; *Trolliet*, Gardes à vue dérogatoires, S. 60 ff.

¹⁰⁷ *Stigall*, Counterterrorism, S. 128–130. Bestehen blieben allerdings bis zum Gesetz vom 4.1.1993 die strafprozessualen Ausnahmekompetenzen des Präfekten bei Straftaten gegen die Staatsicherheit (Art. 30 Abs. 1 CPP a.F.), in deren Rahmen eine bis zu zehntägige *garde à vue* zulässig sein sollte (Art. 30 Abs. 3 CPP a.F.).

¹⁰⁸ Der noch unter Präsident *Giscard d'Estaing* mit Gesetz n° 81-82 vom 2.2.1981 eingefügte Art. 61-1 CPP (a.F.), der für bestimmte Straftaten im Fall der Tatbegehung durch zwei oder mehrere Personen eine – richterliche – Verlängerungsmöglichkeit auf insgesamt 72 Stunden vorsah, war bereits durch das Gesetz n° 83-446 vom 10.6.1983 (Art. 17) wieder abgeschafft worden.

¹⁰⁹ Zum Vorbildcharakter der terroristischen Sonderbestimmungen für die späteren Erweiterungen siehe *Thibaud*, Législation antiterroriste, S. 2; *Lazerges*, RSC 2003, 649 f.

¹¹⁰ Der Gesetzgeber ist aufgrund des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes daran gehindert, dieses Sonderpolizeihafrecht auf Wirtschaftsstraftaten zu erstrecken, die weder Sicherheit noch Würde oder Leben von Personen schützen, C. const.

regimes“ für organisierte Kriminalität wurden durch Gesetz n° 2006-64 vom 23.1.2006 zwei besondere Verlängerungsmöglichkeiten für terroristische Straftaten (Art. 706-73 Nr. 11 CPP) geschaffen, kraft derer die Maßnahme in Ausnahmefällen eine Maximaldauer von 144 Stunden, also sechs vollen Tagen, erreichen kann (Art. 706-88-1 CPP). Nachdem die außerhalb des XXV. Titels vorgesehenen, *garde à vue*-spezifischen Sonderregelungen im Zusammenhang mit der Verfolgung organisierter Kriminalität oder sonstiger schwerer Straftaten entweder in diesen Titel integriert wurden¹¹¹ oder aber entfallen sind,¹¹² finden sich heute alle straftat-spezifischen Sonderregelungen, die das *régime dérogatoire* der *garde à vue* charakterisieren, in diesem Abschnitt konzentriert (Art. 706-88 f. CPP).

3. Sonstige polizeiliche Festnahme- und Festhaltebefugnisse

a) Der *garde à vue* nachgebildete repressiv-polizeiliche Institute

aa) Retenue douanière als zollrechtliches Festhalterrecht

Bei der *retenue douanière*, dem Zollfesthalterrecht, handelt es sich um eine eigenständig geregelte Form der *garde à vue* im Zusammenhang mit der Verfolgung zollrechtlicher Vergehen, die von einem Zollbeamten (*agent des douanes*) im Anschluss an die Flagranzfestnahme angeordnet werden kann.¹¹³ Sie wurde 1983 nach dem Vorbild der Regelungen über die *garde à vue* in Art. 323 Abs. 3 des Zollgesetzbuchs (Code des douanes) eingefügt, wo bis dato lediglich ein Recht zur Festnahme auf frischer Tat (*flagrant délit douanier*) geregelt war. Ähnlich wie bei der Kodifizierung der *garde à vue* ging es bei der Schaffung der *retenue douanière* vorwiegend darum, die Festhaltesituation, die jeder Festnahme immanent ist bzw. notwendigerweise nachfolgt, mit rechtlichen Kautelen auszustatten.¹¹⁴ Neben der funktionalen Übereinstimmung mit der *garde à vue* war anfangs auch die normative Ausgestaltung beider Institute weitgehend deckungsgleich, so etwa im Hinblick auf die 24-stündige Grunddauer und die Möglichkeit der Verlängerung durch den Staatsanwalt auf weitere 24 Stunden. Während jedoch der Gesetzgeber die

4.12.2013, n° 2013-679 DC, §§ 76 f.; 9.10.2014, n° 2014-420/421 QPC. Im Übrigen erachtet der C. const. die Bestimmungen in Art. 706-88 CPP jedoch als verfassungskonform.

¹¹¹ Die Regelungen über den Anwaltsausschluss, die vormalig in Art. 63-4 Abs. 7 CPP normiert waren, wurden 2011 in den Rahmen der Art. 706-73 ff. CPP übergeführt (siehe nunmehr Art. 706-88 Abs. 6 CPP).

¹¹² Die in Art. 64-1 Abs. 7 CPP a.F. vorgesehene Ausschlussregelung für die audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung im Hinblick auf die in Art. 706-73 CPP genannten Verbrechen wurde 2012 für verfassungswidrig befunden, C. const. 6.4.2012, n° 2012-228/229 QPC.

¹¹³ Eingehend zum Verhältnis beider Institute *Detraz*, Dr. pén. 2010, Dossier n° 4, 19.

¹¹⁴ Travaux parlementaires, Article 22 de la loi 87-502 du 8 juillet 1987 modifiant les procédures fiscales et douanières, abgedruckt im *Historique des dispositions* zu C. const. 22.9.2010, n° 2010-32 QPC, S. 9 ff.

Rechtsposition des *gardé à vue* ab 1993 spürbar aufwertete, blieb die Regelung des zollrechtlichen Äquivalents über fast 30 Jahre hinweg unverändert.¹¹⁵

Erst 2011 erfolgte gleichzeitig mit der Reform der *garde à vue* eine Neuregelung, die den Gleichlauf der beiden Maßnahmen vor allem im Hinblick auf die Verteidigungsrechte des Betroffenen wieder hergestellt hat, nachdem der C. const. zuvor die Verfassungswidrigkeit der alten Rechtslage zur *retenue douanière* festgestellt hatte.¹¹⁶ Bemerkenswert ist, dass der Gesetzgeber anders als bei der *garde à vue* auf eine Aufzählung von Haftgründen (*principe de légalité*) verzichtet hat und sich weiterhin mit einer Ermittlungsgeneralklausel (*lorsque cette mesure est justifiée par les nécessités de l'enquête douanière*, Art. 323-1 Code des douanes) begnügt, welche die Entscheidung über die Anordnung der Maßnahme in das freie Ermessen des Zollbeamten zu stellen scheint (*principe d'opportunité*). Im Vergleich zur alten Rechtslage soll dies gleichwohl einen Fortschritt darstellen, denn Art. 323 Abs. 3 Code des douanes a.F. enthielt sich gar noch jedweder Aussage über die Motive der Freiheitsentziehung.¹¹⁷ Die durch Gesetz vom 27.5.2014 im Zusammenhang mit *garde à vue* und *audition libre* gebrachten Verbesserungen gelten auch für die *retenue douanière* (Art. 67 F, 323-6 Code des douanes).

bb) Festnahme- und Festhalterecht bei Verstößen gegen Kontrollauflagen

Ein spezielles polizeiliches Festnahme- und Festhalterecht gewährt der mit Gesetz n° 2010-769 vom 9.7.2010 eingefügte Art. 141-4 CPP: Besteht der Verdacht eines Verstoßes gegen im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung verhängte Auflagen des *contrôle judiciaire* gemäß Art. 138 Nr. 9 (Kontaktverbot zu bestimmten Personen) oder Art. 138 Nr. 17 CPP (Aufenthaltsverbot in Fällen von häuslicher Gewalt und ggf. Pflicht, sich in medizinische Behandlung zu begeben), so kann die Polizei den Betroffenen von Amts wegen oder auf Weisung des Untersuchungsrichters ergreifen (*appréhender*) und sodann auf Anordnung eines höheren Polizeibeamten bis zu 24 Stunden festhalten (*retenir*), um seine Situation zu überprüfen und ihn zu dem ihm zur Last gelegten Verstoß anzuhören.¹¹⁸ Das Gesetz n° 2014-896 vom 15.8.2014 hat auch die Kontrollauflagen nach Art. 138 Nr. 1, 2, 3, 8 und 14 CPP und die gerichtliche Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung (*assignation à résidence avec surveillance électronique*) in den Anwendungsbereich dieser Maßnahme mitaufgenommen. Einzelheiten zum Verfahren

¹¹⁵ Detraz, RSC 2013, 585; krit., auch im Hinblick auf die restriktive Haltung der Rechtsprechung, die eine analoge Anwendung der Garantien der *garde à vue* ablehnte, Merle/Vitu, Traité II, Rn. 305.

¹¹⁶ C. const. 22.9.2010, n° 2010-32 QPC; Gesetz n° 2011-392 vom 14.4.2011.

¹¹⁷ Leroy, Proc. pén., Rn. 476; ders., Garde à vue, in: JCl., Rn. 15.

¹¹⁸ Zur Anwendbarkeit der Vorschrift außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung siehe Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2687, wonach in diesem Fall der Staatsanwalt die Befugnisse des Untersuchungsrichters ausübt.

regeln die Abs. 2–7. Dort wird im Hinblick auf das Recht zur Benachrichtigung Dritter, das Recht auf ärztliche Untersuchung, die Protokollierungsvorschriften und den Anspruch auf ein 30-minütiges Gespräch mit dem Anwalt auf die entsprechenden Regelungen bei der *garde à vue* verwiesen, wobei jedoch ursprünglich die Belehrungsvorschriften in Art. 63-1 CPP (z.B. Schweigerechtsbelehrung, Information über zulässige Dauer der Maßnahme) und die Art. 63-4-1 ff. CPP (insb. Recht des Anwalts auf Anwesenheit während der Vernehmung) von der Verweisung ausgenommen waren.¹¹⁹ Diesem Defizit hat der Gesetzgeber 2014 mit der Neuregelung der einschlägigen Vorschriften abgeholfen.

Von der *garde à vue* unterscheidet sich diese polizeiliche Eingriffsermächtigung insofern, als sie nicht nur ein Festhalterecht, sondern auch ein Recht zum Ergreifen des Betroffenen gewährt. Außerdem knüpft Art. 141-4 CPP nicht an den Verdacht der Straftat an, derentwegen das Strafverfahren durchgeführt wird, sondern an den mutmaßlichen Verstoß gegen eine gerichtliche Kontrollauflage. Geht es bei der *garde à vue* um die Klärung der Strafbarkeit, so steht hier die Verhängung der *détention provisoire* als Sanktion für den zu prüfenden Verstoß gegen die ihrerseits nicht strafbewehrten Anordnungen des *contrôle judiciaire* im Raum (Art. 143-1 Abs. 2, 141-2 CPP). Die für die Anordnung des *contrôle judiciaire* maßgebliche Anlasstat ist insoweit also lediglich mittelbar von Relevanz.¹²⁰

b) Repressiv-polizeiliche Zugriffsmöglichkeiten im Vorfeld einer *garde à vue*

aa) Spontanfestnahmerecht gegenüber Tatverdächtigen im Flagranzverfahren

Art. 73 Abs. 1 CPP regelt das auch Polizeibeamten zustehende Jedermannsrecht auf Flagranzfestnahme gegenüber Beteiligten an Verbrechen und Vergehen.¹²¹ Während die Festnahme durch Privatpersonen nur in unmittelbarem Zusammenhang mit einer frischen Tat i.S.v. Art. 53 Abs. 1 CPP in Betracht kommt (*situation de flagrance*),¹²² soll den Polizeibeamten diese Festnahmebefugnis während der gesamten Dauer der ggf. bis zu 16-tägigen *enquête de flagrance* eröffnet sein (vgl.

¹¹⁹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2671.

¹²⁰ Eine nahezu identische Regelung enthält der gleichzeitig eingeführte und 2014 entsprechend angepasste (ex-)Art. 712-16-3 CPP (nunmehr Art. 709-1-1 CPP) für den Zeitraum nach rechtskräftiger Verurteilung für den Fall des Verdachts eines Verstoßes gegen vom Vollstreckungsgericht ausgesprochene – nicht strafbewehrte – Haftauflagen. Erweist sich dieser Verdacht als zutreffend, so wird er mit einem Widerruf der Haftlockerung geahndet.

¹²¹ Spezialfälle des Flagranzfestnahmerechts enthalten die Art. 323-1 Code des douanes (Zolldelikte) und Art. 24 CPP (Delikte gegen Forst- oder Agrareigentum).

¹²² Vgl. aber CA Aix-en-Provence, 21.9.2000, BICC n° 530 vom 1.3.2001, n° 257, wonach eine das Festnahmerecht eröffnende Tatfrische wegen besonderer Umstände auch noch sechs Tage nach dem mutmaßlichen Tatzeitpunkt in Betracht kommen soll.

Art. 53 Abs. 2 CPP).¹²³ Ein über die Festnahme als solche hinausgehendes Festhaltenrecht oder eine Vernehmungsbefugnis ist mit Art. 73 Abs. 1 CPP nicht verbunden, der Betroffene ist vielmehr umgehend zu einem höheren Polizeibeamten zu verbringen,¹²⁴ dem die Entscheidung über die Anordnung der *garde à vue* obliegt (Art. 73 Abs. 2 Satz 1 CPP).¹²⁵ Entsprechend der Anscheinstheorie (*théorie de l'apparence*) kommt es für die Annahme der Festnahmevoraussetzungen auf den Moment der Festnahme an.¹²⁶ Durfte der Polizeibeamte zu diesem Zeitpunkt vom Vorliegen eines Verbrechens oder Vergehens ausgehen, so ist es unschädlich, wenn die Tat sich im Nachhinein als bloße Übertretung herausstellt.¹²⁷ Gleiches gilt, wenn aufgrund der konkreten Umstände die Verwirklichung eines Straftatbestands wahrscheinlich erschien, der Verdacht sich jedoch später nicht bestätigt.¹²⁸ Bei der Durchführung der Festnahme wird die grundsätzlich zulässige Anwendung von Gewalt durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz eingeschränkt.¹²⁹ Das in anderem Zusammenhang geregelte Verbot des nächtlichen (zwischen 21 Uhr und 6 Uhr) Eindringens in eine Wohnung (Art. 134, 59 CPP) soll grundsätzlich auch bei der Flagranzfestnahme gelten.¹³⁰

bb) Zwangsweise Durchsetzung der polizeilichen Vorladung gegenüber Jedermann

Im Flagranzverfahren können am Tatort angetroffene Personen unabhängig davon, ob sie tatverdächtig sind oder nicht, vom höheren Polizeibeamten unter Einsatz von Zwang zum Erscheinen auf der Polizeiwache verpflichtet werden (Art. 61 Abs. 3 Satz 2 CPP).¹³¹ Auch im Übrigen besteht in sämtlichen Stadien des Ermittlungsverfahrens eine Jedermannspflicht, der Vorladung (*convocation*) eines höheren Polizeibeamten, die in dessen Ermittlungsermessen steht (*pour les nécessités de l'enquête*, Art. 78 Abs. 1 Satz 1 CPP), Folge zu leisten (Art. 61 Abs. 3 Satz 1, 78 Abs. 1 Satz 1; Art. 153 Abs. 1 Satz 1 CPP).¹³² Die zwangsweise Durchsetzung dieser Ladung ist – seit Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 auch im Rahmen der *en-*

¹²³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2516; *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 122; a.A. im Ansatz, i.E. dann aber wie hier *Gogorza*, Dr. pén. 2012, Etude n° 23, Rn. 19.

¹²⁴ Crim. 16.2.1988, Bull. n° 75: „dans les meilleurs délais que les circonstances permettent“; 23.3.1999, Bull. n° 51; 1.10.1979, Bull. n° 263.

¹²⁵ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2537-1 a.E.: Flagranzfestnahme als „Vorzimmer“ (*anti-chambre*) der *garde à vue*.

¹²⁶ *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 355; *Lennon*, D. 2005, 2920.

¹²⁷ Crim. 11.3.1992, Bull. n° 110.

¹²⁸ *Renucci*, CPP, Art. 73 Rn. 3 m.w.N.

¹²⁹ *Lennon*, D. 2005, 2920; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2515; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 573; Crim. 13.4.2005, Bull. n° 131; 28.3.2006, Bull. n° 573.

¹³⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2516.

¹³¹ A.a.O., Rn. 1621, 2451.

¹³² Der förmlich Beschuldigte kann in der gerichtlichen Voruntersuchung jedoch nicht polizeilich vorgeladen werden (vgl. Art. 153 Abs. 1 Satz 1 CPP).

quête préliminaire – zulässig, wenn die Person der Vorladung nicht folgt oder dies zu befürchten steht,¹³³ setzt jedoch anders als im Fall des Art. 61 Abs. 3 Satz 2 CPP die Einholung einer vorherigen Erlaubnis des Staatsanwalts (*enquête*) bzw. des Untersuchungsrichters (*instruction*) voraus (Art. 61 Abs. 3 Satz 3, 78 Abs. 1 Satz 2, 153 Abs. 2 CPP).¹³⁴ Im Rahmen eines QPC-Verfahrens hat der C. const. diese Möglichkeit, Tatverdächtige und nicht Tatverdächtige gleichermaßen unter anderem zu Vernehmungszwecken zwangsweise auf das Polizeirevier zu verbringen, für verfassungskonform befunden.¹³⁵ Ein über die Vorführung hinausgehendes Festhalterrecht ist mit dieser Befugnis selbst nicht verbunden, es bestimmt sich vielmehr, ebenso wie die Anhörung des Betroffenen, nach anderen Grundsätzen, wobei insoweit danach zu differenzieren ist, ob dieser der Tat verdächtig ist oder nicht.

cc) Festhalterrecht gegenüber nicht Tatverdächtigen

Gelingt der Polizei der Zugriff auf eine nicht tatverdächtige Person, indem diese sich entweder freiwillig bei der Polizei einfindet oder auf Vorladung hin bei ihr erscheint bzw. zwangsweise zu ihr verbracht wird (Art. 61 Abs. 3, 78 Abs. 1, 153 Abs. 1 CPP), so scheidet zwar – seit 1993/2000 – mangels „hinreichender Verdachtsgründe“ die ein Festhalterrecht begründende Anordnung einer *garde à vue* aus. Für solche „echte“, weil nicht tatverdächtige Zeugen sieht der CPP jedoch in sämtlichen Stadien des Ermittlungsverfahrens ein eigenständiges, maximal vierstündiges polizeiliches Festhalterrecht zum alleinigen Zwecke der Vernehmung vor (*rétenion des témoins réels*, Art. 62 Abs. 2, 78 Abs. 2, 153 Abs. 1 CPP).¹³⁶ Seit der Neufassung der Vorschriften durch Gesetz vom 27.5.2014 ist klargestellt, dass dieses Festhalterrecht zwecks Vernehmung nur ausnahmsweise zulässig ist (vgl. Art. 62 Abs. 1, 2 CPP: „si les nécessités de l'enquête le justifient“). Abgesehen von der Protokollierungspflicht (Art. 61 Abs. 4, 78 Abs. 3, 4, 429 Abs. 2 CPP)¹³⁷ enthält das Gesetz allerdings noch immer keine weiteren Vorgaben für den Ablauf der Freiheitsentziehung bzw. der Vernehmung. Etwaige Belehrungen sind ebenso wenig vorgesehen wie der Zugang zu einem Rechtsbeistand. Da das Gesetz das Festhalterrecht ausdrücklich auf die strikt zur Anhörung erforderliche Zeit begrenzt (*le temps strictement nécessaire à leur audition*), dürfte immerhin das Verbringen in

¹³³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2451, 2464. Krit. im Hinblick auf die Möglichkeit, die zwangsweise Vorführung bereits dann zu veranlassen, wenn nur die Nichtbefolgung der Ladung zu befürchten steht, *Leroy*, Proc. pén., Rn. 483, Fn. 39.

¹³⁴ In der gerichtlichen Voruntersuchung ist der Ausspruch der zwangsweisen Vorführung allerdings dem Untersuchungsrichter vorbehalten; das Nichterscheinen auf dessen Vorladung hin ist als Übertretung strafbar (Art. 153 Abs. 2 CPP i.V.m. Art. 434-15-1 CP).

¹³⁵ C. const. 18.6.2012, n° 2012-257 QPC (Art. 78 CPP).

¹³⁶ Die 2011 eingeführte zeitliche Obergrenze von vier Stunden (siehe Art. 62 Abs. 1 und 78 Abs. 2 CPP) fehlt bei der *commission rogatoire* (vgl. Art. 153 Abs. 1 CPP); offenbar handelt es sich um ein gesetzgeberisches Versehen, siehe *Leroy*, Proc. pén., Rn. 483.

¹³⁷ Ausf. hierzu *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2452 f.

eine Polizeizelle und damit das für den Verlauf der *garde à vue* charakteristische Wechselspiel zwischen Aufhalten in der Zelle und Vernehmungphasen ausscheiden. Die in der gerichtlichen Voruntersuchung – im Rahmen einer *commission rogatoire* auch gegenüber Polizeibeamten – bestehende Vereidigungspflicht (Art. 153 Abs. 1 Satz 1 CPP) ist im polizeilichen Ermittlungsverfahren ausgeschlossen.¹³⁸ Der C. const. hat dieses Festhalterrecht unter ausdrücklicher Betonung der Tatsache, dass es wegen des Vorrangs der *garde à vue* und der mit ihr verbundenen Verteidigungsrechte entfällt, sobald gegen die betreffende Person hinreichende Verdachtsmomente entstehen, die auf eine Tatbeteiligung schließen lassen, für verfassungskonform befunden.¹³⁹ Im Zusammenhang mit der Neuregelung von 2014 hat das Gesetz dieses Vorrangverhältnis auch im Hinblick auf die *audition libre* klargestellt (Art. 62 Abs. 3, 4 CPP).¹⁴⁰ Da das Festhalterrecht an die Zeugenpflicht zum Erscheinen vor der Polizei anknüpft, ist es konventionsrechtlich jedenfalls dem Grunde nach nicht zu beanstanden (Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK).¹⁴¹

dd) Mit spezifischen Ermittlungsmaßnahmen verbundene Festhaltebefugnisse

Im Flagranzverfahren kann der höhere Polizeibeamte allen am Tatort angetroffenen Personen (Verdächtigen wie nicht Verdächtigen) verbieten, sich vor Abschluss der Vor-Ort-Untersuchungen (Tatortsicherung) von diesem zu entfernen (Art. 61 Abs. 1 CPP); Personen, die imstande erscheinen, Auskünfte über den Sachverhalt oder beschlagnahmte Gegenstände zu geben, können vor Ort befragt werden (Art. 61 Abs. 2 CPP).¹⁴² Belehrungen finden dabei nicht statt, auch eine Verteidigerkonsultation ist nicht vorgesehen.

Speziell für die Durchsuchung von Grundstücken (*perquisition*) im Flagranzverfahren sieht der durch Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 eingefügte Art. 56 Abs. 11 CPP, der in der gerichtlichen Voruntersuchung entsprechend anwendbar ist (Art. 96 Abs. 4 CPP), vor, dass anwesende Personen (Verdächtige wie nicht Verdächtige), die imstande erscheinen, Auskünfte über die beschlagnahmten Gegenstände zu geben, vom höheren Polizeibeamten für die zum Abschluss der Maß-

¹³⁸ A. a. O., Rn. 2453.

¹³⁹ C. const. 18.11.2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC, §§ 16 ff. Bedenklich Crim. 19.2.1997, Bull. n° 66, wonach es nicht zu beanstanden sein soll, wenn eine Person zur Überprüfung der Echtheit der Indizien, die auf ihre Tatbeteiligung schließen lassen, zunächst im Rahmen des Art. 62 CPP festgehalten und vernommen wird und erst danach die *garde à vue* angeordnet wird und die mit ihr verbundenen Belehrungen erteilt werden.

¹⁴⁰ Roumier, Dr. pén. 2014, Alerte n° 32.

¹⁴¹ EGMR, Urt. vom 22.2.2011, *Soares u.a. / Rumänien*, § 236; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2474.

¹⁴² Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 10.

nahme strikt erforderliche Zeit festgehalten werden können.¹⁴³ Belehrungen finden auch hier nicht statt, ebenso wenig ist eine Verteidigerkonsultation vorgesehen.¹⁴⁴

Eine ungeschriebene, strikt auf die für die Durchführung der Maßnahme erforderliche Zeit begrenzte Festnahme- bzw. Festhaltebefugnis wird außerdem aus den straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften über die Entnahme einer Blutprobe zur Feststellung der Blutalkoholkonzentration abgeleitet (Art. L. 234-4 f., L. 234-8 f. Code de la route).¹⁴⁵ Ihre Anordnung ist insbesondere bei Verdacht eines Straßenverkehrsdelikts zulässig, wenn die Atemalkoholprobe positiv war oder der Fahrer ihre Abgabe verweigert hat (Art. L. 234-4 Abs. 1 Code de la route).

ee) Befehl zur Festnahme und Anordnung der garde à vue (mandat de recherche)

Der je nach Verfahrensstadium vom Staatsanwalt oder Untersuchungsrichter auszustellende Festnahmebefehl zwecks Durchführung einer *garde à vue (mandat de recherche*, wörtlich: „Suchbefehl“) enthält die Anweisung an die Polizei, die in ihm bezeichnete, tatverdächtige Person zu suchen, zu ergreifen und in *garde à vue* zu nehmen (Art. 122 Abs. 2, 134, 135-1 CPP). Im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens setzt die Anordnung voraus, dass das Verfahren ein Verbrechen oder ein mit mindestens dreijähriger Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen zum Gegenstand hat (Art. 70, 77-4 CPP). In der gerichtlichen Voruntersuchung scheidet sie gegenüber förmlich Beschuldigten, unterstützten Zeugen und den im *réquisitoire introductif* genannten Personen aus (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 CPP). Die Bedeutung dieses durch Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 geschaffenen „Suchbefehls“ liegt insbesondere darin, dass er der Polizei – über die in Art. 73 CPP geregelte Befugnis zur Flagranzfestnahme hinaus – auch im Rahmen des polizeilichen Vorermittlungsverfahrens (*enquête préliminaire*) ein Festnahmerecht verleiht.¹⁴⁶

c) Polizeiliches Festnahme- und Festhalterecht zwecks Identitätsfeststellung

Das in Art. 78-3 CPP detailliert geregelte, kurzfristige Festnahme- und Festhalterecht zum Zwecke der Identitätsüberprüfung (*rétenion pour vérification d'identité*) ist immer dann eröffnet, wenn die von einer Identitätskontrolle nach Art. 78-2 ff. CPP betroffene Person es entweder ablehnt oder nicht imstande ist, ihre Identität nachzuweisen. Wegen der doppelunktionalen Ausgestaltung der Identitätskontroll-

¹⁴³ Eine entsprechende ungeschriebene Festhaltebefugnis war bereits zuvor in der Rechtsprechung anerkannt worden, Crim. 22.6.2000, Bull. n° 242. Siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2491.

¹⁴⁴ Crim. 22.10.2013, Bull. n° 196: Unanwendbarkeit von Art. 63-4-2 CPP.

¹⁴⁵ Crim. 24.1.2007, n° 06-81.901; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2491, 2537-1; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 16.

¹⁴⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2497 f.

befugnis treffen in diesem Instrument zwangsläufig repressiv- und präventiv-polizeiliche Ziele zusammen.

aa) Voraussetzungen der Identitätskontrolle

Die mannigfachen, in Art. 78-2 ff. CPP geregelten Fälle der Identitätskontrolle – deren praktische Durchführung immer wieder Anlass zu Beanstandungen wegen diskriminierender oder entwürdigender Behandlungen gegeben hat¹⁴⁷ – erfassen nicht nur repressiv-polizeiliche, sondern auch genuin präventiv-polizeiliche Situationen.¹⁴⁸ Als repressiv-polizeiliche Maßnahme (*contrôle d'identité de police judiciaire*) ist eine Identitätskontrolle insbesondere gegenüber solchen Personen zulässig, bei denen plausible Gründe für den Verdacht bestehen, dass sie eine Straftat begangen oder zu begehen versucht haben (Art. 78-2 Abs. 1 Spstr. 1 CPP)¹⁴⁹ oder dass sie imstande sind, sachdienliche Auskünfte zu einem polizeilichen Ermittlungsverfahren zu geben (Spstr. 3). Als präventiv-polizeiliche Maßnahme (*contrôle d'identité de police administrative*) ist sie nicht nur gegenüber Personen zulässig, bei denen plausible Gründe für den Verdacht bestehen, dass sie ein Verbrechen oder Vergehen vorbereiten (Spstr. 2),¹⁵⁰ sondern auch allgemein und unabhängig vom Verhalten des Betroffenen (*quel que soit son comportement*) zu dem Zweck, eine Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung, insbesondere der Sicherheit von Personen oder Sachgütern zu verhindern (Art. 78-2 Abs. 2 CPP).

Im Hinblick auf die zuletzt genannte Hypothese hat der C. const. allerdings im Wege der verfassungskonformen Auslegung einen weitreichenden Vorbehalt (*réserve d'interprétation*) formuliert: Da eine nach freiem Gutdünken geübte Praxis generalisierter Identitätskontrollen mit den Freiheitsrechten unvereinbar wäre, muss die handelnde Behörde stets besondere Umstände nachweisen, aus denen sich das der Identitätskontrolle zugrunde liegende Risiko einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung ergibt. Dabei obliegt es der *autorité judiciaire*, also den Richtern und Staatsanwälten der ordentlichen Gerichtsbarkeit, das rechtliche und tatsächliche Vorliegen dieser Gründe zu kontrollieren. Entgegen der gesetzlichen Formu-

¹⁴⁷ *Maréchal*, JCP G 2012, 1986.

¹⁴⁸ Zur Vermengung verwaltungs- und repressiv-polizeilicher Ziele siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2228.

¹⁴⁹ Die Formulierung „une ou plusieurs raisons susceptibles de soupçonner“ wurde durch Gesetz n° 2003-239 vom 18.3.2003 an die Stelle des früheren Kriteriums „un indice faisant présumer“ gesetzt. Zur Verfassungskonformität Crim. 17.8.2011, n° 11-90.063. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung finden sich vor allem solche Fälle, in denen die Cour de cassation die *Verneinung* dieses Tatbestandsmerkmals durch die Tatsacheninstanzen beanstandet hat, siehe etwa Crim. 27.2.2013, n° 12-82.016; 8.1.2013, n° 12-81.126.

¹⁵⁰ Siehe *Buisson*, *Contrôles et relevés d'identité*, in: JCl., Rn. 79 ff., der die häufig zu beobachtende Einordnung dieser Tatbestandsalternative als *mesure de police judiciaire* (siehe nur *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2231) ablehnt.

lierung kommt insoweit auch dem Verhalten der betroffenen Person Bedeutung zu.¹⁵¹

Das Anhalten zwecks Durchführung einer Identitätskontrolle soll auch gegenüber Personen zulässig sein, deren Identität der Polizei bereits bekannt ist.¹⁵² Nach Auffassung der Cour de cassation muss sich die gerichtliche Nachprüfung insoweit auf die Einhaltung des Wortlauts der Ermächtigungsgrundlage beschränken. Da Art. 78-2 CPP nicht ausdrücklich verlangt, dass die Identität der kontrollierten Person *unbekannt* ist, und das Gesetz im Übrigen keine Aussage über die zulässigen Ziele der Maßnahme trifft, sondern allein die Frage regelt, *wann* eine Person dem Identitätskontrollverfahren unterworfen werden kann, soll die Annahme einer rechtswidrigen Verfahrenszweckentfremdung (*détournement de procédure*) selbst dann ausscheiden, wenn die Maßnahme in Wirklichkeit gar nicht auf die Identitätsfeststellung gezielt hat, sondern nur als Vorwand für die Verfolgung anderer polizeilicher Zwecke diene.¹⁵³ Angesichts der Tatsache, dass die Identitätskontrolle in eine Sistierung auf die Polizeiwache münden kann (Art. 78-3 CPP), erscheint die Annahme naheliegend, dass die Maßnahme in der Praxis bei Bedarf auch als kurzfristiger Ersatz für eine anderweitig fehlende (insb. präventiv-polizeiliche) Festnahme- bzw. Festhaltebefugnis dienen kann.¹⁵⁴

bb) Ausgestaltung des Festnahme- und Festhalterechts

Ist die kontrollierte Person nicht willens oder außerstande, ihre Identität nachzuweisen, so kann sie erforderlichenfalls vor Ort oder auf dem Polizeirevier, zu dem sie zum Zwecke der Überprüfung ihrer Identität verbracht werden kann, festgehalten werden (Art. 78-3 Abs. 1 Satz 1 CPP). Auch wenn die Maßnahme an die Nichterfüllung der Identifizierungspflicht anknüpft (Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK), fließen zugleich die präventiven oder repressiven Motive in sie ein, die der Identitätskontrolle ihrerseits zugrunde gelegen haben.

Die festgehaltene Person ist umgehend einem höheren Polizeibeamten vorzuführen, der sie in die Lage versetzt, mit allen Mitteln Elemente vorzubringen, welche die Feststellung ihrer Identität ermöglichen, und der ggf. die erforderlichen Überprüfungsmaßnahmen durchführt (Abs. 1 Satz 2). Verweigert die festgenommene Person weiterhin den Nachweis ihrer Identität oder bringt sie offensichtlich unrichtige Identifizierungselemente vor, so können nach vorheriger Erlaubnis des Staats-

¹⁵¹ C. const. 5.8.1993, n° 93-323 DC, §§ 9, 10; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2234.

¹⁵² *Crim.* 17.5.1995, Bull. n° 177; ähnlich *Crim.* 1.2.1994, Bull. n° 44.

¹⁵³ Zust. *Buisson*, *Contrôles et relevés d'identité*, in: *JCl.*, Rn. 30; *Maron*, *Dr. pén.* 1994, *Comm.* n° 93; a.A. *Ch. acc. Versailles*, 2.2.1993, mit abl. Anm. *Maron*, *Dr. pén.* 1993, *Comm.* n° 196; anders als hier *Trautwein*, *Freiheitsentzug*, S. 231: „entgegen dem Wortlaut“.

¹⁵⁴ *Trautwein*, *Freiheitsentzug*, S. 231 f.; *Witzack*, *Vollzugspolizeien*, S. 259 f.

anwalts bzw. des Untersuchungsrichters ein digitaler Fingerabdruck abgenommen oder Fotografien erstellt werden, wenn nur auf diese Weise eine Identifizierung möglich ist (Abs. 3). Zwar scheidet die zwangsweise Durchsetzung dieser erkenntnisdienlichen Maßnahmen gegen den Willen des Betroffenen aus; verweigert dieser jedoch seine Mitwirkung, so macht er sich wegen eines Vergehens nach Art. 78-5 CPP (Freiheitsstrafe bis zu drei Monate, Geldstrafe bis zu EUR 3.750) strafbar, dessen Verdacht die Anordnung einer *garde à vue* rechtfertigt (vgl. im Übrigen die Anrechnungsvorschrift in Art. 78-4 CPP).

Die Person kann nur für die strikt zur Feststellung der Identität erforderliche Zeit festgehalten werden, höchstens jedoch für eine Dauer von vier Stunden (bzw. acht Stunden in dem Überseeterritorium Mayotte), gerechnet ab dem Zeitpunkt der Identitätskontrolle nach Art. 78-2 CPP (Art. 78-3 Abs. 3 CPP). Der höhere Polizeibeamte belehrt die festgehaltene Person unverzüglich über ihr Recht, den – zur jederzeitigen Beendigung der *réention* befugten – Staatsanwalt verständigen zu lassen und ihre Familie oder eine Person ihrer Wahl zu benachrichtigen (Abs. 1 Satz 3). Wenn besondere Umstände dies erfordern, nimmt der höhere Polizeibeamte selbst die Benachrichtigung vor (Abs. 1 Satz 4). Im Übrigen sieht das Gesetz umfangreiche Protokollierungspflichten vor (Abs. 5–8). Eine Schweigerechtsbelehrung findet nicht statt, ein Verteidigerkonsultationsrecht fehlt.¹⁵⁵ Hieran hat auch die Reform von 2014 nichts geändert, zumal der neue Art. 803-6 CPP (*déclaration des droits*) ersichtlich nicht auf die Identitätsfeststellungshaft zugeschnitten ist.

d) Präventiv-polizeiliche Festnahme- und Festhaltebefugnisse

Betrunkene Personen, die sich im öffentlichem Raum aufhalten, können von der Polizei gemäß Art. L. 3341-1 CSP bis zur Wiedererlangung ihrer Sinne (*jusqu'à ce qu'elle ait recouvré la raison*) in einer Ausnüchterungszelle festgehalten werden (*réention en chambre de sûreté*).¹⁵⁶ Während dieser Zeit stehen ihnen nicht die Verfahrensgarantien der *garde à vue* zu.¹⁵⁷ Eine solche muss erst dann angeordnet werden, wenn die Ermittler die ausgenüchtere Person – entsprechende Verdachtsmomente vorausgesetzt¹⁵⁸ – weiter gegen ihren Willen zur Anhörung festhalten wollen (Art. L. 3341-2 CSP). An die Eventualität einer späteren Anhörung knüpft auch Art. L. 3341-1 Abs. 2 CSP an: Hiernach kann von der *réention* abgesehen und die Person stattdessen in die Obhut eines Garanten gegeben werden, wenn ab-

¹⁵⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2240.

¹⁵⁶ Zur Verfassungskonformität C. const. 8.6.2012, n° 2012-253 QPC.

¹⁵⁷ Crim. 26.11.2003, n° 03-81.442; *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 16; Circulaire vom 23.5.2011, Annexe 2, *Garde à vue et autres réentions*, Ziff. III.2.

¹⁵⁸ Da die offensichtliche Trunkenheit (*ivresse manifeste*) gemäß Art. R. 3353-1 CSP eine bloße Übertretung ist, kommt dieser Tatbestand allein nicht als Anlasstat für eine *garde à vue* in Betracht, da diese mindestens den Verdacht eines Vergehens voraussetzt, siehe unten B.2.a.

schar ist, dass eine Befragung im Anschluss an die Ausnüchterung entbehrlich ist. Vor diesem Zeitpunkt dürfte eine Anhörung ausscheiden, da die Maßnahme der Ausnüchterung dient.¹⁵⁹

Auch aufenthaltsrechtliche Freiheitsentziehungen können nachträglich in eine *garde à vue* münden, wenn sich ein Tatverdacht i.S.v. Art. 62-2 CPP ergibt. Dies gilt insbesondere für die 2012 neu geschaffene, maximal 16-stündige *retenue pour vérification du droit au séjour* (vgl. die Anrechnungsvorschrift in Art. L. 611-1-1 Abs. III CESEDA), deren Ausgestaltung – abgesehen von der kürzeren Dauer, der Loslösung von einem Tatverdacht und dem Fehlen einer Belehrung über das Schweigerecht – der *garde à vue* nachgebildet ist.¹⁶⁰ Von größerer praktischer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedoch die umgekehrte Situation einer Überleitung der *garde à vue* – oder nunmehr vor allem der *retenue pour vérification du droit au séjour* – in eine ausländerrechtliche Haft nach Art. L. 551-1 ff. CESEDA, wenn es gelungen ist, im Verlauf der kurzfristigen Freiheitsentziehung eine Entscheidung der zuständigen Verwaltungsbehörde über die Ausreisepflicht herbeizuführen.¹⁶¹

e) Festhalterecht im Anschluss an die *garde à vue*

Die *garde à vue* umfasst nur den Zeitraum, in dem sich der Verdächtige in der Verfügungsgewalt der Polizei befindet. Wird er anschließend dem am TGI angesiedelten Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter vorgeführt (*défèrement*), damit dieser über das weitere Verfahren entscheidet, so bestimmt sich die ggf. im Gerichtskerker (sog. [*petit*] *dépôt*) zu verbringende Wartezeit zwischen dem Eintreffen im Gericht und dem tatsächlichen Erscheinen vor dem zuständigen *magistrat* nach Art. 803-2 f. CPP.¹⁶² Vor der Einführung dieser Vorschriften durch Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 fehlte insoweit eine gesetzliche Grundlage.¹⁶³ In der Praxis bediente man sich daher teilweise der noch nicht voll ausgeschöpften Fristen der *garde à vue* bzw. ordnete ihre Verlängerung eigens zu dem Zweck an, den mit dem *défèrement* verbundenen Fortbestand der Festhaltesituation zu rechtfertigen.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2537-1 f.

¹⁶⁰ Siehe das *exposé des motifs* zum *Projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées* vom 28.9.2012, *Sénat* n° 789, S. 3 f.

¹⁶¹ Vgl. *Boskovic* u.a., D. 2013, 324; *Parizot*, *AJ Pén.* 2013, 8; *exposé des motifs* zum *Projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées* vom 28.9.2012, *Sénat* n° 789, S. 3.

¹⁶² Zu den teilweise verheerenden Vollzugsbedingungen siehe *Beigbeder*, *Ein französischer Roman*, S. 195 ff.

¹⁶³ Krit. *Remplon*, *JCP G* 1978, I, n° 2916 und *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 1565, 1664 m.w.N.

¹⁶⁴ Krit. *Buisson*, *RSC* 2005, 381.

Die jetzt im Gesetz verankerte Lösung, die eine von der *garde à vue* losgelöste, zusätzliche Verwahrungsbefugnis einräumt, orientiert sich an den zuvor bereits von der Cour de cassation ausgearbeiteten Kriterien.¹⁶⁵ Das Gesetz n° 2014-896 vom 15.8.2014 hat ihren Anwendungsbereich dahingehend erweitert, dass nicht mehr nur das *défèrement* im Anschluss an die *garde à vue*, sondern auch die sich an eine andere repressiv-polizeiliche Freiheitsentziehung (*retenue*) anschließende Vorführung erfasst ist.

Grundsätzlich muss das Erscheinen vor dem *magistrat* noch am Tag des Eintreffens im Gerichtsgebäude stattfinden (Art. 803-2 CPP).¹⁶⁶ Erforderlichenfalls (*en cas de nécessité*) ist es jedoch zulässig, den Betroffenen bis zum nächsten Tage festzuhalten, wobei er spätestens 20 Stunden nach Beendigung der *garde à vue* vor dem Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter erscheinen muss oder freizulassen ist (Art. 803-3 Abs. 1 CPP).¹⁶⁷ Er muss die Möglichkeit erhalten, Nahrung zu sich zu nehmen; außerdem hat er unter Verweisung auf die einschlägigen *garde à vue*-Bestimmungen auf Antrag das Benachrichtigungsrecht aus Art. 63-2 CPP, das Recht auf ärztliche Untersuchung aus Art. 63-3 CPP und das Recht auf jederzeitige Hinzuziehung eines selbstgewählten oder von Amts wegen zu bestellenden Verteidigers aus Art. 63-3-1 CPP, der seit 2011 Anspruch auf Einsichtnahme in die Verfahrensakte hat (Art. 803-3 Abs. 4 CPP). In einem QPC-Verfahren von 2010 hat der C. const. die Verwahrung (*rétenion*) nach Art. 803-3 CPP für verfassungskonform befunden, allerdings mit zwei Auslegungsvorbehalten versehen: Zum einen ist der zuständige *magistrat* (Richter oder Staatsanwalt) unverzüglich von der Ankunft des Verdächtigen im Gerichtsgebäude zu unterrichten; zum anderen muss im Fall einer vorangegangenen, staatsanwaltschaftlichen Verlängerung der *garde à vue* auf über 24 Stunden hinaus sichergestellt sein, dass der ins Gerichtsgebäude verbrachte Betroffene tatsächlich binnen 20 Stunden einem *magistrat du siège*, also einem Richter, vorgeführt wird.¹⁶⁸ Beide Vorbehalte wurden mit der *garde à vue*-Reform vom 14.4.2011 in Art. 803-3 Abs. 2, 3 CPP übernommen.

Entscheidet sich der Staatsanwalt *im Anschluss* an die Vorführung (Art. 393 CPP)¹⁶⁹ für die Durchführung des Eilverfahrens der *comparution immédiate*, so ergibt sich die Befugnis, den Betroffenen bis zum Erscheinen vor Gericht, welches grundsätzlich noch am selben Tag zusammenkommen muss, weiterhin im (*petit*) *dépôt* festzuhalten, aus Art. 395 Abs. 3, 396 CPP.

¹⁶⁵ Crim. 25.11.2003, Bull. n° 221: Zulässigkeit einer 20-stündigen Verwahrung im Rahmen eines untersuchungsrichterlich angeordneten *défèrement* nach der *garde à vue*.

¹⁶⁶ Zur Verfassungskonformität siehe C. const. 6.5.2011, n° 2011-125 QPC, §§ 7, 8.

¹⁶⁷ Die Möglichkeit, den Betroffenen über Nacht festzuhalten, besteht jedoch nicht, wenn die *garde à vue* im Rahmen des Sonderregimes gemäß Art. 706-88 f. CPP länger als 72 Stunden gedauert hat (Art. 803-3 Abs. 6 CPP).

¹⁶⁸ C. const. 17.12.2010, n° 2010-80 QPC, §§ 10, 11.

¹⁶⁹ Zu Verfassungskonformität unter Auslegungsvorbehalten (*réserves d'interprétation*) C. const. 6.5.2011, n° 2011-125 QPC, §§ 9–15.

4. Surrogate: Vernehmung des Tatverdächtigen ohne garde à vue

Da der Verdächtige im polizeilichen Ermittlungsverfahren unabhängig von der Schwere der gegen ihn vorliegenden Verdachtsmomente vom Gesetz grundsätzlich wie ein Zeuge behandelt wird und ihm einzig in der Eigenschaft als *gardé à vue* der volle Umfang der gesetzlichen Verteidigungsrechte zuteilwird, stellt sich auch nach der Reform der *audition libre* von 2014 noch immer die Frage, wann seine Anhörung auch außerhalb des Rechtsrahmens der *garde à vue* – also ggf. ohne Inhaftierung, aber auch ohne die mit ihr verbundenen Garantien – in Betracht kommt.

a) *Audition libre*

aa) Ausgangssituation: Garantiefreie Zone

Ursprünglich war die Zulässigkeit einer „freien Vernehmung“ (*audition libre*) unproblematisch, da der Verdächtige im polizeilichen Ermittlungsverfahren lange Zeit weder während noch außerhalb der *garde à vue* Verteidigungsrechte hatte. Der Verzicht auf ihre Anordnung – also die Vernehmung ohne Freiheitsentziehung – stellte sich als eine den Betroffenen begünstigende Entscheidung dar, die als solche keiner weiteren Regelung bedurfte. Klärungsbedürftig erschien allein die Frage, wann die Zwangsmaßnahme der *garde à vue* angeordnet, nicht wann von ihr abgesehen werden durfte. Dies änderte sich, als der Gesetzgeber ab 1993 begann, die Rechtsstellung des *gardé à vue* aufzuwerten und ihn in zunehmendem Maße mit vernehmungsbezogenen Verfahrensgarantien auszustatten, ohne diese jedoch auch auf andere Situationen in der *enquête* zu erstrecken. Infolge der daraus resultierenden Ambivalenz der Maßnahme – Freiheitsentziehung einerseits, Voraussetzung für die Eröffnung der Verteidigungsrechte andererseits – geht die Cour de cassation seit einigen Jahren in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Anordnung der *garde à vue* im Interesse des Verdächtigen obligatorisch ist, wenn er von der Polizei zwangsweise, also gegen seinen Willen, zum Zwecke der Vernehmung festgehalten werden soll und das Gesetz für die Freiheitsentziehung bzw. eine in ihrem Rahmen zulässige Anhörung keine andere Rechtsgrundlage zur Verfügung stellt.¹⁷⁰ Im Umkehrschluss blieb in allen anderen Fällen eine Vernehmung ohne *garde à vue* – d.h. ohne jegliche Verteidigungsrechte¹⁷¹ – als sogenannte *audition libre* möglich.¹⁷²

¹⁷⁰ Seit Crim. 11.10.2000, Bull. n° 296; *Buisson*, RSC 2001, 671; ähnlich nunmehr im Hinblick auf die *retenue douanière* Crim. 8.2.2012, n° 11-81.259; siehe dazu *Roussel*, AJ Pén. 2012, 293; ausf. zum Ganzen *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2531 ff.

¹⁷¹ *Matsopoulou*, D. 2011, 3036: „grand vide juridique existant en cas d’audition d’une personne suspecte en dehors du cadre réglementé de la garde à vue“; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2521, Ziff. 1.

¹⁷² Vgl. etwa Crim. 3.6.2008, n° 08-81.932.

bb) 2011: Implizite Bestätigung dieser Lösung durch den Gesetzgeber

Da eine Auflösung der – wiewohl im Schrifttum zunehmend kritisierten¹⁷³ – Koppelung von polizeilicher Freiheitsentziehung und Eröffnung der Verteidigungsrechte vom Gesetzgeber vor Inkrafttreten der einschlägigen EU-Richtlinien, insbesondere der Richtlinie 2012/13/EU, nie ernsthaft in Erwägung gezogen wurde, erschien die sowohl im *Avant-projet* zur Reform des Strafverfahrens vom 1.3.2010 als auch im Regierungsentwurf zur Reform der *garde à vue* vom 13.10.2010 beabsichtigte Kodifikation der Vernehmung ohne Haft als weiterhin garantiefreie *audition libre* auf den ersten Blick konsequent. Im Gegensatz zum *Avant-projet*, das – noch stärker als nach bisheriger Rechtslage – die Subsidiarität der *audition libre* gegenüber der *garde à vue* betonte,¹⁷⁴ kehrte der Regierungsentwurf dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis um und konzipierte die „freie Vernehmung“ als Regelmodell für die Befragung des Verdächtigen.¹⁷⁵ Erschien dieser Ansatz im Hinblick auf das Reformziel der Reduzierung der Anwendungshäufigkeit der *garde à vue* und der damit verbundenen Bekräftigung ihres Ausnahmecharakters plausibel, so begegnete die mit ihr einhergehende Anerkennung und Ausdehnung dieser garantiefreien Zone doch erheblichen Bedenken.¹⁷⁶ In der 2011 verabschiedeten Neuregelung verzichtete der Gesetzgeber schließlich auf eine ausdrückliche gesetzliche Verankerung und inhaltliche Ausgestaltung der *audition libre*. Stattdessen begnügte er sich mit einer klarstellenden Aufzählung und Präzisierung der bislang in der Rechtsprechung anerkannten Fälle, in denen die Anordnung der *garde à vue* zwingend bzw. nicht zwingend ist. Damit verbunden war freilich die implizite Bestätigung, dass dort, wo die *garde à vue* nicht obligatorisch war, eine Vernehmung des Verdächtigen auch außerhalb ihres Rechtsrahmens und ihrer Garantien als *audition libre* möglich blieb.¹⁷⁷

¹⁷³ Mathias, Dr. pén. 2011, Etude n° 6; Alix, D. 2011, 1699.

¹⁷⁴ Der Entwurf sah vor, dass eine *audition libre* durchzuführen sei, wenn die Voraussetzungen der *garde à vue* nicht vorliegen (Art. 327-6 *Avant-projet*). Im Fall einer vorangegangenen Festnahme sollte der Betroffene die Wahl zwischen der mit einem maximal vierstündigen Festhalterech verbundenen *audition libre* und der Anordnung einer *garde à vue* haben (Art. 327-7 Abs. 3 *Avant-projet*); krit. Gaudemet, Rapport, S. 16 f.

¹⁷⁵ Grundsätzlich sollte die verdächtige Person bei ihrer Vernehmung in Freiheit verbleiben (Art. 62-2 CPP-E). Wenn weder ein *mandat de recherche* noch eine unter Einsatz hoheitlicher Gewalt durchgeführte Verbringung auf das Polizeirevier vorliegt, so sollte das bloße Bedürfnis, den Verdächtigen anzuhören, nicht die Anordnung der *garde à vue* gebieten, wenn die Person ihrer freien Vernehmung zustimmt (Art. 62-4 Abs. 1 CPP-E); krit. Muller, Dr. pén. 2011, Etude n° 2, Rn. 27–31.

¹⁷⁶ Matsopoulou, D. 2011, 3035 f.; Gindre, RPDP 2011, 299 f.

¹⁷⁷ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2521, 2540-1; C. const. 18.11.2011, n° 2011-191/194–197 QPC, § 20; 18.6.2012, n° 2012-257 QPC, §§ 8, 9; Gindre, RPDP 2011, 300; Crim. 3.4.2013, Bull., n° 72; wohl zust. Ascensi, AJ Pén. 2013, 411; abl. (jedenfalls *de lege ferenda*) Salvat, RSC 2013, 842.

Das Gesetz selbst ordnete dabei nur punktuell eine ausdrückliche Belehrung darüber an, dass es dem Betroffenen freisteht, das Polizeirevier jederzeit zu verlassen (Art. 73 Abs. 2 Satz 1 CPP, Art. L. 3341-2 CSP, Art. L. 234-18, 235-5 Code de la route). Im Wege der verfassungskonformen Auslegung nahm der C. const. jedoch eine entsprechende Belehrungspflicht – verbunden mit der Pflicht, den Verdächtigen über Art und Zeit der ihm zur Last gelegten Straftat aufzuklären – auch im Hinblick auf Art. 62 und 78 CPP an und dehnte sie damit auf alle Fälle der *audition libre* aus.¹⁷⁸ Im Übrigen befand das Verfassungsgericht den Fortbestand der Figur der *audition libre* und der mit ihr eröffneten Möglichkeit zur Umgehung der auf die *garde à vue* beschränkten vernehmungsbezogenen Garantien ausdrücklich für verfassungskonform.¹⁷⁹ Auch die Cour de cassation hielt an ihrer Rechtsprechung fest, derzufolge es bei der Vernehmung außerhalb der Polizeihaft keiner Schweigerechtsbelehrung bedarf.¹⁸⁰

cc) 2014: Einführung von Verteidigungsrechten für die Vernehmung ohne Haft

Unter dem Eindruck der Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren, die bis zum 2.6.2014 in nationales Recht umzusetzen war, konnte sich der französische Gesetzgeber nicht länger der Notwendigkeit entziehen, auch dem außerhalb der Polizeihaft in „freier Vernehmung“ befragten Verdächtigen ein Mindestmaß an Verteidigungsrechten einzuräumen. Diesen Schritt hat er mit dem Gesetz vom 27.5.2014 vollzogen, wobei er in Vorgriff auf die Umsetzung der Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand zugleich (allerdings erst mit Wirkung zum 1.1.2015) die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme eines Verteidigers geschaffen hat.¹⁸¹

Ausweislich der neuen Zentralbestimmung in Art. 61-1 Abs. 1 CPP kann eine Person, bei der plausible Gründe für den Verdacht vorliegen, dass sie eine Straftat begangen oder zu begehen versucht hat, nur dann „frei“ (*librement*) im Sinne von außerhalb der Polizeihaft zu diesem Sachverhalt vernommen werden, wenn sie über folgende Umstände informiert wurde:

1. die vorläufige rechtliche Einordnung sowie das mutmaßliche Datum und den mutmaßlichen Ort der Straftat, derer sie verdächtigt wird;
2. das Recht, die Örtlichkeit, an der sie vernommen wird, jederzeit zu verlassen;

¹⁷⁸ C. const. 18.11.2011, n° 2011-191/194–197 QPC, § 20; 18.6.2012, n° 2012-257 QPC, §§ 8, 9.

¹⁷⁹ Krit. *Matsopoulou*, D. 2011, 3036.

¹⁸⁰ Crim. 3.4.2013, n° 11-87.333; zust. *Lesclous*, Dr. pén. 2013, Chronique n° 8, Rn. 21 f. (die Konventionskonformität bejahend).

¹⁸¹ *Allain*, AJ Pén. 2014, 52; 204; 261; 549; *Buisson*, Procédures 2014, Comm. n° 214; *Le Coz*, AJ Pén. 2014, 320; *Lesclous*, Dr. pén. 2014, Chronique n° 8; *Roumier*, Dr. pén. 2014, Alerte n° 14; n° 32; *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15.

3. das Recht, ggf. die Unterstützung eines Übersetzers in Anspruch zu nehmen;
4. das Recht, Erklärungen abzugeben, die ihr gestellten Fragen zu beantworten oder zu schweigen;
5. wenn die Straftat, zu der die Person vernommen wird, ein Verbrechen oder ein mit Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen zum Gegenstand hat: das Recht, für ihre Vernehmung oder Gegenüberstellung nach Maßgabe der für die Polizeihaft geltenden Bestimmungen (Art. 63-4-3, 63-4-4 CPP) den Beistand eines von ihr selbst gewählten oder auf ihren Antrag hin vom Vorsitzenden der Anwaltskammer (*bâtonnier*) bezeichneten Verteidigers in Anspruch zu nehmen; sie wird darüber informiert, dass sie die Kosten der Verteidigung trägt, sofern nicht die Voraussetzungen der Gewährung von Prozesskostenhilfe (*aide juridictionnelle*) vorliegen,¹⁸² über die sie ebenfalls zu informieren ist; sie kann durch ausdrückliche Erklärung akzeptieren, dass die Vernehmung ohne Anwesenheit ihres Verteidigers fortgeführt wird;
6. die Möglichkeit, ggf. kostenlos das Beratungsangebot einer Rechtsberatungsstelle (*conseils juridiques dans une structure d'accès au droit*) in Anspruch zu nehmen.

Die Erfüllung dieser Informationspflichten ist im Protokoll zu vermerken (Abs. 2). Wird die Person schriftlich zu der Vernehmung geladen, so ist bereits in der Ladung auf die Straftat, das Recht einen Verteidiger hinzuzuziehen, die Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe, die Modalitäten der Beiordnung eines Verteidigers von Amts wegen und den Ort, an dem eine Rechtsberatung in Anspruch genommen werden kann, hinzuweisen, wenn der Ablauf der Ermittlungen dies gestattet (Abs. 3).

Anders als in der *garde à vue* (Art. 63-4-1 CPP, siehe unten D.1.) besteht im Rahmen der *audition libre* weder ein eigenes noch ein anwaltliches Akteneinsichtsrecht.¹⁸³

dd) Abgrenzung des Anwendungsbereichs

Für die Abgrenzung des Anwendungsbereichs von Polizeihaft und freier Vernehmung bleiben im Ausgangspunkt die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze maßgeblich, die 2011 kodifiziert und 2014 angepasst worden sind.¹⁸⁴ Primäres Kriterium für die Möglichkeit der Vernehmung eines Verdächtigen ohne

¹⁸² Siehe dazu den neuen Art. 64 des Gesetzes n° 91-647 vom 10.7.1991 über die Prozesskostenhilfe.

¹⁸³ *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15, Rn. 8.

¹⁸⁴ Krit. zur Neuregelung *Lesclous*, Dr. pén. 2014, Chronique n° 8, Rn. 4 ff.

garde à vue (in seiner Eigenschaft als *suspect libre*)¹⁸⁵ ist danach die Freiheit von Zwang (siehe Art. 61-1 Abs. 4, 62-2 Abs. 1 CPP).

Diese richtet sich grundsätzlich nicht danach, ob der Betroffene freiwillig oder unfreiwillig in die polizeiliche Verfügungsgewalt *gelangt* ist, sondern danach, ob der anschließende *Verbleib* bei der Polizei zu Vernehmungszwecken aus freien Stücken heraus geschieht oder nicht.¹⁸⁶ Hat die Polizei also beispielsweise im Wege einer Privatfestnahme (Art. 73 Abs. 2 Satz 1 CPP) Zugriff auf den Verdächtigen erlangt, so kann die Anordnung einer *garde à vue* im Vorfeld der Vernehmung gleichwohl unterbleiben, wenn es keines weiteren Zwangs bedarf, um ihn zum vernehmungsbedingten Verbleib bei der Polizei zu bewegen. Im Fall einer polizeilichen Flagranzfestnahme, der die Ergreifung aufgrund eines *mandat de recherche* gleichzustellen sein dürfte,¹⁸⁷ geht das Gesetz jedoch davon aus, dass der mit der Ergreifung verbundene Zwang (Handschelleneinsatz etc.) notwendigerweise auf die nachgelagerte Entscheidung des Betroffenen über den Verbleib bei der Polizei fortwirkt. So erklärt es sich wohl, dass Art. 73 Abs. 2 Satz 2 CPP die in Satz 1 vorgesehene Möglichkeit einer *audition libre* für unanwendbar erklärt.¹⁸⁸ In wortwörtlichem Einklang damit – aber ohne die Beschränkung auf die Situation der Officialfestnahme – schreibt der neue Art. 61-1 CPP in seinem letzten Absatz allgemein vor, dass die in ihm geregelten Bestimmungen über die freie Vernehmung unanwendbar sind, wenn die Person durch die öffentliche Gewalt unter Einsatz hoheitlichen Zwangs vor den höheren Polizeibeamten verbracht wurde („si la personne a été conduite, sous contrainte, par la force publique devant l’officier de police judiciaire“). In diesen Fällen kann eine Vernehmung also weiterhin nur im Rechtsrahmen der *garde à vue* stattfinden, wo der Verdächtige – um den Preis einer Freiheitsentziehung – in den Genuss weiterreichender Verfahrensgarantien kommt. Insofern erscheint es zweifelhaft, ob die höchstrichterliche Rechtsprechung von ihrem Standpunkt abrücken wird, wonach der Verdächtige unter Umständen einen „Anspruch“ darauf hat, dass die *garde à vue* angeordnet wird, mit der Folge, dass die Nichtanordnung bzw. verspätete Anordnung seine Rechte verletzt.¹⁸⁹

Findet die Befragung des Verdächtigen im Rahmen einer anderweitigen Freiheitsentziehung oder auf Grundlage anderweitigen gesetzlichen Zwangs statt, so sind die Anordnung der *garde à vue* und die Einräumung der mit ihr verbundenen Verteidigungsrechte entbehrlich. Dies gilt auch für die Vernehmung eines Verdäch-

¹⁸⁵ Roumier, Dr. pén. 2014, Alerte n° 14 und n° 32.

¹⁸⁶ Bei Kindern wird die Unfreiwilligkeit jedoch vermutet, sodass eine *audition libre* ausscheidet und eine Vernehmung nur im Rahmen der *garde à vue* stattfinden kann, Crim. 6.11.2013, Bull. n° 220; zust. Danet, RSC 2014, 138; krit. Belfanti, AJ Pén. 2014, 89; Chavent-Leclère, Procédures 2014, Comm. n° 55; Guéry, AJ Pén. 2013, 459.

¹⁸⁷ I.d.S. der oben wiedergegebene Art. 62-4 Abs. 1 CPP-E vom 13.10.2010.

¹⁸⁸ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2540; siehe auch Ziff. I.4 des Circulaire vom 23.5.2011.

¹⁸⁹ Z.B. Crim. 6.5.2003, Bull. n° 93.

tigen, der sich zur stationären Behandlung im Krankenhaus befindet. Sie soll nach der Rechtsprechung schon deshalb nicht den Schutzvorschriften der *garde à vue* unterliegen, weil der Zwangscharakter des Aufenthalts nicht auf der Entscheidung eines Polizeibeamten beruht, sondern Folge des Gesundheitszustands des Betroffenen ist; eine *audition libre* ohne vorherige Zustimmung des behandelnden Arztes verstößt jedoch gegen Art. 3 EMRK.¹⁹⁰

Ein die Anordnungspflicht begründender, eigenständiger Zwang wurde schließlich auch in Fällen verneint, in denen eine wegen *détention provisoire* in der Haftanstalt befindliche Person im Hinblick auf einen anderen Sachverhalt zu mehreren Vernehmungen als Verdächtiger auf das Polizeirevier verbracht wurde. Die Cour de cassation hat dabei darauf abgestellt, dass der Betroffene diesem Prozedere nicht ausdrücklich widersprochen habe.¹⁹¹ War der Betroffene in diesen und ähnlichen Fällen bis 2014 völlig rechtlos gestellt, so kommen ihm nun die in Art. 61-1 CPP normierten Verfahrensgarantien für die *audition libre* zugute. Etwas anderes dürfte allerdings weiterhin für Anhörungen gelten, die während präventiv-polizeilicher Freiheitsentziehungen ohne Bezug zu einem Strafverfahren durchgeführt werden,¹⁹² sowie möglicherweise auch für die Fälle, in denen das Gesetz der Polizei ausdrücklich spezifische Anhalte- und Befragungsbefugnisse unabhängig davon einräumt, ob der Betroffene tatverdächtig ist oder nicht (Art. 61 Abs. 1 CPP: Anwesende am Tatort; Art. 56 Abs. 11 CPP: Anwesende bei Durchsuchungen).¹⁹³

Da seit dem 1.1.2015 in allen anderen Fällen auch über die *audition libre* der Zugang zu einem Verteidiger eröffnet ist, dürfte die 2011 im Einführungsartikel des CPP eingefügte Bestimmung, wonach eine Verurteilung nicht ausschließlich auf Erklärungen gestützt werden darf, die der Verdächtige abgegeben hat, ohne dass er die Möglichkeit hatte, sich zuvor des Beistands eines Anwalts zu bedienen (Art. préI. III Abs. 7 CPP), künftig nur mehr dort eine Rolle spielen, wo die Befragung im Rahmen einer anderweitigen Zwangssituation stattgefunden hat (insb. Art. 56 Abs. 11, 61 Abs. 1 CPP). Angesichts ihres in situativer Hinsicht relativ beschränkten Anwendungsbereichs steht nicht zu erwarten, dass sich diese Spezialsurrogate für Polizeihaft und *audition libre* in der Praxis zu einem Instrument zur Umgehung der ggf. nachgelagerten *garde à vue* oder *audition libre* entwickeln werden.¹⁹⁴

¹⁹⁰ Crim. 25.10.2011, Bull. n° 216; *Ascensi*, AJ Pén. 2012, 101; *Ravigneaux*, D. 2012, 185.

¹⁹¹ Crim. 6.2.2002, Bull. n° 26; vgl. *Guéry*, AJ Pén. 2005, 234 f.

¹⁹² Vgl. Civ. 1re, 25.11.2009, n° 08-20.294: *rétenion administrative* gemäß Art. L. 551-2 CESEDA im Rahmen eines aufenthaltsrechtlichen Verfahrens.

¹⁹³ Krit. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2538.

¹⁹⁴ Zu entsprechenden Befürchtungen vor der Reform von 2014 im Hinblick auf die *audition libre* als seinerzeit garantiefreies Surrogat für die Vernehmung im Rahmen der *garde à vue* siehe *Porteron*, AJ Pén. 2013, 105.

b) *De lege ferenda*: Schaffung einer „retenue judiciaire“ als Zwischenform?

Die *Commission Léger* hatte in ihrem Reformbericht Ende 2009 angeregt, die bipolare Ausgestaltung des Rechtsrahmens für die Vernehmung des einfachen Verdächtigen – die entweder im Rahmen einer *garde à vue* mit weitreichenden Garantien oder aber als *audition libre* (damals ohne jegliche Verteidigungsrechte) erfolgte – zu sprengen und durch ein drittes Instrument zu ergänzen. Als vernehmungsspezifisches Festhalterecht sollte eine *retenue judiciaire* mit eingeschränktem Anwendungsbereich (Straftaten mit Strafandrohung unter fünf Jahren; alleiniger Zweck: Vernehmung), reduzierter Dauer (maximal sechs Stunden) und verkürzten Garantien (keine Schweigerechtsbelehrung, allerdings Recht auf Verteidigergespräch von Beginn an) geschaffen werden, um die polizeilichen Handlungsspielräume zu erweitern.¹⁹⁵ Mit der Neuregelung der *audition libre* dürfte diese Idee, die sich vor allem in Polizeikreisen einiger Beliebtheit erfreut hatte, allerdings weder im *Avant-projet* noch bei der Reform der *garde à vue* berücksichtigt worden war, bis auf Weiteres vom Tisch sein.¹⁹⁶

Abgesehen von den punktuellen Sonderbefragungsbefugnissen in Art. 61 Abs. 1, 56 Abs. 11 CPP, die zumindest vorerst als garantiefreie (Rest-)Zonen fortbestehen, bleibt es im Hinblick auf die Vernehmung des Verdächtigen im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens also bei dem Dualismus *garde à vue* versus *audition libre*. Dessen Konfliktpotenzial ist jedoch durch die Aufwertung der Rechtsstellung des „frei Vernommenen“ erheblich reduziert worden.

B. Anordnung

1. Zuständigkeit

a) Höherer Polizeibeamter

Die Anordnung der *garde à vue* obliegt gemäß Art. 62-2 Abs. 1, 63 Abs. 1 CPP dem höheren Polizeibeamten (*officier de police judiciaire*), dessen örtliche Zuständigkeit sich nach Art. 18 CPP bestimmt. Infolge der sukzessiven Ausdehnung des in Art. 16 CPP aufgelisteten Personenkreises, dem das Gesetz diese Eigenschaft

¹⁹⁵ *Léger*, Rapport, 5e proposition, S. 20 f.; ähnlich *Bauer/Gaudin*, Livre blanc sur la sécurité publique, S. 23 (proposition n° 22), 71 ff., wo allerdings anders als im *Rapport Léger* auf den Anwalt verzichtet wird; siehe dazu *Leclerc*, Une garde à vue raccourcie pour les petits délits, *LeFigaro.fr*, 28.10.2011; *Borrendon*, Une „retenue judiciaire“ sans avocat pour les petits délits, *LeMonde.fr*, 26.10.2011.

¹⁹⁶ Zur Neuregelung der freien Vernehmung zwecks Umsetzung der Belehrungsrichtlinie siehe oben a. sowie *Allain*, *AJ Pén.* 2014, 52; 204; 261; 549; *Buisson*, *Procédures* 2014, *Comm.* n° 214; *Le Coz*, *AJ Pén.* 2014, 320; *Lesclous*, *Dr. pén.* 2014, *Chronique* n° 8; *Roumier*, *Dr. pén.* 2014, *Alerte* n° 14 ; n° 32; *Vergès*, *Dr. pén.* 2014, *Etude* n° 15.

zuschreibt, hat sich die Anzahl der zur Anordnung der *garde à vue* befugten Polizeibeamten zwischen 1993 (25.000) und 2009 (53.000) mehr als verdoppelt.¹⁹⁷

Dem einfachen Polizeibeamten (*agent de police judiciaire*) steht zwar im Flagranzverfahren das Festnahmerecht aus Art. 73 Abs. 1 CPP zu, nicht jedoch die nachgelagerte Entscheidung über die Anordnung der *garde à vue*.¹⁹⁸ Im Schrifttum wird dieser in normativer Hinsicht unstreitig Befund zwar bisweilen infrage gestellt und eine faktische Verschiebung der Entscheidungskompetenz zugunsten des einfachen Polizeibeamten moniert, weil dieser durch die Flagranzfestnahme und die anschließende Verbringung auf das Polizeirevier eine Situation herbeiführe, in welcher der höhere Polizeibeamte mangels Zulässigkeit einer *audition libre* (Art. 73 Abs. 2 Satz 2 CPP) keine andere Wahl habe, als die *garde à vue* anzuordnen.¹⁹⁹ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass allein dem höheren Polizeibeamten die Beurteilung des Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen und der Zweckmäßigkeit der *garde à vue* obliegt und dass es ihm selbstverständlich freisteht, den Betroffenen umgehend auf freien Fuß zu setzen, wenn er ein weiteres Festhalten (z.B. zu Vernehmungszwecken) nicht für erforderlich erachtet.²⁰⁰

b) Staatsanwalt und Untersuchungsrichter

aa) Keine Anordnungsbefugnis

Die Frage, ob im polizeilichen Ermittlungsverfahren auch der Staatsanwalt zur Anordnung befugt ist, war nach altem Recht streitig, wurde aber ganz überwiegend verneint, da das Gesetz bei der *garde à vue* eine klare Rollenverteilung zwischen ihm und dem höheren Polizeibeamten vorgibt: Letzterer ordnet die Maßnahme an und setzt Ersteren umgehend davon in Kenntnis, um ihm eine effektive Kontrolle zu ermöglichen (Art. 41 Abs. 3, 62-2 Abs. 1, 62-3, 63 Abs. 2 CPP).²⁰¹ Die Reform von 2011 dürfte insoweit letzte Zweifel beseitigt haben. Zwar verleiht Art. 41 Abs. 4 CPP dem Staatsanwalt nach wie vor pauschal sämtliche Kompetenzen, die

¹⁹⁷ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, n° 17.

¹⁹⁸ So ausdrücklich Art. 20 Abs. 4 CPP und Art. D. 13 Abs. 3 CPP.

¹⁹⁹ *Schwendener*, in: Dalle u.a. (Hrsg.), *Nouveau procès pénal*, S. 300; *Pfützner*, *Organisierte Kriminalität*, S. 130 f. Vgl. dagegen *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2537-1 a.E., 2542 welche diese Maßnahme zwar als „Vorzimmer“ (*anti-chambre*) der *garde à vue* bezeichnen, darin aber keine Infragestellung der alleinigen Anordnungskompetenz des höheren Polizeibeamten erkennen.

²⁰⁰ Ziff. I.4.3 des Circulaire vom 23.5.2011; *Miansoni*, *AJ Pén.* 2012, 517 f.; zu diesem *pouvoir propre* i.S.e. *pouvoir exclusif et autonome* siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2542.

²⁰¹ *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 299; ausf. *Matsopoulou*, *Enquêtes de police*, Rn. 750. Krit. zu dieser h.M. *Rassat*, *Proc. pén.*, Rn. 427, die *de lege ferenda* die Schaffung einer staatsanwaltschaftlichen Anordnungsbefugnis fordert, siehe *dies.*, *Propositions*, S. 122–123, 135–136; Art. 144 Abs. 1, 145 Abs. 3, 157 Abs. 1 des Entwurfs. Eine solche Befugnis dagegen ohne Begründung bejahend *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 731.

in Art. 16 bis 19-1 CPP dem höheren Polizeibeamten eingeräumt werden, und Art. 17 CPP verweist auf die Regelungen über das Vorermittlungs- und das Flagranzverfahren, welche beide auch die Vorschriften über die *garde à vue* umfassen.²⁰² Allerdings enthält die Neuformulierung der Zuständigkeitsregelung in Art. 63-1 Abs. 1 CPP nunmehr eine – die Art. 41 Abs. 4, 17, 68 CPP als Spezialregelung verdrängende – Klarstellung, wonach im Einklang mit der Praxis „einzig“ (*seul*) der höhere Polizeibeamte über die Anordnung der *garde à vue* entscheidet.²⁰³

Seit der mit Gesetz Nr. 99-515 vom 23.6.1999 erfolgten Abschaffung von Art. 72 Abs. 1, 2 CPP a.F., der dem vor Ort befindlichen Untersuchungsrichter im Flagranzverfahren sämtliche repressiv-polizeilichen Ermittlungsbefugnisse übertragen hatte, steht außer Frage, dass der Untersuchungsrichter im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens keine Kompetenz zur Anordnung der *garde à vue* hat.²⁰⁴ Nichts anderes gilt während der gerichtlichen Voruntersuchung, da der Untersuchungsrichter im Hinblick auf *garde à vue*-Maßnahmen im Rahmen eines Ermittlungsersuchens (*commission rogatoire*) nur die in Art. 62-2 bis Art. 64-1 CPP dem Staatsanwalt zugewiesenen Befugnisse hat (Art. 154 Abs. 2 CPP), welche – wie soeben aufgezeigt – keine Anordnungscompetenz beinhalten.

bb) Aber: Weisungsbefugnis

Von der fehlenden Anordnungscompetenz mit Außenwirkung zu unterscheiden ist die Weisungsbefugnis, die beiden *magistrats* – dem Staatsanwalt während des polizeilichen Ermittlungsverfahrens (Art. 2, 12, 41 CPP), dem Untersuchungsrichter im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung (Art. 154 Abs. 2 CPP) – kraft ihrer verfahrensleitenden Stellung im Innenverhältnis gegenüber dem höheren Polizeibeamten zusteht.²⁰⁵ Dieses Initiativrecht kommt seit 2011 in der Neufassung von Art. 63 Abs. 1 CPP zum Ausdruck, wonach der höhere Polizeibeamte die *garde à vue* entweder von Amts wegen oder auf Weisung (*sur instruction*) des Staatsanwalts bzw. des Untersuchungsrichters (Art. 154 Abs. 2 CPP) anordnet.²⁰⁶

Eine besondere Ausprägung dieser Weisungsbefugnis stellt das 2004 geschaffene *mandat de recherche* dar, mit dem der Untersuchungsrichter (Art. 122 Abs. 2,

²⁰² Eine ähnliche Regelung enthält Art. 68 CPP, wonach die Ankunft des Staatsanwalts die Zuständigkeit des höheren Polizeibeamten ablöst und jener fortan alle in diesem Kapitel vorgesehenen repressiv-polizeilichen Maßnahmen trifft.

²⁰³ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2542; *Leroy*, *Proc. pén.*, Rn. 481; *Leroy*, *Garde à vue*, in: *JCl.*, Rn. 57; vgl. *Ziff. I des Circulaire* vom 23.5.2011; a.A. nach wie vor wegen Art. 41 Abs. 4 CPP *Guincharde/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 802.

²⁰⁴ *Leroy*, *Garde à vue*, in: *JCl.*, Rn. 58; so auch schon die überwiegende Meinung zur früheren Rechtslage, siehe *Matsopoulou*, *Enquêtes de police*, Rn. 750.

²⁰⁵ *Crim.* 9.3.2011, n° 09-81.138; 27.9.2005, *Bull.* n° 237.

²⁰⁶ Zu diesen Initiativrechten siehe *Miansoni*, *AJ Pén.* 2012, 518 ff.; *Circulaire* vom 23.5.2011, S. 2; siehe *Crim.* 13.11.2013, *Bull.* n° 225.

134, 135-1 i.V.m. Art. 154 CPP bzw. der Staatsanwalt (Art. 70, 77-4 CPP) den Beamten des Polizeidienstes aufgibt, die in dem *mandat* bezeichnete, tatverdächtige Person zu suchen, zu ergreifen und in *garde à vue* zu nehmen. Von der einfachen Weisung unterscheidet sich das *mandat de recherche* insofern, als es den Polizeibeamten eine eigenständige, im Rahmen des polizeilichen Vorermittlungsverfahrens sonst fehlende *Festnahmebefugnis* (*pouvoir d'arrestation*) verleiht.

2. Straftatbezug und Adressat

Die Anordnung der *garde à vue* kommt heute nur mehr gegenüber Personen in Betracht, gegen die ein oder mehrere plausible Gründe für den Verdacht bestehen, dass sie ein Verbrechen oder ein mit Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen begangen oder zu begehen versucht haben (Art. 62-2 Abs. 1 CPP); adressatenspezifische Besonderheiten gelten jedoch in der gerichtlichen Voruntersuchung. Da die Maßnahme nur ein Festhalte-, nicht jedoch ein Festnahmerecht begründet, setzt die Anordnung weiterhin voraus, dass die Polizei der verdächtigen Person bereits habhaft ist.

a) Verdacht der Begehung einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftat

Unabhängbare Voraussetzung der *garde à vue* ist der Verdacht einer bereits begangenen Straftat. Ursprünglich stellte der CPP insoweit auf das Vorhandensein von Indizien ab, welche die Begehung einer Straftat vermuten lassen (*indices laissant présumer*). Seit dem Gesetz vom 4.3.2002 kommt es dagegen auf das Vorliegen eines oder mehrerer plausibler Gründe für einen entsprechenden Verdacht an (*une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner*). Diese Formulierung orientiert sich am Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK („lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner“), begnügt sich allerdings im Gegensatz zum konventionsrechtlichen Vorbild mit dem Vorliegen auch nur eines einzigen Verdachtsgrundes.²⁰⁷ Ob mit der Umstellung eine Änderung in der Sache verbunden war, ist fraglich: Überwiegend wird angenommen, dass die neue Formulierung unschärfer sei und größere Spielräume für subjektive Wertungen lasse,²⁰⁸ teils wird ihr jedoch auch eine Präzisierung gegenüber der ursprünglichen Gesetzesfassung entnommen.²⁰⁹

Da die Cour de cassation den Begriff bislang nicht näher konkretisiert hat, zieht das Schrifttum die EGMR-Rechtsprechung zu Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK heran und verlangt, dass der Anschein der Tatbegehung auf objektiven Elementen beruht.²¹⁰ Nachdem es jedenfalls keines gesteigerten Verdachtsgrades bedarf, kann die *garde*

²⁰⁷ Krit. Thomas, in: Cabrillac u.a. (Hrsg.), *Libertés*, Rn. 529.

²⁰⁸ Pfützner, *Organisierte Kriminalität*, S. 133, 134; Schwendener, *AJ Pén.* 2006, 345; Leroy, *Garde à vue*, in: *JCL.*, Rn. 66 m.w.N.

²⁰⁹ Henrion/Nitschmann, *ZStW* 115 (2003), 964.

²¹⁰ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2528.

à vue bereits in einem vergleichsweise frühen Verfahrensstadium zum Einsatz kommen, in dem die Beweislage mitunter noch recht schmal ist.²¹¹ Die Maßnahme zielt dann nicht zuletzt darauf ab, weitere Informationen zu sammeln, um den Verdacht zu erhärten.

Gegenstand des Verdachts muss seit der Neuregelung vom 14.4.2011 unabhängig vom Verfahrensstadium ein Verbrechen oder mit Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen sein.²¹² Bei Übertretungen ist die *garde à vue* also ebenso wenig anwendbar wie bei lediglich mit Geldstrafe bedrohten Vergehen. Infolgedessen fand dort bis zur Neuregelung der *audition libre* durch Gesetz vom 27.5.2014 weder eine Schweigerechtsbelehrung statt noch war die Hinzuziehung eines Anwalts möglich,²¹³ umgekehrt scheidet insoweit jedes zwangsweise Festhalten aus (arg. *e contrario* Art. 62 Abs. 1, 78 Abs. 2 CPP). Nicht durchsetzen konnten sich dagegen die 2010/2011 im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Vorschläge, die Polizeihaft nach dem Vorbild der *détention provisoire* auf Straftaten mit einer mehrjährigen Mindesthöchststrafandrohung zu begrenzen.²¹⁴

Eine substantielle Einschränkung des Anwendungsbereichs ist mit dieser vom C. const. angestoßenen²¹⁵ Änderung nicht verbunden: Zwar begnügten sich die Art. 63, 77, 154 CPP a.F. noch mit dem Verdacht einer beliebigen Straftat (*infraction*). Im Flagranzverfahren war die Anwendbarkeit der Art. 54 bis 66 CPP jedoch schon bisher vom Verdacht einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftat abhängig (Art. 67 CPP). Dass eine dieser Regelung entsprechende Einschränkung in der *enquête préliminaire* (Art. 77 CPP a.F.) und in der *instruction* (Art. 154 CPP a.F.) gefehlt hat, soll in der Praxis angeblich keine nennenswerte Rolle gespielt haben.²¹⁶ Wegen der vergleichsweise geringen Anzahl der Delikte, die nicht mit Freiheitsstrafe bedroht sind, bezweifelt das Schrifttum, dass die gesetzliche Neufassung – abgesehen vom Bereich straßenverkehrsrechtlicher Bagatelverstöße – spürbare Auswirkungen auf die Anordnungshäufigkeit der Maßnahme haben wird.²¹⁷ Da

²¹¹ Vallini/Houillon, Rapport Outreau, S. 310: „fonction de première heure de vérité“.

²¹² Zur Anwendbarkeit auf Pressedelikte trotz des in Art. 52 des Gesetzes vom 29.7.1881 formulierten Verbots „präventiver Verhaftungen“ (*arrestations préventives*) siehe Crim. 14.2.2012, n° 11-81.954.

²¹³ Crim. 3.4.2013, n° 11-87.333: Kein Verstoß gegen Art. 6 EMRK.

²¹⁴ Vgl. die entsprechenden Änderungsvorschläge in Commission des lois, Amendements soumis à la commission, Projet de loi relatif à la garde à vue (n° 2855), 14.12.2010: CL 50 (fünf Jahre), CL 107 (drei Jahre), CL 21 (fünf Jahre), CL 53 (fünf Jahre), CL 8 (drei Jahre/sechs Monate im Flagranzverfahren), CL 22 (drei Jahre). Zu ähnlichen Forderungen siehe bereits Grebing, Untersuchungshaft, S. 50 m.w.N.

²¹⁵ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 27.

²¹⁶ Vgl. etwa Léger, Rapport, S. 20; Crim. 5.6.2012, avis n° 2002; siehe dagegen aber auch Ziff. I.2 des Circulaire vom 23.5.2011 und Projet de loi relatif à la garde à vue, Ass. nat. n° 2855, 12./13.10.2010, Etude d'impact, S. 15 f.

²¹⁷ Vgl. Leroy, Proc. pén., Rn. 482; für ein Mindesthöchststrafersfordernis etwa Matsopoulos, JCP G 2011, Rn. 542, 902; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2526.

jedoch die unionsrechtliche Rückführungsrichtlinie einer Strafvorschrift im Wege steht, die wie ex-Art. L. 621-1 CESEDA den unberechtigten Aufenthalt eines Drittstaatsangehörigen als solchen mit Freiheitsstrafe belegt,²¹⁸ bedurfte es just wegen dieser Neuregelung der Schaffung einer vom Vorliegen eines Tatverdachts unabhängigen ausländerrechtlichen Freiheitsentziehung in Art. L. 611-1-1 CESEDA (*retenue pour vérification du droit au séjour*) als *garde à vue*-Ersatz.²¹⁹

b) Tatverdächtiger als Adressat: Besonderheiten im Rahmen der instruction

Nachdem die Möglichkeit, die Maßnahme auch gegen unverdächtige Dritte anzuordnen, 1993 auf das Flagranzverfahren und die gerichtliche Voruntersuchung beschränkt und 2000 dann auch dort abgeschafft wurde, kommen als Adressaten heute nur mehr die Personen in Betracht, gegen die sich der Verdacht richtet.²²⁰ Während die *garde à vue* im polizeilichen Ermittlungsverfahren grundsätzlich²²¹ gegenüber allen Verdächtigen unabhängig von der Schwere des Tatverdachts angeordnet werden kann (Unanwendbarkeit von Art. 105 CPP),²²² gelten im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung Besonderheiten: Da einerseits die Vernehmung des förmlich Beschuldigten (Art. 152 Abs. 2 Satz 1 CPP) sowie derjenigen Personen, gegen die schwerwiegende und übereinstimmende Indizien der Beteiligung an der Straftat bestehen (Art. 105 CPP: Verbot der verspäteten förmlichen Beschuldigung, sog. *mise en examen tardive*),²²³ selbst im Rahmen eines Ermittlungersuchens (*commission rogatoire*) dem Untersuchungsrichter vorbehalten ist und nicht an Polizeibeamte delegiert werden kann²²⁴ und andererseits auch der unterstützte Zeuge (*témoin assisté*) nur auf eigenen Antrag hin polizeilich vernommen werden

²¹⁸ EuGH, 28.4.2011, *El Dridi*, C-61/PPU; 6.12.2011, *Achughbabian*, C-329/11; Crim. 5.6.2012, avis n° 9002; Civ. Ire, 5.7.2012, n° 11-30.530; 11-30.371; 11-19.250.

²¹⁹ Vgl. das *Exposé des motifs* zu dem Gesetzentwurf vom 28.9.2012 (Sénat n° 789).

²²⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2527. Im Schrifttum wird diese konventionsrechtlich motivierte Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs soweit ersichtlich nur von *Rassat* (Propositions, S. 131 ff.; Traité, Rn. 343, Proc. pén., Rn. 423 f.), infrage gestellt und kritisiert.

²²¹ Gegenüber Parlamentariern, ausländischen Diplomaten, Minderjährigen unter 13 Jahren sowie Schwerkranken ist die Maßnahme hingegen nicht bzw. nur unter stark eingeschränkten Voraussetzungen anwendbar, vgl. *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 60–64.

²²² Crim. 20.8.1986, Bull. n° 247; 27.7.1964, Bull. n° 252; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 92.22 und 153.21 m.w.N.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1741; *Pfefferkorn*, Einführung, S. 85.

²²³ Ergeben sich entsprechende Indizien im Rahmen einer *garde à vue* während der gerichtlichen Voruntersuchung, so ist die polizeiliche Vernehmung abzubrechen, anderenfalls droht eine Nichtigkeit der erhobenen Beweise wegen verspäteter förmlicher Beschuldigung. Nicht zu beanstanden soll es dagegen sein, wenn die weitere polizeiliche Befragung sich darauf beschränkt hat, die Spontanerklärungen des Betroffenen zusammenzufassen und keine neuen belastenden Umstände zutage gefördert hat, Crim. 1.9.1987, Bull. n° 308; ähnlich Crim. 4.1.1977, Bull. n° 5.

²²⁴ Missverständlich *Pfefferkorn*, Einführung, S. 87.

darf (Art. 152 Abs. 2 Satz 2 CPP), stellt sich die Frage, ob gegenüber diesen Personen die Anordnung einer *garde à vue* überhaupt in Betracht kommt.

Ein beachtlicher Teil des Schrifttums verneint dies offenbar, entnimmt also den polizeilichen Vernehmungsverboten gegenüber den in Art. 105, 152 Abs. 2 CPP bezeichneten Personen ein ungeschriebenes Verbot der *garde à vue*.²²⁵ Für dieses Ergebnis scheint zwar die Regelung in Art. 122 Abs. 2 Satz 2 CPP zu sprechen, wonach ein *mandat de recherche*, das ja gerade auf die polizeiliche Festnahme und Anordnung der *garde à vue* zielt, gegenüber förmlich Beschuldigten und unterstützten Zeugen ausgeschlossen ist. Gleichwohl überrascht diese über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Auslegung in Anbetracht der Vielfalt der potenziellen Motive der *garde à vue* (vgl. Art. 62-2 Abs. 2 CPP): Wenngleich die Vernehmung häufig ihr Hauptzweck ist und der Maßnahme ihr typisches Gepräge verleiht, sind durchaus Fälle denkbar, in denen die Anhörung des Betroffenen gar keine Rolle spielt.²²⁶ Dass die dem *gardé à vue* in Art. 62-2 ff. CPP eingeräumte Rechtsstellung *insgesamt* hinter dem Schutzstatus der *personne mise en examen* zurückbleibt, ist hinzunehmen, da die hier interessierenden Regelungen der Art. 105, 152 Abs. 2 CPP einzig auf den Schutz vor polizeilicher *Vernehmung* zielen. Überzeugender erscheint es daher, diesen Vorschriften getreu ihrem Wortlaut keine Aussage über den zulässigen Adressatenkreis, sondern lediglich eine solche über den konkreten Gegenstand bzw. Zweck der *garde à vue* zu entnehmen (Ausschluss der polizeilichen Vernehmung).²²⁷ Diesen Weg hat auch die Rechtsprechung eingeschlagen.²²⁸

Ausweislich des eindeutigen Wortlauts von Art. 122 Abs. 7 CPP scheidet allerdings im Hinblick auf Personen, gegen die in der *instruction* einer der in dieser Vorschrift bezeichneten, untersuchungsrichterlichen Haftbefehle (*mandat de comparution*, *mandat d'amener* oder *mandat d'arrêt*) ergangen ist, nicht nur die polizeiliche Vernehmung, sondern auch die Anordnung der *garde à vue* aus, soweit es um den Sachverhalt geht, der dem Haftbefehl zugrunde liegt (*pour les faits ayant donné lieu à la délivrance du mandat*). Wenngleich eine solche Regelung in

²²⁵ Pradel, *Instruction préparatoire*, Rn. 542; Pradel, *Proc. pén.*, Rn. 688; Vergès, *Proc. pén.*, Rn. 356. I.d.S. offenbar auch Ambroise-Castérot/Bonfils, *Proc. pén.*, Rn. 357. Den bei Pradel und Vergès in Bezug genommenen höchstrichterlichen Judikaten (Crim. 14.1.2003, Bull. n° 6; 14.5.2002, Bull. n° 111) lässt sich jedoch keine dahingehende Aussage entnehmen.

²²⁶ Siehe nur Rassat, *Propositions*, S. 130; Guéry, *AJ Pén.* 2004, 359 f.

²²⁷ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 1740, 2528; Chambon/Guéry, *Instruction préparatoire*, Rn. 81.22. So wohl auch Pfützner, *Organisierte Kriminalität*, S. 134 f.; ähnlich, allerdings speziell im Hinblick auf den *témoïn assisté*, Guéry, *AJ Pén.* 2004, 359 f., der folgerichtig auch dem Verbot eines *mandat de recherche* (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 CPP) keine über seinen unmittelbaren Regelungsgehalt hinausgehende Bedeutung i.S.e. generellen Ausschlusses der *garde à vue* beimisst.

²²⁸ Crim. 14.6.2000, Bull. n° 224. Dort ging es zwar nur um die Verlängerung der Maßnahme, nichts anderes kann aber für ihre Anordnung und Aufrechterhaltung gelten.

Art. 122 Abs. 8 CPP für das *mandat de dépôt* fehlt, dürfte Entsprechendes für förmlich Beschuldigte gelten, die sich in *détention provisoire* befinden.²²⁹

c) Erlangung der Verfügungsgewalt über den Verdächtigen

Da die *garde à vue* als solche kein Festnahme-, sondern lediglich ein Festhaltenrecht verleiht, bedarf es als ungeschriebener Voraussetzung einer im Moment der Anordnung bestehenden Zugriffsmöglichkeit der Polizei auf den Verdächtigen. In der Legaldefinition von Art. 62-2 Abs. 1 CPP kommt dieses Erfordernis implizit darin zum Ausdruck, dass das Gesetz auf die *Aufrechterhaltung* der polizeilichen Verfügungsgewalt, nicht auf deren Erlangung abstellt (*est maintenue à la disposition des enquêteurs*); nur so erklärt sich im Übrigen die anderenfalls überflüssige Existenz einer Vielzahl gesondert geregelter und oftmals strengeren Voraussetzungen unterliegender Festnahmebefugnisse.²³⁰ Es ist also zwischen der Erlangung und der Aufrechterhaltung des polizeilichen Gewahrsams zu differenzieren. Dabei lassen sich im Hinblick auf die Herkunft des Gewahrsams drei Situationen unterscheiden: die Ergreifung auf polizeiliche Initiative, die Festnahme kraft staatsanwaltschaftlicher oder richterlicher Ermächtigung und die Erlangung der Zugriffsmöglichkeit ohne hoheitlichen Zwang.

aa) Ergreifung auf polizeiliche Initiative

Im Flagranzverfahren ergibt sich der für die Anordnung der *garde à vue* erforderliche Zugriff auf den Verdächtigen regelmäßig aus einer vorangegangenen polizeilichen Spontanfestnahme (Art. 73 CPP).²³¹ Macht die Polizei von der ihr ebenfalls nur in diesem Stadium des polizeilichen Ermittlungsverfahrens eröffneten Möglichkeit Gebrauch, die bei Grundstücksdurchsuchungen (Art. 56 Abs. 11 CPP) oder am Tatort (Art. 61 Abs. 1 CPP)²³² angetroffenen Personen anzuhalten oder die Ladung gegenüber am Tatort angetroffenen Personen zwangsweise durchzusetzen (Art. 61 Abs. 3 Satz 2 CPP), so kann (ggf. muss) auch auf dieser Grundlage die *garde à vue* angeordnet werden, wenn deren weitere Voraussetzungen vorliegen.

Die Möglichkeit zu einer nachträglichen Anordnung der *garde à vue* besteht außerdem in allen anderen Situationen, in denen die Polizei auf anderweitiger repressiv- oder präventiv-polizeilicher Grundlage den Gewahrsam über eine Person er-

²²⁹ Vgl. Crim. 6.2.2002, Bull. n° 26, wo die Extraktion aus der Untersuchungshaftanstalt zwecks polizeilicher Vernehmung im Hinblick auf den Verdacht einer *anderen* prozessualen Tat erfolgte.

²³⁰ Zum Verhältnis von *garde à vue* und Flagranzfestnahme *Gogorza*, Dr. pén. 2012, Etude n° 23.

²³¹ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2537-1.

²³² Zur Möglichkeit, die *garde à vue* vor Ort, also außerhalb des Polizeireviereviere anzuordnen, siehe *Leroy*, Proc. pén., Rn. 485.

langt hat. Dies gilt insbesondere für die Verbringung von Betrunkenen in eine Ausnüchterungszelle (Art. L. 3341-1 CSP; vgl. Art. L. 3341-2 CSP), die aufenthaltsrechtlich bedingte Ingewahrsamnahme von Ausländern (v.a. Art. L. 611-1-1 CESEDA; vgl. Abs. III) sowie die Sistierung von Personen, deren Identitätskontrolle erfolglos verlaufen ist (Art. 78-3 CPP, vgl. Art. 78-4 CPP).²³³

bb) Festnahme kraft staatsanwaltschaftlicher oder richterlicher Ermächtigung

Über die im Flagranzverfahren geregelten Befugnisse und die Möglichkeit der Sistierung zur Identitätsfeststellung hinaus kommt eine repressiv-polizeiliche Ergreifung heute in sämtlichen Verfahrensstadien – seit dem Gesetz vom 9.3.2004 auch im Vorermittlungsverfahren (*enquête préliminaire*)²³⁴ – in Betracht, wenn ihr eine entsprechende Ermächtigung durch die *autorité judiciaire* zugrunde liegt.

Liegt die vorherige Erlaubnis (*autorisation préalable*) des Staatsanwalts vor,²³⁵ so räumen die Art. 61 Abs. 3 Satz 3, 78 Abs. 1 Satz 2 CPP der Polizei die Befugnis zur zwangsweisen Durchsetzung der Pflicht zum Erscheinen bei der Polizei gegenüber Personen ein, die einer Ladung nicht gefolgt sind *oder bei denen dies zu befürchten steht*. In der gerichtlichen Voruntersuchung obliegt die Anordnung der zwangsweisen Durchsetzung dem Untersuchungsrichter (Art. 153 Abs. 2 CPP). Anders als in der *enquête* setzt sie voraus, dass der Ladung tatsächlich nicht Folge geleistet wurde; auch scheidet sie gegenüber dem förmlich Beschuldigten aus.

Das je nach Verfahrensstadium vom Staatsanwalt oder Untersuchungsrichter erlassende *mandat de recherche* enthält nicht nur die Anweisung an die Polizei, die in ihm bezeichnete, tatverdächtige Person zu suchen, zu ergreifen und in *garde à vue* zu nehmen, sondern vermittelt ihr auch ein eigenständiges Festnahmerecht (Art. 122 Abs. 2, 134, 135-1 CPP).²³⁶ Im polizeilichen Ermittlungsverfahren setzt der Erlass des *mandat de recherche* voraus, dass das Verfahren ein Verbrechen oder ein mit mindestens dreijähriger Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen zum Gegenstand hat (Art. 70, 77-4 CPP). Im Rahmen der *instruction* scheidet es gegenüber förmlich Beschuldigten und unterstützten Zeugen aus (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 CPP).

²³³ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2539.

²³⁴ Dies übersieht offenbar *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 130. Zur ursprünglich fehlenden Möglichkeit, einen Verdächtigen im polizeilichen Ermittlungsverfahren außerhalb des Flagranzverfahrens festzunehmen, siehe *Glatthaar*, Polizei, S. 52 f.

²³⁵ Bedenklich *Crim.* 28.5.2008, n° 07-84.431, wo offenbar das Erfordernis einer vorherigen staatsanwaltschaftlichen Genehmigung nach Art. 78 Abs. 1 Satz 2 CPP verkannt wird.

²³⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2497 f.

cc) Erlangung der Verfügungsgewalt ohne hoheitlichen Zwang

Eine die Anordnung der *garde à vue* ermöglichende Präsenz des Verdächtigen bei der Polizei kann sich schließlich auch ganz ohne Einsatz hoheitlichen Zwangs ergeben. Dies betrifft nicht nur die Situation einer Privatfestnahme nach Art. 73 CPP, bei der die festgenommene Person so schnell wie möglich zum höheren Polizeibeamten zu bringen ist,²³⁷ sondern gilt auch für den Fall, dass jemand aus freien Stücken oder auf polizeiliche Ladung hin bei der Polizei erscheint.²³⁸

3. Zulässige Haftzwecke

Bei der Aufzählung der Haftgründe in Art. 62-2 Abs. 2 CPP handelt es sich um eine „Kollateralerrungenschaft“ der Neuregelung vom 14.4.2011, wurde mit dieser Reform doch auch das Ziel verfolgt, die Anwendungshäufigkeit der *garde à vue* einzuzugrenzen.²³⁹ Misstrausch stimmt der Katalog insofern, als selbst der allgemein anerkannte Hauptzweck der Maßnahme, die Ermöglichung der Vernehmung des Verdächtigen, darin nicht ausdrücklich Eingang gefunden hat. Verständlich wird die Vorschrift – vor allem ihre sehr vielseitig interpretierbaren Nr. 1 und 2 – im Grunde erst dann, wenn man sich die nach alter Rechtslage mit der Maßnahme verfolgten bzw. verfolgten Zwecke vor Augen führt.

a) Nach altem Recht: Prinzip des freien Ermessens (*principe d'opportunité*)

In der bis zum 31.5.2011 geltenden Fassung des CPP begnügte sich das Gesetz mit der überaus vagen und vielseitig interpretierbaren Zielvorgabe der „Notwendigkeiten des (polizeilichen) Ermittlungsverfahrens“ (*pour les nécessités de l'enquête*, Art. 63, 77 CPP a.F.).²⁴⁰ In Ermangelung gesetzlicher Haftgründe galt – ähnlich wie bei der *détention provisoire* vor der Reform von 1970 – das *principe d'opportunité*: Die Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Maßnahme oblag unter alleiniger Kontrolle des unmittelbar mit der Sache befassten Staatsanwalts bzw. Untersuchungsrichters dem freien Ermessen des höheren Polizeibeamten (aa.).²⁴¹

²³⁷ Crim. 1.10.1979, Bull. n° 263.

²³⁸ Zur (früheren) Bedeutung Pfützner, Organisierte Kriminalität, S. 130.

²³⁹ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2521, Ziff.1.

²⁴⁰ Siehe Art. 63 Abs. 1 CPP a.F.: „L'officier de police judiciaire peut, pour les nécessités de l'enquête, placer en garde à vue [...]“; in der gerichtlichen Voruntersuchung, also außerhalb der *enquête*, hob das Gesetz – ohne Unterschied in der Sache – auf die *nécessités de l'exécution de la commission rogatoire*, ab (Art. 154 Abs. 1 CPP a.F.); krit. Leroy, Proc. pén., Rn. 475, 482, der dadurch die Missbräuche bei der *garde à vue* begünstigt sieht; siehe auch Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2527.

²⁴¹ Lennon, D. 2005, 762 f. „véritable pouvoir d'opportunité“; ders., D. 2006, 888; Miansoni, AJ Pén. 2012, 518; Pradel, Proc. pén., Rn. 536; Daoud/Mercinier, AJ Pén. 2008, 269; vgl. auch schon Glatthaar, Polizei, S. 50 f.

Nach der Rechtsprechung sollte es ausreichen, wenn die Anwesenheit der Person bei der Polizei oder ihre Vernehmung aus irgendeinem Grund für die Ermittlungen erforderlich war.²⁴² Anders als bei der Vorläuferregelung der *détention provisoire* wurden auch im Schrifttum keine Versuche einer weitergehenden dogmatischen Aufbereitung der Materie unternommen, die zur Herausbildung einer Systematik ungeschriebener Haftgründe hätte führen können (bb.).²⁴³

aa) Reichweite der Beurteilungsfreiheit

Wie weit der freie Ermessensspielraum nach alter Rechtslage reichte, verdeutlicht eine Grundsatzentscheidung der Cour de cassation aus dem Jahr 2005, die ein berufungsgerichtliches Urteil zum Gegenstand hat, welches zu dem Schluss gekommen war, dass die Anordnung einer *garde à vue* nicht den *nécessités de l'enquête* entsprochen habe, weil die mit ihr bezweckte Vernehmung ebenso gut am darauffolgenden Tag durch die Ladung der betroffenen Person auf das Polizeirevier möglich gewesen wäre. Die Cour de cassation gab der Revision der Staatsanwaltschaft statt und hob das Judikat mit der lapidaren Begründung auf, dass die Entscheidung über die Anordnung der *garde à vue* eine dem höheren Polizeibeamten durch das Gesetz eingeräumte Befugnis (*faculté*) darstelle, die dieser im Rahmen der gesetzlichen Voraussetzungen unter *alleiniger* Kontrolle des Staatsanwalts und ggf. des Untersuchungsrichters wahrnimmt.²⁴⁴ Damit war das Kriterium der *nécessités de l'enquête* – anders als etwa das Erfordernis des Tatverdachts – einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle im Grunde vollständig entzogen.²⁴⁵ Ob wenigstens die Verfolgung evident strafprozessfremder Ziele vor den Gerichten hätte moniert werden können, lässt sich nicht mit Gewissheit sagen,²⁴⁶ zumal keine Fälle

²⁴² *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2529; Crim. 28.1.1992, Bull. n° 32: „le maintien à la disposition des enquêteurs de toute personne dont la présence ou l'audition est nécessaire à leurs investigations“.

²⁴³ Häufig gab es selbst in umfangreicheren Werken keine Ausführungen zu den zulässigen Zielen der *garde à vue*, vgl. etwa *Matsopoulou*, Enquêtes de police, Rn. 725 ff. sowie *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 419 ff. Ansätze finden sich immerhin bereits bei *Rassat*, Propositions, S. 130.

²⁴⁴ Crim. 4.1.2005, Bull. n° 3: „la décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une faculté que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le seul contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction“.

²⁴⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2528, 2530; *Rassat*, Proc. pén., Rn. 428; *Pradel*, JCP G 2011, Étude n° 665, Rn. 8; *Daoud/Mercinier*, AJ Pén. 2008, 269; so auch Ch. mixte 7.7.2000, Bull. n° 257 sowie Crim. 14.6.2006, Bull. n° 224, wo allerdings nicht das anfängliche Fehlen der *nécessités de l'enquête* gerügt worden war, sondern ihr Fortfall vor Erreichen der zeitlichen Obergrenze der Maßnahme.

²⁴⁶ I.d.S. aber offenbar *Giudicelli*, RSC 2001, 190.

ersichtlich sind, in denen die Cour de cassation die Anordnung der *garde à vue* am Kriterium der *nécessités de l'enquête* scheitern ließ.²⁴⁷

Die von der Cour de cassation nicht nur sich selbst, sondern auch den Tatsacheninstanzen auferlegte Beschränkung wurde von Teilen der Literatur kritisiert, da sie den übergeordneten Prinzipien der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit widerspreche und die Strafverfolgungsbehörden zu Zweckentfremdungen (insb. zum missbräuchlichen Einsatz der *garde à vue* als polizeiliches Sanktionsmittel) verleite.²⁴⁸ Andere Autoren betonten dagegen ihre Folgerichtigkeit angesichts der Tatsache, dass die Klausel der *nécessités de l'enquête* eben nicht als Umschreibung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, sondern schlicht als Ausprägung des *principe d'opportunité* anzusehen sei, das den unmittelbar mit der Maßnahme befassten Polizeibeamten und *magistrats* die autonome Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Maßnahme anheimstelle. Eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung dieser „Notwendigkeiten“ würde sich so betrachtet nicht als Kontrolle der Gesetzmäßigkeit, sondern als eine solche der Zweckdienlichkeit darstellen, die dem erkennenden Gericht – und erst recht der Cour de cassation – versagt bleiben müsse.²⁴⁹

Durchbrochen war dieses freie Anordnungsersessen nur insoweit, als es sich in bestimmten Fällen zu einer Anordnungspflicht verdichten konnte. Da die *garde à vue* bis 2014 die einzige prozessuale Situation darstellte, in welcher der Verdächtige bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren mit vernehmungsbezogenen Garantien ausgestattet wurde, war ihre Anordnung zwingend, wenn er gegen seinen Willen zur Vernehmung festgehalten werden sollte bzw. wenn eine *audition libre* wegen des vorangegangenen Einsatzes hoheitlichen Zwangs (Art. 73 Abs. 2 Satz 2 CPP) ausschied.²⁵⁰ Die mit dieser Rechtsprechung verbundene Ausnahme vom *principe d'opportunité* – die angesichts des fortbestehenden Garantiefalles zwischen *garde à vue* und *audition libre* auch heute noch gelten dürfte (siehe oben A.4.a. und unten 5.a.) – führte freilich nicht zu einer Begrenzung der Zulässigkeit der Maßnahme, sondern umgekehrt nur zu einer Beschränkung derjenigen Fälle, in denen von ihr abgesehen werden durfte („Anspruch“ auf *garde à vue*). Auch unter diesem Blickwinkel konnte also nicht die gerichtliche Überprüfung der Anordnung der Maßnahme, sondern lediglich die ihrer Nicht-Anordnung erreicht werden.²⁵¹

²⁴⁷ *Guérin*, JCP G 2000, 2035 ist mit seiner Annahme, wonach die Cour de cassation prüfe, ob die *garde à vue* tatsächlich durch die *nécessités de l'enquête* gerechtfertigt sei, zu Recht allein geblieben: In der Entscheidung Crim. 15.9.1999, Bull. n° 185, die als einzige Referenz angeführt ist, wird das Vorliegen der *nécessités de l'enquête* gerade bejaht.

²⁴⁸ *Conte*, JCP G 2005, II, 10176, 2323 ff.; *Herzog-Evans*, AJ Pén. 2005, 409 f.; krit. auch *Lesclous*, Dr. pén. 2007, chron. 3, n° 9: „paradoxe“.

²⁴⁹ Siehe *Maron*, Dr. pén. 2005, Comm. n° 49, 28; *Lennon*, D. 2005, 763; *Pradel*, JCP G 2011, Etude n° 665, Rn. 8.

²⁵⁰ *Miansoni*, AJ Pén. 2012, 518; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2533.

²⁵¹ Aus der Entscheidung Civ. 1re, 25.11.2009, n° 08-20.294, in der die Cour de cassation das Fehlen der *nécessités de l'enquête* feststellt, lässt sich – entgegen *Fourment*,

bb) Bestandsaufnahme über zulässige Zwecke

Eine gesetzliche Konkretisierung des Kriteriums der Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens, das sich, so oder leicht abgewandelt,²⁵² auch bei anderen strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen findet,²⁵³ fehlt. Soweit das Schrifttum in ihm nicht lediglich eine Anerkennung des freien Ermessens des handelnden Polizeibeamten sieht (*principe d'opportunité*),²⁵⁴ wird es meist mit dem Ziel der Wahrheitssuche in Verbindung gebracht, das als übergeordneter Zweck des Strafverfahrens sämtlichen Stadien des Ermittlungsverfahrens zugrunde liegt (vgl. Art. 14, 41 Abs. 1, 2, 62 Abs. 2, 81 Abs. 1 CPP).²⁵⁵

Obwohl die Cour de cassation das Vorliegen der *nécessités de l'enquête* soweit ersichtlich noch nie in Abrede gestellt hat,²⁵⁶ existieren immerhin einige Urteile im Zusammenhang mit der *garde à vue*, denen implizite Aussagen über als zulässig erachtete Ermittlungszwecke entnommen werden können. Bisweilen wird dabei die Vernehmung des Verdächtigen recht pauschal als deren Gegenstand bzw. Zweck schlechthin bezeichnet.²⁵⁷ Die Rechtsprechung hat jedoch auch die Verfolgung diverser anderer Ziele gebilligt, so etwa die Sicherung von Beweisen, die Identifikation eines Verdächtigen durch einen Zeugen im Wege der Gegenüberstellung (*tapissage* bzw. *parade d'identification*),²⁵⁸ den Schutz eines Zeugen, die Durchführung einer Durchsuchung gegen den Willen des Verdächtigen oder aber die Verhinderung der Kontaktaufnahme mit einem Dritten.²⁵⁹ Vor allem rechtfertigen Ermittlungsmaßnahmen, deren Durchführung einen polizeilichen Gewahrsam über den Verdächtigen voraussetzen, z.B. körperliche Untersuchungen, die Anordnung einer *garde à vue*.²⁶⁰ Das Ziel der Beweissicherung gewinnt eine besondere Bedeu-

Proc. pén., Rn. 207 – keine andere Tendenz ableiten, da das Gericht auch hier lediglich den polizeilichen *Verzicht* auf die Anordnung der Maßnahme für rechtmäßig befunden hat.

²⁵² Art. 137 CPP etwa stellt auf die *nécessités de l'instruction* ab, Art. 154 CPP a.F. auf die *nécessités de l'exécution de la commission rogatoire*.

²⁵³ Z.B. Art. 70 Abs. 1, Art. 77-4 Abs. 1 (*mandat de recherche*), Art. 76-3 (*prélèvement externe*), Art. 100 Abs. 1 CPP (Telefonüberwachung). Siehe *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 119 ff.

²⁵⁴ Vgl. *Maron*, Dr. pén. 2005, Comm. n° 49, 28; *Lennon*, D. 2005, 763; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 536.

²⁵⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1490; ähnlich *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 4; *Guinhard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 806: „finalité de la manifestation de la vérité“.

²⁵⁶ *Guinhard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 805, Fn. 150: „absence de jurisprudence“.

²⁵⁷ Crim. 11.7.1994, Bull. n° 273: „la garde à vue a comme objet l'audition de la personne retenue à disposition d'un officier de police judiciaire“; *Hurpy*, Notion de mesure privative de liberté, S. 4.

²⁵⁸ Crim. 16.12.2003, n° 03-81.872.

²⁵⁹ Siehe die Aufzählungen und weiteren Nachweise bei *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité¹, Rn. 2527; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 11; *ders.*, Proc. pén., Rn. 475; *ders.*, Garde à vue, Rn. 31.

²⁶⁰ Crim. 30.6.1999, Bull. n° 169 (im Hinblick auf eine *retenue douanière* als zollrechtliches Äquivalent der *garde à vue*, für die insoweit nichts anderes gilt).

tung, wenn ein Verdächtiger die Duldung bestimmter körperbezogener Ermittlungsmaßnahmen ablehnt, deren Durchführung nur mit seinem Einverständnis zulässig sind, etwa die Verabreichung von Brechmitteln bei Verdacht auf Drogentransport im Körperinneren (Art. 60*bis* Code des douanes). Nachdem die Verweigerung des Einverständnisses ihrerseits als mit Freiheitsstrafe bedrohter Straftatbestand ausgestaltet ist, dessen Verdacht zur Anordnung der *garde à vue* berechtigt, löse sich das mit dem Ausschluss von Zwang einhergehende Problem laut Pradel von selbst, indem die Person einer etwas längeren *garde à vue* unterworfen werde.²⁶¹ Selbst die Anordnung der *garde à vue* mit dem alleinigen Ziel der Ermöglichung der Vorführung des Betroffenen vor den Staatsanwalt (sog. *défèrement*, etwa im Hinblick auf die Durchführung des Schnellverfahrens der *comparution immédiate*) wurde von der Rechtsprechung nicht beanstandet: Während das Schrifttum hier die *nécessités de l'enquête* in Zweifel zieht, soweit keinerlei auf die Wahrheitssuche gerichtete (aktive) Ermittlungshandlungen durchgeführt werden sollen,²⁶² es also weder um Beweissicherung noch um Beweiserhebung geht, genügt es nach Ansicht der Cour de cassation bereits, dass dem *magistrat* die Entscheidung über den weiteren Fortgang des Verfahrens ermöglicht werden soll.²⁶³

Nach alledem war die Anordnung der *garde à vue* im Ergebnis bereits dann zulässig, wenn die Sicherstellung der Anwesenheit des Betroffenen im Anordnungszeitpunkt einen wie auch immer gearteten Nutzen für das weitere (Straf-)Verfahren versprach.²⁶⁴ Das *alleinige* Ziel der Vorbereitung einer verwaltungsrechtlichen Maßnahme (z.B. Abschiebung) dürfte insoweit jedoch mangels strafprozessualen Bezugs nicht ausgereicht haben.²⁶⁵

Ob ähnlich wie bei der *détention provisoire* auch präventive Motive wie die Verhinderung der Wiederholung der Tat, deren Beendigung oder der Schutz des Verdächtigen als zulässige Gründe für die Anordnung der *garde à vue* in Betracht kamen, ist mangels einschlägiger Rechtsprechung unklar.²⁶⁶ Dagegen mochte zwar der Umstand sprechen, dass die *garde à vue*, anders als die *détention provisoire* (Art. 137 Abs. 2 CPP), nur den „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“, also

²⁶¹ Pradel, Proc. pén., Rn. 476.

²⁶² Leroy, Proc. pén., Rn. 475; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2529, Ziff. 2.

²⁶³ Crim. 22.5.2001, n° 00-87-932.

²⁶⁴ Vgl. insb. Crim. 28.1.1992, Bull. n° 32; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2529; Lennon, D. 2006, 887; siehe auch Ziff. I.5 des Circulaire vom 23.5.2011, wonach früher in einigen Staatsanwaltschaftsbezirken interne Anweisungen existierten, die der Polizei beim Verdacht bestimmter Straftaten *stets* – also ungeachtet der näheren Umstände des Falls – die Anordnung der *garde à vue* aufgaben.

²⁶⁵ Vgl. Giudicelli, RSC 2001, 190; a.A. Pfützner, Organisierte Kriminalität, S. 127 mit Verweis auf Ch. mixte 7.7.2000, Bull. n° 257. Dort ging es indes nicht um die Zulässigkeit der Anordnung, sondern um die der Aufrechterhaltung der Maßnahme.

²⁶⁶ Dies im Hinblick auf den Schutz des Verdächtigen gegen Lynchjustiz bejahend *Rasat*, Propositions, S. 130. Hurpy, Notion de mesure privative de liberté, S. 4 erachtet die *garde à vue* ohne Begründung auch zur Verhinderung künftiger Straftaten als zulässig.

der Wahrheitssuche, zu dienen bestimmt und nicht zugleich als *mesure de sûreté* konzipiert war.²⁶⁷ Angesichts der unscharfen Konturen bei der Abgrenzung zwischen *nécessités de l'instruction* und *mesure de sûreté* erscheint dieses Argument jedoch nicht zwingend,²⁶⁸ zumal die Verfolgung präventiver und präventiv-polizeilicher Motive im Strafverfahren auch sonst kaum beanstandet wird.

b) Nach neuem Recht: Gesetzliche Haftgründe (principe de légalité)

Mit Wirkung vom 1.6.2011 hat der Gesetzgeber die Bezugnahme auf das Kriterium der *nécessités de l'enquête* gestrichen. Die mit der Auslegung dieses Begriffs verbundenen Schwierigkeiten werden daher jedenfalls bei der Anordnung der Maßnahme künftig keine Rolle mehr spielen.²⁶⁹ Anstelle des *principe d'opportunité* ist das *principe de légalité* getreten. Es ist dadurch gekennzeichnet, dass das Gesetz selbst die zulässigen Motive der Maßnahme definiert (*légalité*), anstatt die Beurteilung von deren Zweckdienlichkeit dem freien Ermessen (*opportunité*) des höheren Polizeibeamten zu überlassen.²⁷⁰ Seither muss die *garde à vue* gemäß Art. 62-2 Abs. 2 CPP das einzige Mittel (*l'unique moyen*) sein, um eines der sechs folgenden, abschließend im Gesetz bezeichneten Ziele zu erreichen:

- Nr. 1: die Durchführung von Ermittlungen ermöglichen, die die Anwesenheit oder Mitwirkung des Betroffenen erfordern;
- Nr. 2: die Vorführung der Person vor den Staatsanwalt ermöglichen, damit dieser *magistrat* den weiteren Fortgang der Untersuchung beurteilen kann;
- Nr. 3: verhindern, dass die Person die Beweise oder materiellen Indizien modifiziert;
- Nr. 4: verhindern, dass die Person Druck auf die Zeugen oder Opfer sowie ihre Familie und Angehörigen ausübt;

²⁶⁷ Vgl. auch *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 815.

²⁶⁸ So ordnen etwa *Merle/Vitu*, Traité II, Rn. 475 den Haftgrund der Wiederholungsgefahr bei der *détention provisoire* – entgegen der h.M. – den *nécessités de l'instruction* zu. Im Übrigen wird der Aspekt der Anwesenheitssicherung, der bei der *détention provisoire* (Art. 144 Nr. 5 CPP) ihrer Eigenschaft als *mesure de sûreté* zugeschrieben wird, auch bei der *garde à vue* – als Ausprägung der *nécessités de l'enquête* – für einschlägig erachtet.

²⁶⁹ Für die Anordnung der *retenue douanière* als zollrechtlichem Spezialfall der *garde à vue* verweist das Gesetz jedoch weiterhin auf die *nécessités de l'enquête (douanière)*, Art. 323-1 Code des douanes. Auch bei der *garde à vue* wird in anderem Zusammenhang nach wie vor auf die *nécessités de l'enquête* Bezug genommen, vgl. Art. 64-4-2 Abs. 3 CPP (sofortige Vernehmung noch vor Ablauf der zweistündigen Wartezeit auf den Verteidiger), Art. 706-88 Abs. 1 CPP (Ausnahmeverlängerung bei organisierter Kriminalität).

²⁷⁰ *Pradel*, Proc. pén., Rn. 536. Soweit ersichtlich erstmals angedeutet findet sich die Idee der Einführung von Haftgründen bei der *garde à vue* im Rahmen der Aufarbeitung der *Outreau*-Affäre, vgl. *Vallini/Houillon*, Rapport *Outreau*, S. 309 f.; skeptisch dazu *Schwendener*, AJ Pén. 2006, 345. Den Nutzen der Einführung von Haftgründen bezweifelt *Rassat*, JCP G 2011, 1072; krit. auch *Pradel*, JCP G 2011, Etude n° 665, Rn. 8.

- Nr. 5: verhindern, dass die Person sich mit anderen Personen abstimmt, die als ihre Mittäter oder Teilnehmer in Betracht kommen;
- Nr. 6: die Verwirklichung von Maßnahmen ermöglichen, die darauf gerichtet sind, das Verbrechen oder Vergehen zu beenden.

Das mit der Schaffung von Haftgründen verfolgte Ziel des zahlenmäßigen Rückgangs der Maßnahme entsprang keiner verfassungsgerichtlichen Vorgabe,²⁷¹ sondern einer rechtspolitischen Entscheidung, die vor allem im Zusammenhang mit dem Bekanntwerden der Entwicklung ihrer Anwendungshäufigkeit zu sehen ist.²⁷² Ihre Formulierung entspricht wörtlich dem Regierungsentwurf vom 13.10.2010.²⁷³ Eine Diskussion der konkreten Fassung der Haftgründe hatte im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens nicht mehr stattgefunden. Dort – wie auch bei den Stellungnahmen in der Fachpresse – standen vielmehr die vom C. const. beanstandeten Aspekte (Anwaltszugang, Belehrung über Schweigerecht, Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf die Schwere der Straftat) und die Kontroversen um die „Einführung“ bzw. Kodifikation der *audition libre* im Vordergrund.

Im Vergleich zum Avant-projet vom 31.3.2010, das erstmals konkret die Einführung von Haftgründen vorgeschlagen hatte, fallen vor allem drei Dinge auf.²⁷⁴ Erstens die systematisch entzerrte Darstellung anhand von sechs gesondert geregelten Zielen anstelle der Unterteilung in zwei Blöcke mit jeweils zwei bzw. drei Haftmotiven. Zweitens die engere Fassung des ersten Haftgrundes, der die Sicherstellung der Anwesenheit der Person nun in Bezug zur Durchführung von präsenz- bzw. mitwirkungsgebundenen Ermittlungshandlungen – also insbesondere Vernehmungen, aber auch Wohnraumdurchsuchungen, Gegenüberstellungen etc.²⁷⁵ – setzt und sich nicht zirkelschlussartig damit begnügt, dass die mit der *garde à vue* per Definition bewirkte Aufrechterhaltung der polizeilichen Verfügungsgewalt über die Person notwendig ist, um die polizeiliche Verfügungsgewalt über die Person aufrechtzuerhalten [sic]. Drittens die Aufnahme eines sechsten, präventiven Haftgrundes der Beendigung der Tat, der im Avant-projet noch nicht vorgesehen war.

²⁷¹ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 16 ff., 25.

²⁷² Projet de loi relatif à la garde à vue, Ass. nat. n° 2855, 12./13.10.2010, S. 3 f.

²⁷³ A.a.O., S. 12.

²⁷⁴ Art. 327-3 Avant-projet: „Il ne peut être procédé au placement en garde à vue d’une personne que si, pour les nécessités de l’enquête, il est indispensable de:
– garantir le maintien de la personne à la disposition des enquêteurs ou sa présentation ultérieure devant le procureur de la République
– empêcher que la personne ne modifie les preuves ou indices matériels, ne fasse pression sur les témoins ou les victimes ainsi que sur leur famille, ou ne se concerta avec d’autres personnes susceptibles d’être ses coauteurs ou complices.“

²⁷⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2529.

Soweit sich das Schrifttum für diese Haftgründe interessiert, wird meist lapidar auf die Ähnlichkeit mit den Motiven der *détention provisoire* hingewiesen.²⁷⁶ Die bei näherer Betrachtung offensichtlichen Unterschiede werden kaum thematisiert.²⁷⁷ So ist eine *garde à vue* zum Schutz des Betroffenen (vgl. Art. 144 Nr. 4 CPP) ebenso wenig vorgesehen wie die Möglichkeit einer Anordnung zum Zwecke der Verhinderung einer Wiederholungstat (vgl. Art. 144 Nr. 6 Alt. 2 CPP); auch der *trouble à l'ordre public* (vgl. Art. 144 Nr. 7 CPP) findet sich nicht unter den in Art. 62-2 Abs. 2 CPP genannten Motiven. Zwar mag sich der Schutz des Verdächtigen, dessen fehlende Benennung bisweilen bemängelt wird,²⁷⁸ bei großzügiger Deutung unter Art. 62 Abs. 2 Nr. 2 CPP (Ermöglichung der Vorführung vor den Staatsanwalt) subsumieren lassen; für die in Art. 144 Nr. 6 Alt. 2 und Nr. 7 CPP vorgesehenen Haftgründe bestehen hingegen keine dahingehenden Auslegungsspielräume. Umso mehr überrascht es, dass nicht nur einzelne Autoren, sondern auch ein Rundschreiben des Justizministeriums den vom Gesetzgeber nicht berücksichtigten Haftgrund der Wiederholungsgefahr in das Gesetz „hineinlesen“ wollen.²⁷⁹

Dort, wo der Versuch einer Systematisierung der im Katalog des Art. 62-2 Abs. 2 CPP aufgezählten Haftgründe unternommen wird, soll der *garde à vue* nunmehr eine Doppelfinalität (*finalité double*) zukommen. Die in Nr. 1, 3, 4 und 5 genannten Ziele entsprächen ihrer klassischen Funktion als Instrument zur Beweiserhebung und -sicherung (*préoccupation probatoire*), wohingegen die in Nr. 2 und Nr. 6 aufgeführten Motive aus einem Sicherheitsanliegen resultieren sollen (*préoccupation sécuritaire*). Nur die zuerst genannten Haftgründe fügen sich nach dieser Ansicht stimmig in das Konzept der *garde à vue* ein. Die Haftgründe Nr. 2 und 6 werden dagegen als der Maßnahme bislang fremde Erwägungen wahrgenommen, die zu unlogischen Inkohärenzen führten.²⁸⁰ Gegenstand der Kritik ist hier vor allem der Haftgrund Nr. 6, der auf die Beendigung der Straftat zielt und ausweislich der Begründung im Gesetzgebungsverfahren zur Bekämpfung von Gewohnheitsverbrechen, insbesondere in Fällen häuslicher Gewalt diene. Dieser Haftgrund verleihe der Maßnahme eine bis dato nicht vorhandene präventiv-polizeiliche Färbung

²⁷⁶ *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 357; *Leroy*, Proc. pén., Rn. 475; *ders.*, Garde à vue, Rn. 31, 52; *ders.*, Garde à vue, in: JCL., Rn. 11; *Rassat*, JCP G 2011, 1072.

²⁷⁷ Siehe aber immerhin *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 815: ungeschickte Rezeption.

²⁷⁸ *Charrière-Bournazel*, Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16374, 2531; *Rassat*, JCP G 2011, 1072.

²⁷⁹ *Charrière-Bournazel*, Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16374, 2530: „La loi rappelle l'objet de la garde à vue: [...] permettre la cessation du crime ou délit ou empêcher sa répétition“ (H.d.d.A.); Circulaire vom 23.5.2011, S. 6: Verzichtbarkeit der *garde à vue*, wenn (u.a.) kein Risiko der unmittelbaren Wiederholung der Tat besteht.

²⁸⁰ Das jetzt in Nr. 2 genannte Motiv war zwar früher umstritten, die höchstrichterliche Rechtsprechung erkannte es indes wie gesehen bereits seit Crim. 22.5.2001, n° 00-87.932 an.

(„une coloration de police administrative“), der sie aufgrund ihrer kurzen Dauer und der Anordnungszuständigkeiten nicht gerecht werden könne und die darüber hinaus zu einer Vermengung der rechtlichen Kategorien („confusion des genres juridiques“) führe. Im Gegensatz zu der im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Auffassung, dass mit der Ausformulierung der Haftgründe eine Einschränkung gegenüber dem bisher maßgeblichen Kriterium der *nécessités de l'enquête* einhergehe, wird hier also im Ergebnis eine Ausdehnung der Finalität und der zulässigen Ziele der *garde à vue* gesehen.²⁸¹

Stellt man die Neuregelung der alten Rechtslage gegenüber, so wird deutlich, dass die in Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 1–5 CPP vorgesehenen Haftgründe im Wesentlichen solche Situationen erfassen, die bereits bisher – jedenfalls in der Rechtsprechung – als Ausprägungen der *nécessités de l'enquête* anerkannt waren,²⁸² tatsächlich ist es einzig der Haftgrund der Beendigung der Straftat (Nr. 6), der in der Vergangenheit so jedenfalls noch nicht explizit in Erscheinung getreten ist. Bemerkenswert ist, dass die Vernehmung als in der Praxis mit Abstand wichtigste Zielsetzung der *garde à vue*²⁸³ noch immer nicht eigens erwähnt wird, sondern lediglich im Oberbegriff der „Ermittlungen, welche die Anwesenheit bzw. Mitwirkung des Betroffenen erfordern“ (Nr. 1) aufgeht.

Inwieweit also die gesetzliche Normierung der Haftgründe für den oben festgestellten Rückgang der *garde à vue*-Anordnungen ursächlich war, ist unklar. Die Gründe sind letztlich so offen gehalten, dass kaum Fälle denkbar sind, bei denen bisher die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ bejaht wurden, ohne dass diese sich fortan nicht wenigstens unter eines der in Art. 62-2 Abs. 2 CPP genannten Motive subsumieren lassen würden.²⁸⁴ Zwar ist an die Stelle einer nahezu uneingeschränkten Ermessensfreiheit eine Auflistung mehr oder weniger konkreter Haftziele getreten, mit der im Umkehrschluss klargestellt ist, dass bestimmte Anliegen (etwa die Verhinderung einer Wiederholung der Straftat) für die Begründung der Anordnungsentscheidung tabu sein dürften. Auch scheidet nun die bisherige Praxis einiger Staatsanwaltschaften aus, die der Polizei beim Verdacht bestimmter Straftaten *generell* – also ungeachtet der näheren Umstände des Falls – die Anordnung der *garde à vue* aufgegeben hatten.²⁸⁵ Nachdem jedoch insbesondere das Haftziel der Vernehmung – das letztlich mehr den Gegenstand denn den Anlass der Freiheitsentziehung umschreibt und insofern keine wirkliche Begrenzung des Ein-

²⁸¹ Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 815; i.E. ähnlich Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2529.

²⁸² Vgl. Lesclous, Dr. pén. 2011, Chronique n° 7, 45, der von einer Präzisierung und Systematisierung der *nécessités de l'enquête* spricht.

²⁸³ Pradel, D. 2001, 1044; Crim. 11.7.1994, Bull. n° 273; Hurpy, Notion de mesure privative de liberté, S. 4; anders offenbar Roujou de Boubée, D. 2011, 1571 f.

²⁸⁴ Pradel, Proc. pén., Rn. 536. Skeptisch auch Leroy, Proc. pén., Rn. 482; Allain, AJ Pén. 2014, 549.

²⁸⁵ Ziff. I.5 des Circulaire vom 23.5.2011.

satzbereichs der Maßnahme beinhaltet – dem Grunde nach immer einschlägig sein dürfte, sofern sich die tatverdächtige Person für die polizeiliche Befragung nicht freiwillig zur Verfügung stellt oder diese nicht ausnahmsweise offensichtlich entbehrlich ist, können mit der *garde à vue* insgeheim bzw. über das Vernehmungsmotiv hinaus weiterhin beliebige (Zusatz-)Ziele verfolgt werden.²⁸⁶ Da die Polizeibeamten im Protokoll lediglich die einschlägigen Haftgründe ankreuzen müssen, ohne dass weitere präzisierende Angaben tatsächlicher Natur erforderlich wären, sind einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der wahren Motivlage auch insoweit Grenzen gesetzt.²⁸⁷ Gleichwohl wird der Umstand, dass der *gardé à vue* seit 2014 bei der Anordnung der Maßnahme auch über die für einschlägig erachteten Haftgründe zu unterrichten ist (Art. 63-1 Abs. 1 Nr. 2 CPP n.F., siehe unten D.I.), im Schrifttum als Zeichen dafür gewertet, dass der Gesetzgeber eine verstärkte Kontrolle der Zwecke der Polizeihaft befürworte, zumal es sich insoweit um eine überschießende Richtlinienumsetzung handele.²⁸⁸

c) Implizite und inoffizielle Haftziele

Dass die *garde à vue* in der Praxis traditionell nicht einfach nur der Anhörung dient, sondern auch und gerade in der Ausgestaltung ihres Ablaufs und den Haftbedingungen gezielt als Instrument zur Förderung der Aussagebereitschaft, insbesondere zur Informationsbeschaffung und Geständniserlangung, eingesetzt wird, ist weitgehend unbestritten.²⁸⁹ Die geläufige Vorstellung, wonach die Maßnahme als „Geständnis-Labor“ („laboratoire de l’aveu“) und Foltersurrogat bewusst auf die psychische Isolierung und physische Ermüdung des Betroffenen setzt, um sein Schweigen – notfalls mittels aktiver Misshandlungen²⁹⁰ – zu brechen,²⁹¹ lässt die

²⁸⁶ Vgl. auch *Vallini/Houillon*, Rapport Outreau, S. 310, wonach in bestimmten Fällen nur deshalb weitere Ermittlungshandlungen (z.B. Wohnungsdurchsuchungen) durchgeführt werden, um einen Vorwand für die Aufrechterhaltung der *garde à vue* zu haben.

²⁸⁷ Ziff. I.3 des Circulaire vom 23.5.2011; skeptisch daher *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 815; zuversichtlicher hingegen *Vergès*, Proc. pén., Rn. 279; *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 27, S. 316. Nach *Fourment*, Proc. pén., Rn. 206 sollen nun zumindest rein schikanöse Anordnungen ausgeschlossen sein.

²⁸⁸ *Allain*, AJ Pén. 2014, 549.

²⁸⁹ *Daoud/Mercinier*, AJ Pén. 2008, 269; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 11, 90. Vgl. auch den von *Beigbeder*, Ein französischer Roman, S. 88 aufgrund eigener Erlebnisse wiedergegebenen Dialog vom 28.1.2008, in dem der Polizeibeamte auf die Klage des *gardé à vue* erwidert: „Die Zellen [...] sind extra so angelegt, dass sie destabilisieren und die Häftlinge dazu bringen, uns alles zu erzählen“; zur Schilderung der Haftbedingungen siehe a.a.O., S. 11 ff., 83, 112 f., 168 f., 195–199.

²⁹⁰ EGMR, Urt. vom 27.8.1992, *Tomasi ./ Frankreich*, Az.: 12850/87, §§ 43 ff.; EGMR, Urt. vom 28.7.1999, *Selmouni ./ Frankreich*, Az.: 25803/94, §§ 9–16; siehe auch die jüngere empirische Studie von *Gahide u.a.*, FSI 223 (2012), 184 ff., die mit der Feststellung öffnet: „The deprivation of liberty in police custody can be associated with violent situations and traumatic injuries.“

garde à vue in ihrer herkömmlichen Ausgestaltung („modèle français de la garde à vue“) als Sinnbild für die dem Strafverfahren insgesamt nachgesagte *culture de l'aveu* bzw. *religion de l'aveu* erscheinen, die heute – vor allem mit der Reform vom 14.4.2011 – zunehmend infrage gestellt wird.²⁹²

Da der Anordnung der *garde à vue* bereits dann ein gesetzlich zulässiges Haftmotiv zugrunde liegt, wenn nur wenigstens eine Vernehmung des Verdächtigen stattfindet bzw. stattfinden soll, kann die Maßnahme über das Ziel der Wahrheitsuche hinaus auf kaum kontrollierbare Weise mit einer Vielzahl weiterer, teils mehr, teils weniger verdeckter Funktionen „aufgeladen“ werden. Zum einen eignet sich die *garde à vue* zur – missbräuchlichen, weil unschuldsumvermutungswidrigen (Art. préI. III Abs. 1 CPP) – Verwendung als Instrument einer sofortigen Reaktion und damit als Vorwegnahme oder Ersatz einer (Freiheits-)Strafe.²⁹³ Während so etwa bei aufwendigen Wirtschaftsstrafsachen mit unklarem Verfahrensausgang sichergestellt werden kann, dass der vermeintliche Täter nicht gänzlich ungestraft davonkommt, lässt sich insbesondere in medienwirksamen Verfahren ohne Weiteres ein Exempel statuieren.²⁹⁴ Zum anderen besteht, nicht zuletzt wegen der weitreichenden Pönalisierung störender Verhaltensweisen im öffentlichen Raum, die Möglichkeit, die *garde à vue* – z.B. gegenüber Fußballhooligans,²⁹⁵ Demonstranten²⁹⁶ oder Prostituierten – als Instrument zur „Straßenreinigung“ einzusetzen.²⁹⁷ Da die Betroffenen häufig nach einigen Stunden mit einer einfachen polizeilichen Verwarnung freigelassen werden, stehen insoweit offensichtlich nicht die strafprozessualen Funktionen der Wahrheitsfindung und der Überführung von Straftätern im Vordergrund, sondern vielmehr die Erfüllung präventiv-polizeilicher Aufgaben.

²⁹¹ *Quériaux*, *Garde à vue*, S. 23 f., 26; *Glatthaar*, *Polizei*, S. 51 ff.; *Daoud/Mercinier*, *AJ Pén.* 2008, 269.

²⁹² *Vergès*, *RPDP* 2010, 870; *Pin*, *JCP G* 2011, 1369; *Saint-Pierre*, *RPDP* 2010, 623.

²⁹³ *Conte*, *JCP G* 2005, 2325; *Wachsmann*, *Libertés publiques*, S. 496; *Charrière-Bournazel*, *Gaz. Pal.* 2011, Colloque n° 16374, 2528; siehe auch *Mériageau*, in: *Dünkel/Vagg* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 235: „Funktion der polizeilichen Haft als kurzfristige schockartige Sanktion“.

²⁹⁴ Siehe *Beigbeder*, *Ein französischer Roman*, S. 188.

²⁹⁵ Presseberichten zufolge wurden im Vorfeld einer Fußballbegegnung 103 Personen wegen Verstößen gegen Auflagen des Innenministeriums für die Dauer des Spiels in *garde à vue* genommen, siehe AFP, „103 supporters croates interpellés à Paris“, *LeFigaro.fr*, 6.11.2012; siehe Arrêté vom 3.11.2012 „portant interdiction de déplacement des supporters du club de football du Dynamo Zagreb lors de la rencontre du mardi 6 novembre 2012 avec le Paris Saint-Germain“.

²⁹⁶ Im Zusammenhang mit einer unzulässigen Demonstration wurden 67 Personen für die Dauer von 16 Stunden in *garde à vue* genommen, siehe *Hamon*, *Seize heures de garde à vue pour les 67 manifestants du „camping pour tous“*, *famillechretienne.fr*, 15.4.2013; *Leclerc*, *Une nuit de garde à vue pour 67 campeurs anti-mariage gay*, *LeFigaro.fr*, 15.4.2013.

²⁹⁷ So wörtlich *Danet*, *APC* 25 (2003), 56 im Zusammenhang mit der Pönalisierung von Kundenanwerbung durch Prostituierte (sog. *racolage*).

4. Form und Verfahren

Für die Anordnung der *garde à vue* schreibt das Gesetz keine bestimmte Form vor, eines schriftlichen Haftbefehls („ordonnance de mise en garde à vue“) bedarf es mithin nicht.²⁹⁸ Art. 63-1 Abs. 1 Nr. 1 CPP bestimmt allerdings, dass ein höherer Polizeibeamter oder ein seiner Kontrolle unterstehender einfacher Polizeibeamter die in *garde à vue* genommene Person („la personne placée en garde à vue“) unverzüglich in einer ihr verständlichen Sprache, ggf. mittels schriftlicher Formulare, unter anderem darüber informieren muss, dass sie sich in *garde à vue* befindet.²⁹⁹ Da diese Mitteilungspflicht ausdrücklich daran anknüpft, dass die *garde à vue* bereits besteht, scheint die von Art. 62-2 Abs. 1 CPP vorausgesetzte Entscheidung (*décision*) über die *garde à vue* selbst auch konkludent möglich zu sein und keine Bekanntgabe an den Betroffenen vorauszusetzen. Ob schon im zwangsweisen Festhalten des Verdächtigen auf der Polizeiwache eine konkludente Anordnung der Maßnahme gesehen werden kann, erscheint jedoch fraglich, nachdem die Rechtsprechung der Polizei in diesem Fall lediglich eine *Pflicht* zur Anordnung der *garde à vue* auferlegt, also nicht von ihrem automatischen Eintritt ausgeht.³⁰⁰

Im Vorfeld der Anordnung der *garde à vue* sind keine spezifischen Verfahrensvorgaben zu beachten.³⁰¹ Auch der Ort der Anordnung ist gesetzlich nicht vorgeschrieben. Die Maßnahme kann folglich – etwa im Fall des Art. 61 Abs. 1 CPP (Tatortsicherung) – jedenfalls dann auch außerhalb der Polizeiwache angeordnet werden, wenn ein höherer Polizeibeamter vor Ort ist.³⁰² Für die Berechnung der Dauer der Maßnahme spielt es im Übrigen keine Rolle, ob die Anordnung der Maßnahme sofort mit der Festnahme – also vor Ort – oder aber erst beim Eintreffen

²⁹⁸ Pradel, Proc. pén., Rn. 536. Zu den Protokollierungspflichten (Art. 64 CPP) siehe unten D.5.a.

²⁹⁹ Die inzwischen in 29 Sprachen verfügbaren schriftlichen Belehrungsformulare sind abrufbar unter www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/garde-a-vue-12405 [Stand: 12/2014]; die Bekanntgabe der Anordnung der *garde à vue* lautet in frz. Sprache wie folgt: „Vous êtes informé(e) que vous avez été placé(e) en garde à vue“; in der deutschen Übersetzung heißt es dagegen in dem „Rechtebescheid für Personen in *Polizeigewahrsam*“: „Sie werden darüber informiert, dass Sie sich in *Untersuchungshaft* befinden“ (H.d.d.A.).

³⁰⁰ Crim. 6.5.2003, Bull. n° 93: „la personne [...] doit être placée en garde à vue“; vgl. auch Art. 73 Abs. 2 CPP („son placement en garde à vue [...] n’est pas obligatoire dès lors qu’elle n’est pas tenue sous la contrainte“). Weniger eindeutig hingegen Art. 62 Abs. 2 Satz 1 und 2 CPP: „la personne [...] ne peut être maintenue sous la contrainte à la disposition des enquêteurs que sous le régime de la garde à vue. Son placement en garde à vue lui est alors notifié“; für einen automatischen Beginn der *garde à vue* offenbar auch Maron, Dr. pén. 2001, Comm. n° 25, 23. – I.E. kommt der Frage keine praktische Bedeutung zu.

³⁰¹ Zu der gemäß Art. 63 I Abs. 2 CPP zwar von Beginn an (*dès le début de la mesure*), i.E. aber erst *nach* der autonomen Entscheidung des höheren Polizeibeamten über die Anordnung der Maßnahme zu gewährleisten Benachrichtigung des Staatsanwalts siehe unten C.1.b.aa.

³⁰² Ob z.B. auch eine fernmündliche Anordnung der *garde à vue* durch den höheren Polizeibeamten infrage kommt, wird nicht diskutiert. So aber wohl Leroy, Garde à vue, in: JCL., Rn. 55.

auf der Polizeiwache erfolgt, da die 24-Stunden-Frist gemäß Art. 63 III Abs. 1 CPP in jedem Fall bereits mit der Ergreifung des Verdächtigen zu laufen beginnt (siehe unten C.4.b.).

5. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

a) Ermessen

Liegen ihre gesetzlichen Voraussetzungen vor, so steht die Anordnung der *garde à vue* grundsätzlich im Ermessen des höheren Polizeibeamten.³⁰³ Allerdings ist dieser im Fall einer staatsanwaltlichen oder untersuchungsrichterlichen Weisung (*instruction*, siehe Art. 63 Abs. 1 CPP) oder eines *mandat de recherche* (Art. 70, 77-4, 122 Abs. 2 CPP) zumindest im Innenverhältnis zur Anordnung verpflichtet.³⁰⁴

Im Außenverhältnis ergibt sich aus der inzwischen in Gesetz gegossenen Rechtsprechung der Cour de cassation eine entsprechende Pflicht, wenn der Verdächtige gegen seinen Willen zum Verbleib auf dem Polizeirevier bewegt werden soll oder unter Einsatz von hoheitlichem Zwang dorthin verbracht wurde (vgl. Art. 61-1 Abs. 4, Art. 62 Abs. 3, 4, 78 Abs. 2 und Art. 73 Abs. 2 Satz 2 CPP sowie oben zur *audition libre* als *garde à vue*-Surrogat).³⁰⁵ Hieran hat mithin auch die Neuregelung der *audition libre* durch Gesetz vom 27.5.2014 nichts geändert. Im Ergebnis hat es damit der Verdächtige selbst in der Hand, die Anordnung der *garde à vue* herbeizuführen, indem er der Vernehmung bzw. dem weiteren Verbleib bei der Polizei widerspricht.³⁰⁶ Unterbleibt die Anordnung dann gleichwohl, so ist das Verfahren fehlerhaft. Im Schrifttum werden Parallelen zwischen einer solchen verzögerten *garde à vue* („mise en garde à vue tardive“) und der verspäteten förmlichen Beschuldigung (*mise en examen tardive*; Verstoß gegen Art. 105 Abs. 2 CPP) gezogen.³⁰⁷ In beiden Fällen ergibt sich die Rechtswidrigkeit aus dem Umstand, dass dem Verdächtigen eine die (vollen) Verteidigungsrechte eröffnende, verfahrensrechtliche Position vorenthalten wird. Der entscheidende Unterschied liegt freilich darin, dass diese Verfahrensposition in der *enquête* mit einer Freiheitsentziehung erkauft werden muss, während sie in der *instruction* nicht etwa an die Verhängung

³⁰³ Crim. 4.1.2005, Bull. n° 3: „faculté“; *Miansoni*, AJ Pén. 2012, 518; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2531; Ziff. 1.4 des Circulaire vom 23.5.2011.

³⁰⁴ *Miansoni*, AJ Pén. 2012, 518 ff.

³⁰⁵ Crim. 6.5.2003, Bull. n° 93; *Miansoni*, AJ Pén. 2012, 519 f.; *Vlamynck*, AJ Pén. 2004, 270; zu pauschal dagegen *Rassat*, Proc. pén., Rn. 428.

³⁰⁶ I.d.S. wohl auch Crim. 29.4.1998, Bull. n° 145, wonach es für das Vorliegen (richtigerweise wohl: für die Anordnungspflicht) einer *garde à vue* ausreichen soll, wenn der Betroffene, der freiwillig einer Ladung nachgekommen ist, zu Beginn der Vernehmung aussagt, dass er sich darüber im Klaren sei, dass er sich nunmehr in *garde à vue* befinde.

³⁰⁷ *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 25, S. 293.

der *détention provisoire*, sondern einzig an die förmliche Beschuldigung bzw. die Schwere des Tatverdachts geknüpft ist.³⁰⁸

b) Verhältnismäßigkeit

Nach der bis zum 31.5.2011 geltenden Rechtslage spielte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Entscheidung über die Anordnung der *garde à vue* keine nennenswerte Rolle. Außerhalb des Flagranzverfahrens war die Maßnahme – *e contrario* Art. 67 CPP – unabhängig von der Schwere der den Gegenstand des Verdachts bildenden Tat anwendbar, kam also zumindest theoretisch auch bei lediglich mit Geldstrafe bedrohten Vergehen, ja sogar bei Übertretungen in Betracht. Das für die Anordnung der *garde à vue* maßgebliche Kriterium der „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ wurde weniger als Ausdruck eines Erforderlichkeitsgedankens verstanden, als vielmehr als Umschreibung des freien Anordnungsermessens der Polizei (*principe d'opportunité*). Obwohl der mit Gesetz vom 15.6.2000 eingefügte Abschnitt III des Einführungsartikels zum CPP alle Zwangsmaßnahmen ausdrücklich unter den Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit stellt,³⁰⁹ war es den Gerichten verwehrt, die Beachtung dieses Kriteriums nachträglich zu kontrollieren, da diese Prüfung ausschließlich dem höheren Polizeibeamten unter der Kontrolle des Staatsanwalts bzw. des Untersuchungsrichters obliegen sollte.³¹⁰

Nachdem der C. const. im Hinblick auf den in Art. 9, 16 DDHC verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz moniert hatte, dass das Gesetz die Anordnung der Maßnahme für einen Zeitraum von 24 Stunden völlig unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs zulässt,³¹¹ hat der Gesetzgeber sie nunmehr einheitlich in sämtlichen Stadien des Ermittlungsverfahrens auf Verbrechen und mit Freiheitsstrafe bedrohte Vergehen beschränkt (vgl. Art. 62-2 Abs. 1 CPP). Insofern ist fortan also eine Mindestkontrolle der Verhältnismäßigkeit in Bezug auf die abstrakte Schwere des Tatvorwurfs gewährleistet. Hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im konkreten Fall – die etwa beim Vorhandensein weniger eingriffsintensiver, aber gleich wirksamer Alternativen unter Erforderlichkeitsgesichtspunkten fraglich wäre – hat der Gesetzgeber den von ihm postulierten Ausnahmecharakter der *garde à vue* insofern unterstrichen, als diese nun das einzige Mittel (*l'unique moyen*) darstellen muss, um eines der sechs in Art. 62-2 Abs. 2 CPP aufgeführten Haftziele zu

³⁰⁸ Guéry, AJ Pén. 2005, 232; Mathias, Dr. pén. 2011, Etude n° 6; Alix, D. 2011, 1699; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 48, 2534.

³⁰⁹ „Sie [die Zwangsmaßnahmen] müssen strikt auf die Notwendigkeiten des Verfahrens begrenzt sein, im Verhältnis zur Schwere der vorgeworfenen Straftat stehen und dürfen nicht die Würde der Person verletzen.“

³¹⁰ Crim. 4.1.2005, Bull. n° 3. Allg. zur fehlenden gerichtlichen Kontrolle der Verhältnismäßigkeit Lelieur, ZStW 124 (2012), 468 f.

³¹¹ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 27.

erreichen.³¹² Das Schrifttum entnimmt dieser Formulierung einen Subsidiaritätsgrundsatz und zieht Parallelen zu dem Ausnahmecharakter der *détention provisoire*.³¹³ In dem Rundschreiben des Justizministeriums zur Anwendung der Neuregelungen werden beispielhaft Delikte (z.B. Ladendiebstahl, Cannabiskonsum, Fahren ohne Fahrerlaubnis etc.) aufgeführt, in denen die *garde à vue* jedenfalls im Regelfall nicht erforderlich sein soll; umgekehrt sollen künftig keine pauschalen staatsanwaltschaftlichen Weisungen zur generellen Anordnung der *garde à vue* bei bestimmten Straftaten mehr ergehen.³¹⁴

Die von Beginn der Maßnahme an zu gewährleistende Kontrolle des Staatsanwalts bzw. Untersuchungsrichters bezieht sich vor allem auf die Frage, ob die Aufrechterhaltung der *garde à vue* für das Ermittlungsverfahren notwendig ist und ob sie proportional zur Schwere des dem Betroffenen zur Last gelegten Sachverhalts ist („nécessaire[s] à l'enquête et proportionné[s] à la gravité des faits“, Art. 62-3 Abs. 2 CPP).³¹⁵ Ob die Cour de cassation künftig eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Erforderlichkeit im Einzelfall zulassen oder ob sie daran festhalten würde, dass die Beurteilung ausschließlich dem unmittelbar mit der Maßnahme befassten *magistrat* – in der Regel also dem Staatsanwalt – obliegt, erschien zunächst offen.³¹⁶ In einer kürzlich ergangenen Entscheidung erteilte sie jedoch den Hoffnungen all derer, die auf eine gerichtliche Kontrolle der konkreten Erforderlichkeit der Haft gepocht hatten, eine Absage.³¹⁷

C. Dauer

1. Ablauf

a) Durchführung der Maßnahme

aa) Grundsätzliches zum zeitlichen und örtlichen Verlauf

Das Gesetz überlässt die konkrete Ausgestaltung und den Ablauf der *garde à vue* weitgehend dem der Kontrolle des Staatsanwalts unterliegenden Ermessen des höheren Polizeibeamten. Anders als bei der *détention provisoire* existieren keine

³¹² Projet de loi relatif à la garde à vue, Ass. nat. n° 2855, 12./13.10.2010, Etude d'impacte, S. 11, 15: „La garde à vue devient une mesure exceptionnelle.“

³¹³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2529; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 11.

³¹⁴ Ziff. I.5 des Circulaire vom 23.5.2011.

³¹⁵ Vgl. Ziff. II.3.1 des Circulaire vom 23.5.2011, wo der Kontrolle der Verhältnismäßigkeit durch den Staatsanwalt besonderes Gewicht beigemessen wird.

³¹⁶ *Lesclous*, Dr. pén. 2011, Chronique n° 7, 45; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2530; für eine gerichtliche Kontrolle plädieren insb. *Guinhard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 806, 815.

³¹⁷ Crim. 18.11.2014, n° 14-81.332; *Allain*, AJ Pén. 2014, 549.

zwingenden (positiven) Vorgaben hinsichtlich des Ortes der Freiheitsentziehung. Daher kommt etwa auch der Tatort oder die Wohnung des Verdächtigen in Betracht.³¹⁸ Fest steht allein in negativer Hinsicht, dass die Maßnahme unter keinen Umständen die Form einer Inhaftierung in einer Justizvollzugsanstalt (*incarcération dans une maison d'arrêt*) annehmen darf, da eine solche nur aufgrund eines von der *autorité judiciaire* ausgestellten Haftbefehls (*mandat*) in Betracht kommt (siehe das strafbewehrte Verbot in Art. 725 CPP i.V.m. Art. 432-6 CP).³¹⁹ Der Ort, an dem die *garde à vue* im Regelfall vollzogen wird, ist das Polizeirevier.³²⁰ In Reaktion auf die Kritik an systematischen Ganzkörperdurchsuchungen (*fouilles intégrales*) und entwürdigenden Behandlungen der festgehaltenen Personen (z.B. pauschale Abnahme von Brille oder BH „aus Sicherheitsgründen“) gebieten die 2011 neugefassten Art. 63-5 ff. CPP beim Vollzug der *garde à vue* nunmehr ausdrücklich die Achtung der Menschenwürde und enthalten insoweit eine klarstellende Wiederholung und Präzisierung des seit 2000 in Art. préI. III CPP für alle Zwangsmaßnahmen normierten Verbots der Verletzung der Würde der Person.³²¹ Das Anlegen von Handschellen und Fesseln (Abs. 1) und den mit ihm verbundenen Schutz gegen Bildaufnahmen (Abs. 2) regelt der bereits 1993 geschaffene Art. 803 CPP.

bb) Vernehmung als zentraler Bestandteil der Haft

Prägender – indes nicht zwingender³²² – Bestandteil der *garde à vue* ist die Vernehmung des Verdächtigen. Das Gesetz bezeichnete diese früher als *interrogatoire*, seit der Reform vom 14.4.2011 ist – ohne Änderung in der Sache – von der *audition*, also der Anhörung des Betroffenen die Rede (vgl. Art. 63-4-1 ff., 64, 64-1 f. CPP).³²³ Sie erfolgt aus ermittlungstaktischen Gründen meist in mehreren Etappen und findet regelmäßig im Dienstraum des höheren Polizeibeamten statt. Vor der ersten Vernehmung und zwischen den einzelnen Abschnitten liegen oft mehrstündige „Leerphasen“, während derer der Verdächtige in einer Polizeizelle festgehalten und von der Außenwelt isoliert wird.³²⁴ In dieser Zeit können die Instruktionen

³¹⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2523; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 87 ff.; siehe auch *Rassat*, Propositions, S. 137, die eine entsprechende gesetzliche Klarstellung empfiehlt.

³¹⁹ *Merle/Vitu*, Traité II, Rn. 299; *Rassat*, Proc. pén., Rn. 432.

³²⁰ *Lennon*, D. 2005, 762; *Matsopoulou*, Enquêtes de police, Rn. 744, 753 ff. Auf diese Räumlichkeiten bezieht sich auch der Gesetzgeber, wenn er etwa in Art. 41 CPP von den *locaux de garde à vue* spricht.

³²¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2579 ff.; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 548.

³²² Siehe z.B. Crim. 22.5.2001, n° 00-87.932.

³²³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2449: „modification [...] cosmétique“; anders dagegen das Begriffsverständnis von *Rassat*, Propositions, S. 130.

³²⁴ Anschaulich Circulaire vom 15.4.2011, S. 4. Siehe auch die eindringliche Schilderung von *Beigbeder*, Ein französischer Roman, S. 80.

der Staatsanwaltschaft eingeholt werden; oder es kann darauf spekuliert werden, dass der Betroffene unter dem Eindruck der – oftmals miserablen³²⁵ – Haftbedingungen sein Aussageverhalten überdenkt. Übt der Betroffene sein Schweigerecht aus, so steht dies weder einer sofortigen noch einer späteren Fortsetzung der Vernehmung entgegen.³²⁶ Insbesondere im Flagranzverfahren, wo die Polizei über sehr weitreichende Kompetenzen verfügt, werden parallel häufig weitere Ermittlungen durchgeführt, etwa Wohnungsdurchsuchungen (Art. 56 CPP), zu denen der *gardé à vue* mitgeführt werden kann, soweit dies sachdienlich erscheint.

Als primäres Ziel der polizeilichen Vernehmung wird herkömmlich die Erlangung eines Geständnisses angesehen³²⁷ – wenngleich, vor allem vonseiten der Strafverfolgungsbehörden, betont wird, dass es in gleichberechtigter Weise auch darum gehe, dem Betroffenen Gelegenheit zur Entkräftung der gegen ihn erhobenen Vorwürfe zu geben.³²⁸ Der konkrete Ablauf und die zulässigen Methoden der Vernehmung werden im Gesetz nur rudimentär geregelt.³²⁹ Da die Dauer der Erholungszeiten zwischen den Vernehmungen sowie die Mahlzeiten in das Protokoll aufzunehmen sind (Art. 64 Abs. 1 Nr. 2 CPP), setzt das Gesetz deren Existenz voraus. Die Pflicht, die Würde der festgehaltenen Person zu achten, folgt aus Art. préI. III Abs. 4 Satz 2, 63-5 Abs. 1 CPP, das Verbot der Folter oder sonstiger unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung aus Art. 3 EMRK. Weitere Schranken ergeben sich aus dem Grundsatz der Beweisredlichkeit (*principe de loyauté des preuves*): Da die Aussage „freiwillig“ erfolgen muss (*librement consenti*), soll etwa der Einsatz eines „Wahrheitsserums“, von Hypnose oder Lügendetektoren unzulässig sein.³³⁰ Gleiches gilt für das gezielte Einschleusen eines Mithäftlings, verbunden mit der Anbringung einer Abhöreinrichtung zum Zwecke der Erlangung selbstbelastender Aussagen.³³¹ Die Eidespflicht, die im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung alle „Zeugen“ – mit Ausnahme des *témoïn assisté* (Art. 113-7 CPP) – selbst gegenüber Polizeibeamten trifft (Art. 103, 153 Abs. 1 CPP), ist seit 2004 bei Vernehmungen während der *garde à vue* ausgeschlossen (Art. 153 Abs. 3 Satz 1 CPP).³³²

³²⁵ Chariot/Boraud, AJ Pén. 2008, 266.

³²⁶ Vgl. Ziff. III.4 des Circulaire vom 23.5.2011.

³²⁷ Merle, Gaz. Pal. 1969, 19; Leroy, Garde à vue, in: JCl., Rn. 2; Teissier, RPDP 2001, 33.

³²⁸ Henrion/Nitschmann, ZStW 115 (2003), 963.

³²⁹ Siehe Pradel, Proc. pén., Rn. 465 ff.

³³⁰ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 569 ff. Weiterführend Vlaminck, AJ Pén. 2014, 325. Siehe zum Ganzen auch bereits oben I.C.2.c.bb.

³³¹ Crim. 7.1.2014, Bull, n° 1; Danet, RSC 2014, 130; Chavent-Leclère, Procédure 2014, Comm. n° 83; Renucci, RSC 2014, 843.

³³² Dennoch soll die Eidesleistung des Verdächtigen keinen Verstoß gegen den *nemo-tenetur*-Grundsatz begründen. Zum einen besteht die Eidespflicht fort bei Vernehmungen außerhalb der *garde à vue*; zum anderen sieht Art. 153 Abs. 3 Satz 2 CPP ausdrücklich

Nach früherer Rechtslage wurde es von der Rechtsprechung nicht beanstandet, wenn während der Erholungsphasen (*temps de repos*) einer *garde à vue* Vernehmungen zu verfahrensfremden prozessualen Taten (*infractions distinctes*) in Form von *auditions libres* i.w.S. – d.h. ohne die prozessualen Absicherungen, die das Gesetz für die Vernehmung im Rahmen der *garde à vue* vorsieht – eingeschoben wurden, solange dabei nur kein zusätzlicher, über die bereits bestehende Freiheitsentziehung hinausgehender hoheitlicher Zwang zum Einsatz kam.³³³ Nach den zur Neuregelung vom 14.4.2011 ergangenen Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums sollte dieses Prozedere ausgeschlossen sein, da hierdurch die vernehmungsbetragenen Garantien des *gardé à vue* umgangen werden: Soll dieser bei Gelegenheit einer *garde à vue* auch zu anderen prozessualen Taten vernommen werden, so bedarf es fortan der gesonderten Anordnung einer zusätzlichen *garde à vue* und der erneuten Gewährung sämtlicher mit ihr verbundenen Verteidigungs- und Verfahrensrechte.³³⁴ Ob die Cour de cassation dem ebenfalls folgen würde, erschien zunächst unklar. Für den Fall, dass während der *garde à vue* selbst eine neue Straftat entdeckt wird, hielt sie jedenfalls an ihrer bisherigen Rechtsprechung fest und verlangte für eine diesbezügliche Vernehmung keine weitere *garde à vue*-Anordnung.³³⁵ Das Gesetz vom 27.5.2014 hat in dem neuen Art. 65 CPP eine Kompromisslösung gewählt und die Frage dahingehend entschieden, dass zwar keine erneute Polizeihafthanordnung (*garde à vue supplétive*) erforderlich ist, der Betroffene jedoch ein weiteres Mal über den Tatvorwurf, das Recht auf einen Übersetzer, das Schweigerecht sowie das Recht auf anwaltlichen Beistand zu unterrichten ist.³³⁶

cc) Haft als Grundlage für weitere Eingriffsmaßnahmen

Im Rahmen der bzw. parallel zur *garde à vue* werden häufig weitere Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt, die als solche auch unabhängig von der Haft in Betracht kommen würden. Klassisches Beispiel ist die Durchsuchung von Räumlichkeiten (Art. 56 CPP), zu der die Polizeibeamten den *gardé à vue* mit vor Ort nehmen können, wenn dies zweckmäßig erscheint.³³⁷

vor, dass die entgegen Satz 1 der Vorschrift – also in rechtswidriger Weise – erfolgte Vernehmung des *gardé à vue* keine Nichtigkeit zur Folge hat.

³³³ Crim. 31.10.2006, Bull. n° 263; 17.9.2008, n° 07-86.706.

³³⁴ Circulaire vom 23.5.2011, Annexe 2, Garde à vue et audition sur des infractions distinctes, Ziff. I, II.

³³⁵ Crim. 30.10.2012, n° 11-87.244; Leroy, Garde à vue, in: JCl., Rn. 41; Lesclous, Dr. pén. 2013, Chronique n° 8, Rn. 1–10 m.w.N.

³³⁶ Le Coz, AJ Pén. 2014, 320 ff.; Lesclous, Dr. pén. 2014, Chronique n° 8, Rn. 7.

³³⁷ Ebenso ist denkbar, dass die Polizei den Verdächtigen, der bei einer Wohnungsdurchsuchung angetroffen wird, direkt vor Ort in *garde à vue* nimmt.

Mit den in Art. 63-5 ff. CPP normierten, körperbezogenen Untersuchungsmaßnahmen existieren außerdem Eingriffsbefugnisse, die speziell an die Festhaltungssituation anknüpfen.³³⁸ War in diesem Zusammenhang bis 2011 lediglich die – von einem Arzt durchzuführende – körperliche Untersuchung des *gardé à vue* vorgesehen (*investigations corporelles internes*), so stellt das Gesetz heute eine differenzierte Regelung bereit. Dabei lassen sich im Hinblick auf Zielrichtung und Eingriffsintensität zwei Arten von Eingriffshandlungen unterscheiden.³³⁹

Die in Art. 63-6 CPP geregelten Sicherheitsmaßnahmen (*mesures de sécurité*) verfolgen keine Ermittlungszwecke, sondern dienen dem Ausfindigmachen und der Sicherstellung von Gegenständen, die eine potenzielle Gefahr für die Ermittler oder den Betroffenen selbst darstellen (*objet dangereux*). Nachdem die mit einer vollständigen Entkleidung verbundene Leibesvisitation (*fouille intégrale*) nunmehr ausdrücklich untersagt ist (Abs. 1 Satz 2), geht es hier vor allem um das Abtasten des Betroffenen (*palpation*), ggf. unter Einsatz eines Elektrodetektors.

Ist es dagegen für die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“, also zu Ermittlungszwecken, unerlässlich, so kann eine der beiden in Art. 63-7 CPP normierten Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt werden, namentlich eine Leibesvisitation (Abs. 1) oder die körperliche Untersuchung durch einen Arzt (Abs. 2). Ausweislich der ministeriellen Anwendungsrichtlinien umfassen die *nécessités de l'enquête* hier insbesondere die Suche von Gegenständen, die der Wahrheitsfindung dienlich sein können oder deren Besitz eine Straftat darstellen kann – im Vordergrund stehen also Belange der Strafverfolgung, nicht der Gefahrenabwehr.³⁴⁰ Im Hinblick auf das Verfahren ist vorgeschrieben, dass die Leibesvisitation nur mehr von einem höheren Polizeibeamten angeordnet werden kann und von einer Person desselben Geschlechts in einer abgeschlossenen Räumlichkeit durchzuführen ist.

Mit der Neuregelung vom 14.4.2011 hat der Gesetzgeber insbesondere auf die Vorwürfe einer diskriminierenden polizeilichen Praxis reagiert, wonach die festgehaltenen Personen zu Sanktions- und Einschüchterungszwecken geradezu systematisch einer der Sache nach häufig ebenso überflüssigen wie demütigenden *fouille intégrale* unterzogen und ihnen selbst völlig harmlose, aber für ein würdevolles Auftreten unerlässliche Gegenstände „aus Sicherheitsgründen“ abgenommen wur-

³³⁸ Diese sind zu unterscheiden von anderen – häufig zwangsläufig mit mehr oder minder starken Beschränkungen der Bewegungsfreiheit verbundenen – körperlichen Eingriffen, die auch unabhängig von der *garde à vue* möglich sind, insb. externe Probeentnahmen (*prélèvement externe*, Art. 55-1 Abs. 1 CPP); Ab- bzw. Entnahme von (genetischen) Fingerabdrücken und Erstellung von Fotografien (*relevés signalétiques*, Art. 55-1 Abs. 2 CPP; siehe auch *prélèvements biologiques*, Art. 706-56 CPP). Für die körperliche Durchsuchung (*fouille à corps*) fehlt zwar eine ausdrückliche Ermächtigung, die Cour de cassation hält sie jedoch seit Crim. 22.1.1953, D. 1953, 533, nach Maßgabe der Vorschriften über die Wohnungsdurchsuchung (*perquisition*, Art. 56 CPP), für zulässig, vgl. Pradel, Proc. pén., Rn. 427.

³³⁹ Vgl. auch a.a.O., Rn. 427 f.

³⁴⁰ Ziff. III.7.3.1 des Circulaire vom 23.5.2011.

den. Die Betonung der Menschenwürde (Art. 63-5 Abs. 1 CPP), der Verhältnismäßigkeit (Art. 63-5 Abs. 2 CPP) und des strikten Ausnahmecharakters (Art. 63-7 Abs. 1 Sätze 1 und 2 CPP), vor allem aber die Schaffung klar umgrenzter Ermächtigungsgrundlagen werden insoweit als wichtige Fortschritte eingestuft.³⁴¹

b) Kontrolle und Beendigung der Maßnahme

Die *garde à vue* unterliegt während ihrer gesamten Dauer – vom Beginn der Maßnahme über etwaige Verlängerungen hinaus bis hin zu ihrer Beendigung – der permanenten Kontrolle der „in Echtzeit“ (*traitement en temps réel*), d.h. telefonisch beteiligten *autorité judiciaire*.³⁴² Diese Kontrolle wird im Rahmen der *enquête* vom Staatsanwalt (Art. 41 Abs. 3, 62-2 Abs. 1, 62-3, 63 I Abs. 2 CPP), während der gerichtlichen Voruntersuchung vom Untersuchungsrichter gewährleistet (Art. 154 Abs. 2 CPP), wobei in beiden Verfahrensstadien übereinstimmende Grundsätze gelten (Art. 154 Abs. 1, 2 CPP). Örtlich zuständig ist neben dem die Ermittlungen leitenden *magistrat* seit 2011 kumulativ auch der Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter, in dessen Bezirk die *garde à vue* vollzogen wird (Art. 63-9 CPP).³⁴³

aa) Kontrolle und Information zu Beginn (*contrôle initial*)

Sofern die Maßnahme nicht auf seine Weisung (Art. 63 Abs. 1 CPP) ergeht oder in Ausführung eines *mandat de recherche* (Art. 70, 77-4 CPP) angeordnet wird, setzt die staatsanwaltschaftliche Kontrolle wegen der autonomen Anordnungsbefugnis des höheren Polizeibeamten erst nach Beginn der *garde à vue* ein.³⁴⁴

Um ihm die von der Verfassung vorgeschriebene, effektive Kontrolle der Gesetzlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahme zu ermöglichen (Art. 62-3 Abs. 2 CPP), informiert der höhere Polizeibeamte den Staatsanwalt in jedem Fall, gleichgültig auf welche Weise (*par tout moyen*) von Beginn an (*dès le début*) und so schnell wie möglich über die Verhängung der *garde à vue* (Art. 63 I Abs. 2 CPP).³⁴⁵ Dabei sind nicht nur die einschlägigen Anordnungsmotive (Art. 62-2 Abs. 2 CPP), sondern auch die rechtliche Bewertung des Sachverhalts mitzuteilen,

³⁴¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2579-1.

³⁴² Darüber hinaus ist der Staatsanwalt verpflichtet, mindestens einmal jährlich die für die *garde à vue* vorgesehenen Räumlichkeiten zu besichtigen. Hierzu führt er ein spezielles Register und erstellt einen Bericht für den Oberstaatsanwalt (Art. 41 Abs. 3 CPP).

³⁴³ Zur alten Rechtslage, bei der eine ausdrückliche Regelung über die örtliche Zuständigkeit fehlte, siehe etwa *Crim. 4.1.2006*, Bull. n° 5 sowie *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2545.

³⁴⁴ Zu diesem *contrôle initial* siehe Ziff. II.2 des *Circulaire* vom 23.5.2011. Erfolgt die Anordnung der *garde à vue* auf konkrete Anweisung des Staatsanwalts (siehe oben B.1.b.), so kann diese Information unterbleiben, *Crim. 13.11.2013*, Bull. n° 225.

³⁴⁵ Siehe *C. const. 11.8.1993*, n° 93-326 DC, § 2: „aussi rapidement que possible“.

die der Staatsanwalt bei Bedarf modifizieren kann (Art. 63 I Abs. 2 CPP).³⁴⁶ Jede Verzögerung, die bereits dann vorliegen soll, wenn zwischen Anordnung und Information mehr als eine Stunde liegt,³⁴⁷ wird von der Rechtsprechung strikt im Wege der Nichtigkeitsfolge sanktioniert, sofern sie nicht ausnahmsweise durch „unüberwindbare Umstände“ (*circonstances insurmontables*) gerechtfertigt ist.³⁴⁸ In der Praxis findet die formlose Benachrichtigung im Rahmen der Echtzeitbehandlung (*traitement en temps réel*) meist auf telefonischem Wege und/oder per Fax oder E-Mail statt.³⁴⁹ Bei den Staatsanwaltschaften sind hierzu eigene Bereitschaftsdienste (sog. *permanences*) eingerichtet, die in ihrem äußeren Erscheinungsbild „Telefonzentralen“ gleichen und deren rotierendes Personal in permanentem Kontakt zur Polizei steht.³⁵⁰ Auch wenn der Wirksamkeit dieser Kontrolle – etwa wegen der Abhängigkeit von der Sachverhaltsschilderung der Polizei, in der Praxis kaum vermeidbarer Schulterschlusseffekte, eingeschränkter personeller und sachlicher Ressourcen und nicht zuletzt wegen des Zeitdrucks – faktische Grenzen immanent sind,³⁵¹ so ist auf diese Weise doch sichergestellt, dass die *autorité judiciaire* zeitnah involviert wird, bei Bedarf intervenieren kann und den Vollzug der Maßnahme im Übrigen zumindest auf Distanz begleitet.³⁵²

bb) Fortlaufende Kontrolle (contrôle continu) und Beendigung

Die Kontrolle des Staatsanwalts beschränkt sich nicht auf die Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit der Maßnahme im Anordnungszeitpunkt, sondern erstreckt sich auf den gesamten Verlauf der *garde à vue* bis hin zu ihrer Beendigung.³⁵³

Gemäß Art. 62-3 CPP beurteilt der Staatsanwalt, ob die Aufrechterhaltung der Maßnahme und ggf. ihre Verlängerung für das Ermittlungsverfahren erforderlich und verhältnismäßig zur Schwere des Tatvorwurfs sind (Abs. 2).³⁵⁴ Er hat zu gewährleisten, dass die dem Betroffenen gesetzlich eingeräumten Rechte gewahrt

³⁴⁶ C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC, § 33; Crim. 25.6.2013, n° 13-81.977.

³⁴⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2544.

³⁴⁸ Crim. 29.2.2000, Bull. n° 93; 10.5.2001, Bull. n° 119; 2.2.2005, Bull. n° 41; 12.4.2005, Bull. n° 125; 20.3.2007, Bull. n° 85; ähnlich Crim. 26.3.2014, n° 13-87.764.

³⁴⁹ Siehe Ziff. II.2.1.1 des Circulaire vom 23.5.2011.

³⁵⁰ Vgl. Ziff. II.2.2.2 des Circulaire vom 23.5.2011; siehe *Nisand*, *Gaz. Pal.* 2011, Colloque n° 16375, 2537; *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 1662; *Miansoni*, *AJ Pén.* 2012, 152.

³⁵¹ Vgl. *Lelieur*, *AJ Pén.* 2010, 485.

³⁵² Unklar daher *Pfützner*, *Organisierte Kriminalität*, S. 168.

³⁵³ Für Einzelheiten siehe Ziff. II.3 des Circulaire vom 23.5.2011; zur Ausweitung der Kontrollbefugnisse durch die Reform von 2011 siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2542-2.

³⁵⁴ Siehe Ziff. 3.1.1.1 des Circulaire vom 23.5.2011, wo besonderes Gewicht auf die Kontrolle des Fortbestands der Verhältnismäßigkeit gelegt wird.

werden (Abs. 3). Auch kann er jederzeit die Vorführung oder Freilassung der Person anordnen (Abs. 4).

Der 2011 eingefügte Art. 63-8 CPP stellt nunmehr ausdrücklich klar, dass die Beendigung der Maßnahme, anders als deren Anordnung, nicht dem Gutdünken des höheren Polizeibeamten anheimgestellt ist, sondern ausschließlich auf entsprechende Weisung des Staatsanwalts hin ausgesprochen werden darf. Zwar endet die Maßnahme stets automatisch mit Ablauf ihrer gesetzlichen Höchstfrist.³⁵⁵ Die in „Echtzeit“ – also per Telefon, Fax oder E-Mail – zu kommunizierende Entscheidung darüber, ob der Betroffene entweder freigelassen oder zwecks Entscheidung über den weiteren Fortgang des Verfahrens dem Staatsanwalt vorgeführt wird, ist jedoch auch in diesem Fall dem Staatsanwalt vorbehalten.³⁵⁶

c) Fortgang nach Ende der garde à vue

Endet die *garde à vue* mit einer Freilassung des Betroffenen, so kann dem die staatsanwaltschaftliche Entscheidung zugrunde liegen, das Verfahren zu einem späteren Zeitpunkt fortzusetzen, es außergerichtlich abzuschließen (*alternatives aux poursuites*, Art. 41-1 f. CPP)³⁵⁷ oder aber es aus rechtlichen oder Zweckmäßigungsgründen (Opportunitätsprinzip) einzustellen (*classement sans suite* oder *sous condition*).³⁵⁸ Im ersteren Fall besteht nicht nur die Möglichkeit, den Betroffenen zu einem späteren Termin vor den Staatsanwalt zu bestellen, sondern er kann auf dessen Geheiß zwecks Vermeidung des zeitaufwendigen, förmlichen Ladungsverfahrens (sog. *citation*, Art. 390 i.V.m. Art. 550 CPP) auch direkt vom Polizeibeamten zu der späteren Gerichtsverhandlung geladen werden (*convocation par officier ou agent de police judiciaire*, Art. 390-1 CPP).

Erfolgt die Freilassung, ohne dass eine Entscheidung des Staatsanwalts über den weiteren Fortgang des Verfahrens ergangen ist, so muss der Betroffene gemäß Art. 63-8 Abs. 2 CPP auf das Auskunftsrecht aus Art. 77-2 CPP hingewiesen werden. Hiernach kann jede Person, die Adressatin einer *garde à vue* war, nach Ablauf von sechs Monaten seit Beendigung der Maßnahme den Staatsanwalt um eine Aus-

³⁵⁵ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2602.

³⁵⁶ Schwendener, *AJ Pén.* 2006, 345, der auch auf das damit verbundene Risiko von Verzögerungen und unnötigen Verlängerungen hinweist (sog. *gardes à vue de confort*).

³⁵⁷ Die Entscheidung über den Einsatz dieser Alternativen zu einer gerichtlichen Strafverfolgung (etwa: Verwarnung, *rappel des obligations résultant de la loi* oder einvernehmliche Verfahrensbeendigung nach Geständnis, *composition pénale*) obliegt zwar dem Staatsanwalt. Sie kann dem Betroffenen jedoch durch den höheren Polizeibeamten – also auch während der *garde à vue*, vgl. Leroy, *Proc. pén.*, Rn. 551 – übermittelt werden. Die *composition pénale* wird freilich erst mit ihrer gerichtlichen Bestätigung wirksam. Zur *transaction pénale* (Art. 41-1-1 CPP, in Kraft seit 1.10.2014) siehe oben I.C.2.a.

³⁵⁸ Für Einzelheiten zu den verschiedenen Entscheidungsmöglichkeiten des Staatsanwalts siehe Ambroise-Castérot/Bonfils, *Proc. pén.*, Rn. 122 ff.; Leroy, *Proc. pén.*, Rn. 541 ff.

kunft über den Fortgang des Verfahrens ersuchen. Bildet eine Katalogstrafat i.S.v. Art. 706-73 CPP (organisierte Kriminalität) den Gegenstand der Ermittlungen, so stellt Art. 706-105 CPP insoweit eine abweichende Sonderregelung bereit (Art. 77-2 Satz 2 CPP). In der gerichtlichen Voruntersuchung ist dagegen kein entsprechendes Auskunftsrecht vorgesehen.³⁵⁹

Soll das Verfahren im Anschluss an die *garde à vue* in welcher Form auch immer fortgesetzt werden, so wird der Betroffene häufig nicht freigelassen, sondern unmittelbar nach deren Beendigung dem Staatsanwalt vorgeführt (*défèrement*). Dabei besteht gemäß Art. 802-2 f. CPP die Möglichkeit der Zwischenschaltung eines kurzfristigen Haftaufenthalts im Gerichtsgebäude (*dépôt*, siehe oben A.3.e.). Der Staatsanwalt entscheidet dann nach der Anhörung des Betroffenen – die bislang nur unter dem Vorbehalt verfassungskonform war, dass keine Erklärungen zur Sache aufgenommen wurden³⁶⁰ – über das weitere Prozedere (Art. 393 CPP).

Infolge der weitreichenden Aufwertung der Rechtsstellung des vorgeführten Verdächtigen, die das Gesetz vom 27.5.2014 mit der Neufassung von Art. 393 CPP gebracht hat (sofortiger Verteidigerbeistand;³⁶¹ eigenes Akteneinsichtsrecht; Schweigerechtsbelehrung; Möglichkeit der Anregung weiterer Ermittlungshandlungen etc.) findet im Vorführtermin vor dem Staatsanwalt nunmehr eine echte kontradiktorische Verhandlung statt, die eine vollumfängliche Vernehmung zur Sache beinhaltet. Hält der Staatsanwalt im Anschluss an diese Verhandlung eine *instruction* nicht für erforderlich, so kommt anstelle der vereinfachten protokollarischen Ladung zu einem späteren Gerichtstermin (*convocation par procès-verbal*, Art. 394 CPP) insbesondere die Einleitung des Schnellverfahrens der *comparution immédiate* (Art. 395 ff. CPP) in Betracht; ebenfalls möglich bleibt eine außergerichtliche Einstellung des Verfahrens nach Art. 40-1 f. CPP oder eine Fortsetzung des polizeilichen Ermittlungsverfahrens (Art. 393 Abs. 4 CPP).³⁶²

2. Zulässige Grunddauer

Die Grunddauer der *garde à vue* beträgt 24 Stunden (Art. 63 II Abs. 1 CPP). Sie gilt einheitlich in allen Stadien des Strafverfahrens und unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs.³⁶³ Die vormalig bei Staatssicherheitsdelikten im Gesetz über die Cour de sûreté de l'Etat (Art. 16 des Gesetzes n° 63-23 vom 15.1.1963) und in

³⁵⁹ Krit. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2603.

³⁶⁰ C. const. 6.5.2011, n° 2011-125 QPC, § 13.

³⁶¹ Nach bisheriger Gesetzeslage war das Recht auf Hinzuziehung eines Verteidigers erst nach der Anhörung durch den Staatsanwalt eröffnet und selbst dann nur, falls dieser sich (nach seinem freien Ermessen, *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 98) für die Einleitung eines Gerichtsverfahrens nach Art. 394 oder Art. 395 ff. CPP entschied.

³⁶² *Allain*, AJ Pén. 2014, 261.

³⁶³ *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 98.

Art. 30 CPP a.F. (Sonderbefugnisse des Präfekten) vorgesehene erhöhte Grunddauer von 48 Stunden wurde 1981 bzw. 1993 abgeschafft. Eine solche ist heute einzig für Kriegszeiten im Militärrecht normiert (Art. L. 212-27 CJM).³⁶⁴

3. Verlängerung

a) Allgemeine Verlängerungsmöglichkeit für weitere 24 Stunden

Das Gesetz sieht seit jeher die – nunmehr einheitlich in Art. 63 II Abs. 2, 3 CPP für alle Verfahrensabschnitte geregelte – Möglichkeit vor, die Dauer der *garde à vue* bei Bedarf um weitere 24 Stunden auf insgesamt 48 Stunden zu verlängern. Zuständig für die Entscheidung über diese Verlängerung ist nicht mehr der höhere Polizeibeamte, sondern der Staatsanwalt,³⁶⁵ dessen örtliche Zuständigkeit sich wiederum nach Art. 63-9 CPP bemisst.³⁶⁶ Bis 2011 bestand die Verlängerungsmöglichkeit unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs. Nachdem der C. const. diesen Umstand in seiner Entscheidung vom 30.7.2010 aus Verhältnismäßigkeitsgründen moniert hatte,³⁶⁷ fordert das Gesetz für die Verlängerung nun den Verdacht einer Straftat, die mit einer Mindesthöchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht ist. Im Schrifttum werden die praktischen Auswirkungen dieser Neuerung zurückhaltend beurteilt, da nur vergleichsweise wenige Vergehenstatbestände existieren, die diesen Strafrahmen nicht erfüllen.³⁶⁸ Während sich der CPP bislang nicht zu den Gründen der Verlängerung verhielt,³⁶⁹ muss diese seit der Reform vom 14.4.2011 das einzige Mittel (*l'unique moyen*) zur Verwirklichung eines der sechs in Art. 62-2 Abs. 2 CPP genannten Haftziele darstellen. Im Einklang damit gibt Art. 62-3 Abs. 2 CPP dem Staatsanwalt auf, bei der Verlängerung zu prüfen, ob diese für die Ermittlungen notwendig ist und in angemessenem Verhältnis zur Schwere des Tatvorwurfs steht. Durch diese strengeren Vorgaben sollen überflüssige, weil sachlich nicht gerechtfertigte Verlängerungen unterbunden werden (*gardes à vue de confort*).³⁷⁰

³⁶⁴ *Matsopoulou*, Enquêtes de police, Rn. 769.

³⁶⁵ Krit. *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 77, der *de lege ferenda* eine Verlängerungszuständigkeit des Grundrechte- und Haftrichters fordert; a.A. *Pradel*, D. 2011, 338. In der *instruction* ist der Untersuchungsrichter zuständig. Seine Intervention bei der Verlängerungsentscheidung soll einer späteren spruchrichterlichen Befassung mit der Sache nicht entgegenstehen, *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 99 m.w.N.

³⁶⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2561.

³⁶⁷ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 27.

³⁶⁸ *Leroy*, Proc. pén., Rn. 482; ähnlich *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2557.

³⁶⁹ Es sollte jedoch auch hier auf die *nécessités de l'enquête* ankommen, vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité¹, Rn. 2560: „mêmes conditions de fond“.

³⁷⁰ Siehe *Vallini/Houillon*, Rapport Outreau, S. 310 f. sowie *Schwendener*, AJ Pén. 2006, 345.

In formeller Hinsicht bedarf es für die Verlängerung einer schriftlichen und begründeten Entscheidung (*autorisation*) des Staatsanwalts.³⁷¹ Diese kann grundsätzlich erst nach vorheriger Vorführung der Person vor den Staatsanwalt erteilt werden.³⁷² Seit Gesetz vom 9.9.2002 kann die *présentation* auch unter Verwendung audiovisueller Telekommunikationsmittel realisiert werden (siehe auch Art. 706-71 Abs. 1 Satz 2 sowie Art. R. 53-33 Abs. 2 CPP).³⁷³ Relativiert wird der Grundsatz der vorherigen staatsanwaltschaftlichen Anhörung durch die Möglichkeit, „ausnahmsweise“ durch schriftliche und begründete Entscheidung von ihr abzusehen. Da das Gesetz die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme dieser Ausnahmeregelung nicht näher präzisiert³⁷⁴ und die Rechtsprechung sich selbst mit stereotypen, wortkargen Begründungen begnügt,³⁷⁵ ist das gesetzliche Regel-Ausnahme-Verhältnis in der Rechtswirklichkeit ressourcenbedingt umgekehrt.³⁷⁶ Findet (ausnahmsweise) gleichwohl eine Vorführung bzw. eine Anhörung im Wege der Bild-Ton-Übertragung statt, so stellt das Gesetz deren Ablauf in das freie Ermessen des *magistrat*. Eine Präsenz des Verteidigers ist ebenso wenig vorgesehen wie eine (nochmalige) Schweigerechtsbelehrung oder eine Protokollierungspflicht. Um die Verteidigungsrechte des Verdächtigen nicht auszuhöhlen, fordert das Schrifttum, dass die Anhörung ausschließlich die zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Fortbestands der Freiheitsentziehung relevanten Umstände zum Gegenstand haben darf und eine Vernehmung in der Sache ausscheidet.³⁷⁷ Die Entscheidung über die Verlängerung muss – zu irgendeinem Zeitpunkt³⁷⁸ – vor Ablauf der 24-stündigen Grundfrist der *garde à vue* ergehen (Art. 63-1 Nr. 1 CPP). Seit 2014 ist dem *gardé à vue* vor Erlass der Verlängerungsentscheidung zwingend Gelegenheit zu geben, Einwendungen gegen die Fortdauer der Polizeihaft mündlich oder schriftlich zur Kenntnis des Staatsanwalts zu bringen (Art. 63-1 Abs. 1 Nr. 3 Spstr. 6 CPP).³⁷⁹

³⁷¹ So auch schon die Rechtsprechung zum alten Recht, Crim. 9.5.2001, Bull. n° 115.

³⁷² Bis 2011 stand es im Flagranzverfahren im freien Ermessen des Staatsanwalts, die Gewährung der Verlängerung von einer vorherigen Vorführung der Person abhängig zu machen (Art. 63 Abs. 2 CPP a.F.). Der jetzt einheitlich gefassten Neuregelung liegt die bisherige Ausgestaltung in der *enquête préliminaire* (Art. 77 Abs. 2 CPP a.F.) zugrunde.

³⁷³ Krit. *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 104.

³⁷⁴ Vgl. aber Art. C. 63 des Circulaire vom 1.3.1993, wo Entscheidungskriterien genannt werden: Natur der Sache, Persönlichkeit des Betroffenen, Transportschwierigkeiten, sonstige zwingende Gründe (*nécessités impérieuses*).

³⁷⁵ Siehe z.B. Crim. 27.6.2000, Bull. n° 246: „les nécessités de l'enquête, des investigations particulières et l'éloignement géographique“; ähnlich Crim. 12.12.2000, Bull. n° 370.

³⁷⁶ Krit. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2565; *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 105.

³⁷⁷ *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 107.

³⁷⁸ Crim. 30.10.2001, Bull. n° 221; 20.12.2000, Bull. n° 386; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2568.

³⁷⁹ *Lesclous*, *Dr. pén.* 2014, *Chronique* n° 8, Rn. 6.

b) Besondere Verlängerungsmöglichkeiten

aa) Organisierte Kriminalität (Art. 706-88 CPP)

Die Möglichkeit zweier weiterer 24-stündiger Ausnahmeverlängerungen war lange Zeit auf Terrorismusstraftaten und bestimmte Betäubungsmitteldelikte beschränkt. Mit der Loi Perben II aus dem Jahr 2004 wurde sie auf sämtliche der in Art. 706-73 CPP aufgezählten Straftaten der organisierten Kriminalität ausgedehnt.

Die Entscheidungen über die Verlängerung der Maßnahme auf insgesamt maximal 96 Stunden sind dem Richter (*magistrat du siège*) vorbehalten. Im polizeilichen Ermittlungsverfahren entscheidet der Grundrechte- und Haftrichter auf Antrag des Staatsanwalts, in der gerichtlichen Voruntersuchung ist der Untersuchungsrichter von Amts wegen zuständig (Art. 706-88 Abs. 2 CPP). Das Gesetz betont zwar in Abs. 1 den Ausnahmecharakter dieser Verlängerung, macht ihre Anordnung aber lediglich von den „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ (*nécessités de l'enquête ou de l'instruction*) abhängig. Da es also – anders als bei der Regelverlängerung von 24 auf 48 Stunden – keines Haftmotivs i.S.v. Art. 62-2 Abs. 2 CPP bedarf,³⁸⁰ scheint hier weiterhin der Grundsatz des freien Ermessens (*principe d'opportunité*) maßgeblich zu sein, dessen Ausübung einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Im Ergebnis unterliegt die Ausnahmeverlängerung nach Art. 706-88 CPP damit weniger strengen materiellen Anforderungen als die Regelverlängerung nach Art. 63 II CPP,³⁸¹ zumal Art. 706-88 CPP den in Art. 62-3 CPP normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht aufgreift.

Die richterliche Entscheidung ergeht schriftlich und ist mit Gründen zu versehen (Abs. 2). Grundsätzlich muss die Verlängerung über je 24 Stunden in zwei gesonderten Entscheidungen angeordnet werden; wenn es die vorhersehbare Dauer der durchzuführenden Ermittlungen rechtfertigt, kann sie indes von vornherein für 48 Stunden gewährt werden (Abs. 5). Vor der ersten Ausnahmeverlängerung – also vor Ablauf von 48 Stunden – ist der Betroffene zwingend dem Richter vorzuführen; gemäß Art. 706-71 Abs. 1 Satz 2 CPP besteht allerdings auch hier die Möglichkeit, das persönliche Erscheinen durch eine audiovisuelle Übertragung zu ersetzen.³⁸² Bedarf es einer zweiten Verlängerung, so kann ausnahmsweise von einer weiteren Vorführung abgesehen werden, wenn die Ermittlungen dies erfordern (Abs. 3: „pour les nécessités des investigations“). Nähere Vorgaben über den Ablauf der Vorführung bzw. der Anhörung macht das Gesetz auch hier nicht, es gilt damit das zur Regelverlängerung Ausgeführte entsprechend. Der 2014 neu geschaffene Art. 63-1 Abs. 1 Nr. 3 Spstr. 6 CPP, der dem *gardé à vue* das Recht einräumt, vor Erlass der Verlängerungsentscheidung mündlich oder schriftlich Einwendun-

³⁸⁰ Dies betont auch Ziff. II.3.2 des Circulaire vom 23.5.2011.

³⁸¹ Krit. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2563.

³⁸² A.a.O., Rn. 2566.

gen gegen die Fortdauer der Polizeihaft vorzutragen, ist auch dann anwendbar, wenn der Grundrechte- und Haftrichter oder der Untersuchungsrichter anstelle des Staatsanwalts über die Verlängerung befindet.

bb) Terrorismus (Art. 706-88-1 CPP)

Weitere Ausnahmeverlängerungsmöglichkeiten hat das Gesetz n° 2006-64 vom 23.1.2006 für die in Art. 706-73 Nr. 11 CPP in Bezug genommenen *actes de terrorisme* (Art. 421-1 bis 421-6 CP) geschaffen: Resultiert aus ersten Ermittlungsergebnissen oder der *garde à vue* selbst entweder die ernsthafte Gefahr einer unmittelbar bevorstehenden „terroristischen Aktion“ (*action terroriste*)³⁸³ in Frankreich oder im Ausland (Alt. 1) oder dass die Erfordernisse der internationalen Kooperation dies zwingend gebieten (Alt. 2), so kann der *juge des libertés*³⁸⁴ eine zusätzliche 24-stündige Verlängerung anordnen, welche bei Bedarf einmal erneuert werden und so zu einer Maximaldauer der Freiheitsentziehung von insgesamt 144 Stunden führen kann.³⁸⁵ Da Art. 706-88-1 CPP für die Anordnung lediglich auf Art. 708-88 Abs. 2 CPP (Antragserfordernis, schriftliche und begründete Entscheidung) verweist, erscheint fraglich, ob auch hier das Erfordernis einer vorherigen Vorführung vor den Richter aus Art. 706-88 Abs. 3 CPP gilt.³⁸⁶

Die Bezugnahme auf das Bestehen einer „terroristischen Aktion“ ist aus zweierlei Gründen bemerkenswert. Zum einen handelt es sich bei dem Begriff der *action terroriste* um eine Formulierung, die ansonsten im Gegensatz zu den in Art. 421-1 bis 421-6 CP geregelten Straftatbeständen der *actes de terrorisme*³⁸⁷ weder im CP noch im CPP verwendet, geschweige denn näher definiert wird. Zum anderen ist unklar, wie sich dieser präventiv³⁸⁸ angelegte Verlängerungsgrund zu den allgemeinen gesetzlichen Haftgründen verhält. Stellt man auf die Wahrheitsfindung ab bzw. hält man sich an den Wortlaut der in Art. 62-2 CPP genannten Ziele, so

³⁸³ Pfützner, Organisierte Kriminalität, S. 146 übersetzt *action terroriste* als terroristischen Anschlag, obwohl der Gesetzgeber den präziseren Begriff des *attentat* (Anschlag) offenbar bewusst vermeidet.

³⁸⁴ Gemeint ist freilich der *juge des libertés et de la détention*. Anders als im Rahmen von Art. 706-88 CPP besteht hier also selbst in der gerichtlichen Voruntersuchung keine Kompetenz des Untersuchungsrichters, siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2560.

³⁸⁵ Zur Verfassungskonformität siehe C. const. 22.9.2010, n° 2010-31 QPC, § 5, der sich – nach einer Wiedergabe des Gesetzeswortlauts in eigenen Worten – mit der lapidaren Feststellung begnügt, dass weder ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 9 DDHC) noch eine Verletzung von Art. 66 C vorliegt.

³⁸⁶ I.d.S. wegen Art. 5 EMRK *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2566.

³⁸⁷ Da der Anwendungsbereich von Art. 706-88-1 CPP ohnehin an den Verdacht eines *acte de terrorisme* i.S.v. Art. 421-1 ff. CP geknüpft ist, ist die Regelung letztlich nur sinnvoll, wenn die in Bezug genommene *action terroriste* enger auszulegen ist.

³⁸⁸ C. const. 22.9.2010, n° 2010-31 QPC: „pour protéger la sécurité des personnes et des biens contre une menace terroriste imminente et précisément identifiée“.

erscheint es auf den ersten Blick zweifelhaft, ob das Motiv der Verhinderung einer terroristischen Aktion die Anordnung der *garde à vue* rechtfertigen würde. Auf der anderen Seite würden eigenartige Wertungswidersprüche drohen, wollte man dieses sogar für die Ausnahmeverlängerung der Maßnahme zulässige Motiv als Anordnungsgrund ablehnen. Da eine Vielzahl der in Art. 421-1 ff. CP normierten Terrorismusstraftaten – allen voran der Straftatbestand der kriminellen terroristischen Vereinigung (Art. 421-2-1 CP) – als Vorfeldtatbestände und Dauerdelikte ausgestaltet sind, dürfte jedoch in aller Regel der Haftgrund der Beendigung der Tat nach Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 6 CPP einschlägig sein. Im Übrigen reicht es für die Anordnung der *garde à vue* bekanntlich bereits aus, wenn eine Anhörung der tatverdächtigen Person erforderlich bzw. intendiert ist (Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 1 CPP). Realistischerweise ist daher unabhängig von der Frage einer bevorstehenden „terroristischen Aktion“ kaum ein Fall denkbar, in dem die einer Terrorismusstraftat nach Art. 421-1 bis 421-6 CP verdächtige Person nicht in *garde à vue* genommen werden könnte bzw. würde.

4. Fristberechnung

a) Bezugspunkt der Höchstfrist

Die zulässige Höchstdauer der *garde à vue* steht den Ermittlungsbehörden im Hinblick auf den Sachverhalt, der den Gegenstand des Verfahrens bildet, nur einmalig zur Verfügung, sie bezieht sich also stets auf die konkrete strafprozessuale Tat: War der Verdächtige wegen desselben Tatvorwurfs (*les mêmes faits*) bereits zu einem früheren Zeitpunkt in *garde à vue*, so ist deren Dauer auf spätere Haftzeiten anzurechnen; ist die gesetzliche Höchstfrist für diese Tat aufgebraucht, so scheidet eine erneute *garde à vue* aus.³⁸⁹ Liegt hingegen ein neuer Sachverhalt (*faits différents*) vor, so beginnt die Frist von Neuem zu laufen – vorausgesetzt, zwischen beiden Maßnahmen lag eine zeitliche Unterbrechung (siehe sogleich).³⁹⁰ In der Praxis wird aus ermittlungstaktischen Gründen bei absehbarem Bedarf ein Fristrest aufgespart, um die Maßnahme ggf. in derselben Sache erneut einsetzen zu können.³⁹¹

Die von der Cour de cassation für sogenannte *gardes à vue successives* entwickelte Lösung hat der Gesetzgeber 2011 in Art. 63 III Abs. 2 CPP ausdrücklich

³⁸⁹ Vgl. Crim. 13.2.1996, Bull. n° 74, wonach die Addition der Haftzeiten auch dann gilt, wenn zwischen beiden *gardes à vue* mehrere Jahre (hier: fünf Jahre) lagen und die Maßnahmen in unterschiedlichen Stadien des Ermittlungsverfahrens zur Anwendung gekommen sind; zust. *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 26, S. 301 ff.; krit. *Rassat*, JCP G 2011, 1073.

³⁹⁰ Crim. 2.9.2004, Bull. n° 196; 17.3.2004, Bull. n° 69; zust. *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 26, S. 304 f.; zur – selten eingehender behandelten – Abgrenzung zwischen *mêmes faits* und *faits différents* siehe etwa Crim. 12.3.2013, n° 12-86.592.

³⁹¹ *Foll/Poinas*, RPDP 2010, 600: „crédit de garde à vue“.

niedergelegt.³⁹² Der – damit letztlich hinfällig gewordene – Versuch, die bisherige Rechtsprechung zur Addition sukzessiver Haftzeiten dogmatisch auf die Weise zu rechtfertigen, dass es sich trotz der zeitlichen Unterbrechung um eine einzige *garde à vue* handle, die lediglich in mehreren Etappen vollzogen werde, vermochte nicht befriedigend zu erklären, warum – was unstreitig ist – bei den späteren Abschnitten erneut die Belehrungspflichten und sonstigen Garantien eingreifen, die das Gesetz an sich nur einmal zu Beginn der Maßnahme vorsieht.³⁹³ Richtigerweise ist daher davon auszugehen, dass es sich um rechtlich selbstständige Maßnahmen handelt.³⁹⁴

b) Fristbeginn und Vorverlagerungen

Obleich das Gesetz den Beginn der *garde à vue* an die entsprechende Anordnung des höheren Polizeibeamten knüpft (Art. 63 I Abs. 1 CPP), wirft die Fristberechnung Schwierigkeiten auf, wenn gegenüber dem Betroffenen bereits in deren Vorfeld körperlicher Zwang ausgeübt oder er auf anderweitiger Grundlage festgehalten wurde. Zwar scheidet insoweit – anders als bei den *gardes à vue successives* – selbst bei identischem Lebenssachverhalt eine „echte“ Anrechnung im Sinne einer Berücksichtigung früherer, der *garde à vue* nicht unmittelbar vorgelagerter Zeiten des Freiheitsentzugs aus.³⁹⁵ Mündet jedoch die vorangegangene Freiheitsentziehung ohne zwischenzeitliche Freilassung direkt in eine *garde à vue*, so kommt eine Vorverlagerung des für den Fristbeginn maßgeblichen Zeitpunkts in Betracht. Eine solche ist unter Umständen nicht nur verfassungsrechtlich (siehe oben I.A.2.b.bb.), sondern auch konventionsrechtlich geboten (siehe oben Einleitung, I.B.1.).³⁹⁶

Seit 2011 bestimmt Art. 63 III Abs. 1 CPP, dass der Beginn der Maßnahme im Hinblick auf die Berechnung ihrer Höchstdauer³⁹⁷ ggf. auf den Zeitpunkt festgelegt

³⁹² „Si une personne a déjà été placée en garde à vue pour les mêmes faits, la durée des précédentes périodes de garde à vue s'impute sur la durée de la mesure.“

³⁹³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*¹, Rn. 2571.

³⁹⁴ *Dies.*, *Traité*, Rn. 2572; siehe Annexe 2 des Circulaire vom 23.5.2011.

³⁹⁵ Vgl. *dies.*, *Traité*, Rn. 2577. Siehe insb. Art. 323-9 Abs. 2 Code des douanes, der die Anrechnung selbst beim zollrechtlichen Festhalterrecht – als funktionalem Äquivalent der *garde à vue* – davon abhängig macht, dass die *garde à vue* in *direktem Anschluss* an die Beendigung der *retenue douanière* angeordnet wird.

³⁹⁶ Werden z.B. Piraten auf hoher See festgenommen und anschließend – nach mehrtägiger oder ggf. sogar mehrwöchiger Reise – auf das Festland verbracht, so ist bei ihrer Ankunft umgehend eine *gerichtliche* Kontrolle zu gewährleisten. Wird stattdessen zunächst eine (staatsanwaltschaftlich kontrollierte) *garde à vue* angeordnet, so verstößt dies gegen Art. 5 Abs. 3 EMRK, siehe EGMR, *Ali Samatar u.a. ./ Frankreich*, Urt. vom 4.12.2014, Az.: 17110/10; *Vassiss ./ Frankreich*, Urt. vom 27.6.2013, Az.: 62736/09; *Roussel*, AJ Pén. 2013, 549. Zu Fehlinterpretationen dieser Rspr. im frz. Schrifttum siehe *Danlos*, AJ Pén. 2014, 404. Bereits mit Gesetz n° 2011-13 vom 5.1.2011 wurde das Regime der *réention à bord des navires et aéronefs* im Code de la défense (Art. L. 1521-11 bis L.1521-18) entsprechend angepasst.

³⁹⁷ In der Vorschrift ist die Rede von der Festlegung der Anfangszeit („[I]’heure du début de la mesure est fixée“). Die Regelung knüpft systematisch an Art. 63 II CPP an, der die Dauer der Maßnahme zum Gegenstand hat.

wird, in dem der Betroffene „ergriffen“ (*appréhendée*) wurde. Ausschlaggebend ist insoweit also nicht die – für den weiteren Verlauf der Freiheitsentziehung (insb. den Moment der Benachrichtigung des Staatsanwalts und der Erfüllung der gesetzlichen Belehrungspflichten) maßgebliche³⁹⁸ – Anordnungsentscheidung (*placement en garde à vue*), sondern es kommt, möglicherweise rückwirkend, auf den ihr vorgelagerten Moment der Festnahme des Verdächtigen an.³⁹⁹ Obwohl diese Vorterminierung des Fristbeginns in der Polizeipraxis schon bisher üblich war, handelt es sich bei der gesetzlichen Klarstellung nicht um eine schlichte Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung, da vermeintlich einschlägige Entscheidungen entweder nicht die Frage der Fristberechnung betreffen oder aber keine verbindliche Aussage hierzu enthalten.⁴⁰⁰ Wengleich die Fristenregelung in Art. 63 III CPP pauschal von der Ergreifung spricht, dürfte sie bei einer Privatfestnahme gemäß Art. 73 CPP teleologisch zu reduzieren sein. Hier beginnt die Frist daher erst mit der Ablieferung der Person auf dem Polizeirevier.⁴⁰¹ Seit 2014 gilt Art. 63 III Abs. 1 CPP auch für alle anderen Zwangsmaßnahmen, soweit diese sich auf denselben Sachverhalt beziehen (*toute autre mesure de contrainte pour ces mêmes faits*). Die nach alter Rechtslage umstrittene Frage, ob eine Vorverlagerung des Fristbeginns auch im Hinblick auf die Zeit einer im unmittelbaren Vorfeld der *garde à vue* durchgeführten (freien) Vernehmung in Betracht kommt, hat der Gesetzgeber 2014 im Wege einer klarstellenden Ergänzung dieser Regelung bejaht.⁴⁰²

Wird eine strafprozessuale Freiheitsentziehung, kraft derer eine Person zur Verfügung der Polizeibeamten gehalten wurde, ohne zwischenzeitliche Freilassung unmittelbar von einer *garde à vue*-Anordnung abgelöst, so ist grundsätzlich der Anfangszeitpunkt der ersten Maßnahme für den Fristbeginn maßgeblich.⁴⁰³ Neben den ausdrücklich im Gesetz geregelten Fällen (Festhalten zwecks Identitätsfeststellung, Art. 78-4 CPP; seit 2011: *retenue douanière*, Art. 323-9 Code des douanes) wird dies etwa für das Festhalten während einer Durchsuchung (Art. 56 CPP),⁴⁰⁴

³⁹⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2574.

³⁹⁹ *Fourment*, Proc. pén., Rn. 210.

⁴⁰⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2574; ungenau dagegen *Vergès*, Proc. pén., Rn. 282 mit Verweis auf Crim. 6.5.2003, Procédures 2003, Comm. n° 178; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 118 mit Verweis auf Crim. 10.6.2008, JurisData n° 2008-044743, 9.2.2000, JurisData n° 2000-001459 und 16.2.2000, Dr. pén. 2000, Comm. n° 50; *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 148 ff.

⁴⁰¹ Vgl. *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 118. Krit. im Hinblick auf die vielen Fragen, welche die gesetzliche Neuregelung in Art. 63 III Abs. 1 CPP unbeantwortet lässt bzw. aufwirft, *Rassat*, JCP G 2011, 1071.

⁴⁰² So bereits für die alte Rechtslage *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2576; differenzierend *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 119, 124.

⁴⁰³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2575, 2577. Zu Sonderfällen, bei denen dies nicht gelten soll, siehe Circulaire vom 23.5.2011, Annexe 2, Garde à vue et autres mesures de rétention, Ziff. III.

⁴⁰⁴ Crim. 12.6.2013, n° 13-80.893; 16.2.2000, Bull. n° 180.

das Verbot, sich vom Tatort zu entfernen (Art. 61 CPP),⁴⁰⁵ die ungeschriebene Festhaltebefugnis zwecks Blutprobeentnahme (Art. L. 234-4 f., L. 234-8 f. Code de la route)⁴⁰⁶ sowie die im Hinblick auf einen anderen Lebenssachverhalt (*faits distincts*) angeordnete *garde à vue* angenommen.⁴⁰⁷

Ob Entsprechendes auch im Hinblick auf außerstrafprozessuale Freiheitsentziehungen mit präventiv-polizeilicher Zielrichtung gilt, war lange unklar und mangels eindeutiger höchstrichterlicher Vorgaben umstritten.⁴⁰⁸ Gegen eine Vorverlagerung des Fristbeginns wurde eingewandt, dass eine solche wegen der unterschiedlichen Funktionen der Maßnahmen für den Betroffenen ein unverdientes Privileg darstellen und insofern einseitig zulasten der Effektivität der Strafverfolgung gehen würde.⁴⁰⁹ Dennoch ist auch hier das vom C. const. entwickelte Postulat zu beachten, wonach der *gardé à vue* spätestens 48 Stunden nach Beginn der Freiheitsentziehung Anspruch auf die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Haft hat. In diesem Sinne hat das Verfassungsgericht im Wege der verfassungskonformen Auslegung entschieden, dass das Festhalterecht in einer Ausnüchterungszelle gemäß Art. L. 3341-1 CSP nur unter dem Vorbehalt mit Art. 66 Abs. 2 C vereinbar ist, dass die Dauer der Ausnüchterungshaft auf eine eventuell nachfolgende *garde à vue* angerechnet wird.⁴¹⁰ Da für vergleichbare präventiv-polizeiliche Festhaltebefugnisse nichts anderes gelten kann,⁴¹¹ sieht die mit Gesetz vom 31.12.2012 geschaffene ausländerrechtliche *retenue* zur Überprüfung der Aufenthaltsberechtigung (Art. L. 611-1-1 III CESEDA) ausdrücklich eine entsprechende Bestimmung über die Vorverlagerung des Fristbeginns vor.

c) Fristunterbrechungen und Fristende

Eine Hemmung oder Unterbrechung des Fristenlaufs findet unter keinen Umständen statt. Wird etwa während der *garde à vue* ein Krankenhausaufenthalt des Verdächtigen erforderlich, so kann das verbleibende Zeitkontingent nur bewahrt werden, indem die *garde à vue* zwischenzeitlich aufgehoben und der Betroffene während seiner stationären Behandlung anderweitig überwacht wird.⁴¹²

⁴⁰⁵ Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 123.

⁴⁰⁶ I.d.S. bereits Circulaire vom 23.5.2011, Annexe 2, *Garde à vue et autres mesures de rétention*, Ziff. I.3.

⁴⁰⁷ Crim. 17.3.2004, Bull. n° 69; zust. Pradel/Varinard, *Grands arrêts*, Nr. 26, S. 303 f.

⁴⁰⁸ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2578.

⁴⁰⁹ Vgl. Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 120 m.w.N.

⁴¹⁰ C. const. 8.6.2012, n° 2012-253 QPC, §§ 8, 9; anders dagegen noch Circulaire vom 23.5.2011, Annexe 2, *Garde à vue et autres mesures de rétention*, Ziff. III.2.

⁴¹¹ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2578.

⁴¹² Crim. 27.5.1997, Bull. n° 204; 11.7.1994, Bull. n° 273.

Spätestens mit Erreichen der gesetzlichen Höchstfrist muss die Polizei ihre Verfügungsgewalt über den Betroffenen auf staatsanwaltschaftliche Weisung hin aufgeben, indem sie ihn entweder auf freien Fuß setzt oder dem Staatsanwalt vorführt (*déferement*, Art. 63-8 Abs. 1 CPP). Im zweitgenannten Fall sehen die Art. 803-2 f. CPP seit Gesetz vom 9.3.2004 eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die vormals umstrittene, weil gesetzlich nicht geregelte Behandlung des Zeitraums zwischen dem Ende der *garde à vue* (Verlassen des Polizeireviers) und dem tatsächlichen Erscheinen vor dem *magistrat* vor: Bei Bedarf (*en cas de nécessité*) kann der Betroffene bis zur Vorführung vor den Staatsanwalt für eine Dauer von maximal 20 Stunden in den dafür vorgesehenen Räumlichkeiten des Gerichtsgebäudes (*dans les locaux de la juridiction spécialement aménagés*), mit anderen Worten: im Gerichtskerker (*[petit] dépôt*), festgehalten werden (siehe oben A.3.e.).

d) Exkurs: Anrechnung auf spätere Verurteilung

Die Anrechnung der Dauer strafprozessualer Freiheitsentziehungen auf die Höhe einer später ausgesprochenen Haftstrafe ist in Art. 716-4 CPP geregelt. Danach sind zwar die *détention provisoire* (Abs. 1) und Freiheitsentziehungen, die in Vollstreckung eines richterlichen Vorführ- bzw. Haftbefehls (*mandat d'amener* oder *mandat d'arrêt*) erfolgt sind, sowie Haftaufenthalte im Ausland, denen ein Europäischer Haftbefehl oder ein Auslieferungsgesuch zugrunde lag (Abs. 2), vollumfänglich auf das Strafpensum anzurechnen – nicht jedoch die *garde à vue*.

5. Verhältnismäßigkeit

Für die bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen im Ermessen des Staatsanwalts stehende Entscheidung über die Verlängerung der *garde à vue* gelten hinsichtlich der Verhältnismäßigkeit ähnliche Grundsätze wie bei ihrer Anordnung: Art. 63 II CPP macht die Verlängerung davon abhängig, dass sie das einzige Mittel darstellt, um eines der sechs in Art. 62-2 Abs. 2 CPP genannten Ziele zu erreichen. Gemäß Art. 62-3 Abs. 2 CPP prüft der Staatsanwalt, ob sie für das Ermittlungsverfahren erforderlich und verhältnismäßig zur Schwere des Tatvorwurfs ist. Schließlich stellt die vom C. const. veranlasste Beschränkung der Verlängerungsmöglichkeit auf Straftaten, die mit einer Mindesthöchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe (Art. 63 II CPP) bedroht sind, eine besondere Ausprägung dieses Grundsatzes dar. Durch diese strengeren Vorgaben sollen überflüssige, weil sachlich nicht gerechtfertigte Verlängerungen (*gardes à vue de confort*) unterbunden werden.⁴¹³ Ob die Cour de cassation den Gerichten künftig eine nachträgliche Überprüfung der Ver-

⁴¹³ Siehe *Vallini/Houillon*, Rapport Outreau, S. 310 f.; *Schwendener*, AJ Pén. 2006, 345.

längerungsentscheidung im Hinblick auf das Vorhandensein weniger eingriffsintensiver Alternativen gestatten wird, bleibt abzuwarten.⁴¹⁴

Davon zu unterscheiden ist die Frage, welches Gewicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für die Aufrechterhaltung der Maßnahme innerhalb des jeweiligen, in der Regel 24-stündigen Fristenintervalls zwischen Anordnung und Verlängerung bzw. zwischen zwei Verlängerungsentscheidungen zukommt. Bislang schied insoweit nach Auffassung der Cour de cassation eine Rüge des nachträglichen Fortfalls der Erforderlichkeit bzw. eines zulässigen strafprozessualen Zwecks der Maßnahme aus. Die *garde à vue* konnte damit bei Vorliegen der Anordnungs- bzw. Verlängerungsvoraussetzungen nach freiem, gerichtlich nicht nachprüfbarem Ermessen bis zum Ablauf des jeweiligen Fristenintervalls ausgeschöpft werden, der Einwand der Unverhältnismäßigkeit ihrer Dauer ging insoweit von vornherein ins Leere (siehe unten E.3.a.cc.).⁴¹⁵ Zwar ordnet Art. 62-3 Abs. 2 CPP nun an, dass der Staatsanwalt nicht nur die Verlängerung, sondern auch die Aufrechterhaltung der Maßnahme im Hinblick auf ihre Verhältnismäßigkeit prüft. Auch soll ausweislich der Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums der Wegfall des ursprünglichen Anordnungsmotivs nur dann unschädlich sein, wenn stets wenigstens ein gesetzliches Haftmotiv bestehen bleibt.⁴¹⁶ Von entscheidender Bedeutung wird jedoch auch hier sein, inwieweit die Cour de cassation eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle gestatten wird.⁴¹⁷

Im Hinblick auf den Vollzug der *garde à vue* enthalten nunmehr die Art. 63-5 bis 63-7 CPP Bestimmungen, die den Einsatz bestimmter Zwangsmaßnahmen (insb. der sog. *mesures de sécurité*) auf das strikt erforderliche Maß begrenzen (siehe oben I.a.cc.).

D. Garantien

Die Garantien zugunsten des *gardé à vue* sind in den vergangenen 20 Jahren erheblich ausgeweitet worden. Dies hat zu einem grundlegenden Funktionswandel der Maßnahme geführt: War die polizeiliche Freiheitsentziehung ursprünglich be-

⁴¹⁴ Lesclous, Dr. pén. 2011, Chronique n° 7, 45; Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2530. Hinsichtlich der Kontrolle der Anordnung der Maßnahme ist dies wie gesehen nicht der Fall, Crim. 18.11.2014, n° 14-81.332; Allain, *AJ Pén.* 2014, 549.

⁴¹⁵ Ch. mixte 7.7.2000, Bull. n° 257; Crim. 14.6.2006, n° 02-83.401; krit. Guinchard/Buisson, *Proc. pén.*, Rn. 806, 815. Im Ergebnis stellen sich die jeweiligen gesetzlichen Fristenintervalle damit weniger als Höchst-, denn als Grundfristen dar. Bezeichnend C. const. 30.7.2011, n° 2010-14/22 QPC, § 27, wo es heißt, dass die Maßnahme für eine Dauer von 24 Stunden – nicht: „maximal 24 Stunden“ – angeordnet werden kann.

⁴¹⁶ Ziff. I.3 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁴¹⁷ Lesclous, Dr. pén. 2011, Chronique n° 7, 45; Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2530. Angesichts der unveränderten Ablehnung einer gerichtlichen Kontrolle der Haftanordnung erscheint dies unwahrscheinlich, Crim. 18.11.2014, n° 14-81.332.

wusst als weitgehend garantiefreie Zone konzipiert worden, so ist sie bis zur Reform der „freien Vernehmung“ durch das Gesetz vom 27.5.2014 die einzige verfahrensrechtliche Situation gewesen, in welcher der Verdächtige auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung Verteidigungsrechte hatte. Mit den jüngsten Reformen aus 2011 und 2014 wurden die Garantien zugunsten des *gardé à vue* erheblich ausgedehnt. Obwohl die Polizeihaft infolge der Umgestaltung der *audition libre* ihre Exklusivität als garantieeröffnende Maßnahme verloren hat, ist sie weiterhin derjenige Moment im polizeilichen Ermittlungsverfahren, an dem die prozessuale Rechtsstellung des Verdächtigen am umfangreichsten abgesichert ist.

1. Recht auf Information

a) Überblick

Die Informationselemente, die dem Betroffenen zu Beginn der Haft⁴¹⁸ in einer ihm verständlichen Sprache⁴¹⁹ vom höheren Polizeibeamten oder, unter seiner Kontrolle, von einem einfachen Polizeibeamten zur Verfügung zu stellen sind, werden in dem 2011 vollständig neugefassten und 2014 signifikant erweiterten Art. 63-1 Abs. 1 CPP aufgezählt. Die in dieser Vorschrift normierten Hinweis- und Belehrungspflichten haben drei Aspekte zum Gegenstand:

1. die Freiheitsentziehung als solche (Nr. 1): Der Betroffene ist über die Anordnung der *garde à vue* zu unterrichten sowie über die Dauer der Maßnahme und die Verlängerungsmöglichkeit(en). Die 2014 neu hinzugekommene Pflicht, den Betroffenen über die einschlägigen Haftgründe gemäß Art. 62-2 CPP zu unterrichten, wurde systematisch unglücklich unter Nr. 2 verortet.⁴²⁰
2. die Straftat, derer der Betroffene verdächtigt wird (Nr. 2): In der Belehrung müssen ihre rechtliche Qualifikation sowie der mutmaßliche Tatort und das mutmaß-

⁴¹⁸ Zu dem Auskunftsanspruch aus Art. 77-2 CPP, über das u.U. bei Beendigung der *garde à vue* zu belehren ist (Art. 63-8 Abs. 2 CPP), siehe bereits oben C.1.c.

⁴¹⁹ Ist der *gardé à vue* der frz. Sprache nicht mächtig, so sind ihm seine Rechte, ggf. (*le cas échéant*) nach der Aushändigung eines schriftlichen Hinweisblatts, durch einen Dolmetscher mitzuteilen (Art. 63-1 Abs. 3 CPP). Die inzwischen in 29 Sprachen vorliegenden Belehrungsformulare sind abrufbar unter www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/garde-a-vue-12405 [Stand: 12/2014]. Spezielle Vorkehrungen zum Schutz Taubstummer enthält Art. 63-1 Abs. 2 CPP. Zur Umsetzung der RL 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren sehen die mit Gesetz n° 2013-711 vom 5.8.2013 eingefügten und durch Dekret vom 25.10.2013 in Vollzug gesetzten Art. préI. III Abs. 3 n.F., Art. 803-5 CPP nunmehr einen allgemeinen Dolmetsch- und Übersetzungsanspruch für „verdächtige Personen“ vor, siehe *Buisson*, Procédures 2013, Comm. n° 357; *Daoud/Rennuit-Alezra*, AJ Pén. 2013, 527.

⁴²⁰ Nach vorher geltender Rechtslage brauchten die Haftgründe nicht offengelegt zu werden, vgl. Ziff. II.2.1.2.1 des Circulaire vom 23.5.2011. Der Umstand, dass es sich bei der Neufassung insoweit um eine überschießende Richtlinienumsetzung handeln könnte, deutet nach *Allain*, AJ Pén. 2014, 549 darauf hin, dass der Gesetzgeber eine verstärkte Kontrolle der Zwecke der Polizeihaft befürworte.

liche Tatdatum präzisiert werden. Außerdem ist über die Haftgründe zu informieren.

3. die Rechte des *gardé à vue* (Nr. 3):

- das Recht, einen Angehörigen und seinen Arbeitgeber sowie, bei ausländischen Staatsangehörigen, die Konsularbehörden seines Herkunftslandes benachrichtigen zu lassen aus Art. 63-2 CPP;
- das Recht auf eine ärztliche Untersuchung aus Art. 63-3 CPP;
- das Recht auf anwaltlichen Beistand aus Art. 63-3-1 bis 63-4-3 CPP;
- das Recht, den Beistand eines Übersetzers in Anspruch zu nehmen;
- das Recht, so schnell wie möglich (*dans les meilleurs délais*) und spätestens vor einer eventuellen Verlängerung der Polizeihaft die in Art. 63-4-1 CPP genannten Unterlagen einzusehen;
- das Recht, vor Erlass der Verlängerungsentscheidung mündlich oder, falls keine persönliche Anhörung (*présentation*) stattfindet, schriftlich, d.h. im Wege der Aufnahme in das Vernehmungsprotokoll, Einwendungen gegen die Fortdauer der Polizeihaft zur Kenntnis des Staatsanwalts bzw. des Grundrechte- und Haftrichters zu bringen (Art. 63-1 Abs. 1 Nr. 3 Spstr. 6 CPP);
- sowie das Recht, während der Vernehmungen, im Anschluss an die Angabe seiner Personalien, Erklärungen abzugeben, gestellte Fragen zu beantworten oder zu schweigen.

Besondere Schutzvorkehrungen sieht das Gesetz in den Absätzen 2 und 3 zugunsten von tauben Häftlingen, Analphabeten und nicht der französischen Sprache mächtigen Personen vor.

Seit 2014 ist dem Betroffenen bei Bekanntgabe der Anordnung der Polizeihaft ein schriftliches Dokument auszuhändigen, in dem seine Rechte aufgeführt sind (*déclaration des droits*). Art. 63-1 Abs. 5 CPP verweist insoweit auf den neugeschaffenen Art. 803-6 CPP, der vorsieht, dass jede verdächtige oder gerichtlich verfolgte Person, die Gegenstand einer freiheitsentziehenden Maßnahme i.S.d. CPP ist („toute personne suspectée ou poursuivie soumise à une mesure privative de liberté en application d’une disposition du présent code“), bei Bekanntgabe der Maßnahme ein Dokument erhält, das in klaren und verständlichen Worten und in einer von ihr beherrschten Sprache folgende Rechte aufführt, die ihr im Laufe des Strafverfahrens zustehen:

1. das Recht über die rechtliche Qualifikation, das Datum und den Ort der ihr vorgeworfenen Straftat informiert zu werden;
2. das Recht, während der Anhörungen oder Vernehmungen Erklärungen abzugeben, die ihr gestellten Fragen zu beantworten oder zu schweigen;
3. das Recht auf Beistand eines Verteidigers;
4. das Recht auf Übersetzung und Dolmetscher;

5. das Recht auf Akteneinsicht;
6. das Recht, mindestens eine Person sowie ggf. die Konsularbehörden ihres Herkunftslandes benachrichtigen zu lassen;
7. das Recht, von einem Arzt untersucht zu werden;
8. die Maximalanzahl von Stunden oder Tagen, während derer sie festgehalten werden kann, bevor sie der *autorité judiciaire* vorzuführen ist;
9. das Recht, über die Modalitäten der Anfechtung der Rechtmäßigkeit der Festnahme, der Veranlassung einer Haftprüfung oder der Einreichung eines Freilassungsgesuchs in Kenntnis gesetzt zu werden.

Dieses Dokument darf die Person während der gesamten Dauer ihrer Freiheitsentziehung behalten.⁴²¹

b) Inhalt und Entwicklung

Der Umfang der gesetzlichen Belehrungspflichten wurde im Lauf der Jahre kontinuierlich ausgedehnt. War in der ursprünglichen Gesetzesfassung von 1958, die insoweit bis Anfang der 1990er Jahre maßgeblich blieb, lediglich auf das Recht auf eine ärztliche Untersuchung hinzuweisen (Art. 63 Abs. 5 CPP a.F.), so erfolgte zeitgleich mit der Schaffung neuer Garantien durch das Gesetz vom 4.1.1993 die Aufnahme korrelierender Informationspflichten. Darüber hinaus hat das besagte Gesetz erstmals eine Unterrichtung betreffend die (Höchst-)Dauer der Maßnahme eingeführt. Bedurfte es insoweit bis 2011 lediglich einer Belehrung über die Grundvorschriften des Art. 63 CPP a.F. (Grunddauer und Regelverlängerung), so erstreckt sich diese nunmehr auch auf die zusätzlichen Verlängerungsmöglichkeiten bei organisierter Kriminalität (Art. 706-88 f. CPP). Seit 2014 ist der Betroffene außerdem über die für einschlägig erachteten Haftgründe zu informieren.

Erst mit Gesetz vom 15.6.2000 wurde eine Belehrung des Verdächtigen über die ihm zur Last gelegte Tat eingefügt, um den Vorgaben aus Art. 5 Abs. 2 EMRK Rechnung zu tragen. Die Forderungen im Schrifttum, wonach die Belehrung nicht nur die gesetzliche Qualifikation, sondern zumindest in groben Zügen auch den ihr zugrunde liegenden Sachverhalt umfassen müsse,⁴²² konnten sich jedoch allenfalls ansatzweise durchsetzen. Obwohl Art. préI. III CPP jeder verdächtigten Person einen Anspruch darauf einräumt, über die gegen sie „erhobenen Vorwürfe“ (*des charges retenues contre elle*) informiert zu werden, genügte bis zur Reform 2011 die Information über die „Natur der Straftat“, die den Gegenstand des Ermittlungsverfahrens bildet (*la nature de l'infraction*).⁴²³ Insoweit reichte es aus, dass eine

⁴²¹ Mustererklärungen, die nach der konkreten Maßnahme und dem einschlägigen Rechtsregime differenzieren, enthält Annex 3 des Circulaire vom 23.5.2014.

⁴²² Guinchard/Buisson, Proc. pén.⁶, Rn. 754.

⁴²³ Krit. Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2549; Daoud/Mercinier, AJ Pén. 2008, 270.

grobe Einordnung in bestimmte rechtliche Oberkategorien (z.B. „Betäubungsmittelhandel“) stattfand, die weder eine Angabe des konkreten Straftatbestands noch der exakten Strafvorschriften erforderte.⁴²⁴ Einer wie auch immer gearteten Präzisierung in tatsächlicher Hinsicht, etwa im Hinblick auf den Ort, das Datum oder die geschädigte Person, bedurfte es ebenfalls nicht.⁴²⁵ Mit der Neuregelung vom 14.4.2011 wurde die Unterrichtung insofern um ein faktisches Element ergänzt, als die Polizei dem Betroffenen seither – über die Angabe der „Natur der Straftat“ hinaus – das vermutete Datum der Straftat, derer er verdächtig ist (*la date présumée de l'infraction*), eröffnen muss. Seit dem Gesetz vom 27.5.2014 reicht es nicht mehr aus, über Natur und Datum der Tat zu unterrichten, sondern es muss auch deren rechtliche Qualifikation mitgeteilt werden. Außerdem ist der Betroffene nun auf faktischer Ebene auch über den mutmaßlichen Tatort zu informieren.

Die Entwicklung bei der gesetzlichen Anerkennung der Schweigerechtsbelehrung, die herkömmlich nur dem förmlich Beschuldigten in der gerichtlichen Voruntersuchung zugute kam (Art. 116 Abs. 4 CPP, neu gefasst durch Gesetz vom 27.5.2014), verlief weniger geradlinig.⁴²⁶ Zwar sah die aus dem Gesetz vom 15.6.2000 hervorgegangene Fassung von Art. 63-1 CPP erstmalig eine Information des *gardé à vue* darüber vor, dass er das Recht (*le droit*) hat, die Fragen, die ihm von den Ermittlungspersonen gestellt werden, nicht zu beantworten.⁴²⁷ Schon wenig später sollte diese – der Wahrheitsfindung noch heute vielfach für hinderlich erachtete⁴²⁸ – Unterrichtungspflicht jedoch wieder abgeschafft werden. Bereits das Gesetz vom 4.3.2002 wählte eine offenere, an Art. 116 Abs. 4 CPP a.F. angelehnte Formulierung, derzufolge der *gardé à vue* darüber zu unterrichten war, dass er die Wahl hat, Erklärungen abzugeben, die ihm gestellten Fragen zu beantworten oder zu schweigen; durch das Gesetz vom 18.3.2003 wurde diese Belehrungspflicht vollumfänglich gestrichen. Auf entsprechende Beanstandungen des C. const., der Cour de cassation und des EGMR hin erfolgte 2011 schließlich eine Wiederaufnahme der Schweigerechtsbelehrung in Art. 63-1 CPP.⁴²⁹ Ihr Wortlaut entspricht weitgehend der von 2002 bis 2003 geltenden Gesetzesfassung: Wie in Art. 116 CPP liegt der Fokus weniger auf dem Schweigerecht, als vielmehr darauf, dass der Betroffene – nach Angabe seiner Personalien – das Recht hat, zwischen drei Optio-

⁴²⁴ Crim. 7.6.2006, Bull. n° 157; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 185; Ziff. 2.2.2 des Circulaire CRIM 00-13 F1 vom 4.12.2000; Ziff. III.1.1 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁴²⁵ Ziff. 2.2.2 des Circulaire CRIM 00-13 F1 vom 4.12.2000; Ziff. III.1.1 des Circulaire vom 23.5.2011; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2549.

⁴²⁶ *Guinhard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 606, 871: „histoire chaotique“.

⁴²⁷ *Teissier*, RPDP 2001, 30, 41 ff.

⁴²⁸ *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 27, S. 312. Vielsagend *Pradel*, Proc. pén., Rn. 543: „Mais d'un autre côté, le suspect qui exerce son droit de se taire gêne les enquêteurs et peut aussi nuire à lui-même en retardant la durée de l'enquête, voire en laissant planer une suspicion sur lui car l'innocent n'a aucune raison de se taire“ (H.d.d.A.).

⁴²⁹ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 28; Crim. 31.5.2011, Bull. n° 111-116; EGMR, Urt. vom 14.10.2010, *Brusco ./.* Frankreich, Az.: 1466/07.

nen (Erklärung, Antwort, Schweigen) zu wählen. Die Möglichkeit zu schweigen ist dabei, ebenso wie in Art. 116 Abs. 4 CPP n.F., erst an letzter Stelle genannt.⁴³⁰ Die Belehrung ist nur einmal, nämlich zu Beginn der Maßnahme, zu erteilen; eine erneute Belehrung, etwa zu Beginn der Vernehmung, findet nicht statt.⁴³¹ Die Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums heben den temporären, unverbindlichen Charakter der Entscheidung über die Ausübung oder Nichtausübung des Schweigerechts hervor:

„Verweigert die Person es folglich, sich während der ersten Stunden der *garde à vue* zu dem Sachverhalt zu erklären, so mag sie sich möglicherweise zu einem späteren Zeitpunkt dazu bereithalten.“

Im selben Zusammenhang heißt es:

„Das Schweigerecht beinhaltet weder ein Recht des Betroffenen, die Vernehmung zu beenden und in seine Zelle zurückgeführt zu werden, noch begründet es eine Pflicht der Ermittler, die Maßnahme zu beenden.“⁴³²

Während Letzteres im Hinblick auf die Vielfalt der potenziellen Motive der *garde à vue* (Art. 62-2 CPP) selbstverständlich ist, erscheint fraglich, wie eine Vernehmung trotz endgültiger und vollständiger Ausübung des Schweigerechts auf zulässige Weise fortgesetzt werden soll.

Der umfangreichsten Belehrung bedarf es im Hinblick auf den Anspruch auf anwaltlichen Beistand während der *garde à vue*, da insoweit auf sämtliche der in den Art. 63-3-1 bis 63-4-3 CPP normierten Ausübungsmodalitäten dieses Rechts (insb. Recht auf Wahlverteidiger oder Bestellung eines Verteidigers von Amts wegen; Recht auf 30-minütiges vertrauliches Gespräch; Möglichkeit, den Anwalt bei Vernehmungen oder Gegenüberstellungen im Rahmen der *garde à vue* hinzuzuziehen; Karenzfrist vor Vernehmungsbeginn; Möglichkeit, eine Unterbrechung der Vernehmung zu verlangen, wenn der Anwalt erst später eintrifft; Ausschlussmöglichkeiten)⁴³³ hinzuweisen ist.⁴³⁴

Mit Gesetz vom 27.5.2014 wurde das eingeschränkte Akteneinsichtsrecht, das seit 2011 dem Anwalt des *gardé à vue* zusteht (Art. 63-4-1 Abs. 1 CPP), auf den Polizeihäftling selbst ausgedehnt (Abs. 2). Da im Hinblick auf den – sehr begrenzten – Umfang dieses Informationsrechts keine Unterschiede bestehen, sei insoweit auf die Ausführungen zum Recht auf Anwaltsbeistand (unten 3.b.bb.) verwiesen.⁴³⁵

⁴³⁰ Zutreffend *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 606, wonach in der Formulierung weniger ein Schweigerecht, als eine „Sprechbefugnis“ anklingt („la faculté de parler“).

⁴³¹ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 185; Ziff. III.4 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁴³² Ziff. III.4 des Circulaire vom 23.5.2011, das insoweit die Ausführungen in Ziff. II.1 des Circulaire vom 15.4.2011 aufgreift.

⁴³³ Vgl. das vom Justizministerium zur Verfügung gestellte Belehrungsformular unter www.justice.gouv.fr/publication/gav/forms/form_FR/form1_FR.pdf [Stand: 12/2014].

⁴³⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2553-1.

⁴³⁵ Ein weitergehendes Akteneinsichtsrecht steht dem Verdächtigen in der *enquête* erst an der Schwelle zum Übergang in das gerichtliche Verfahren zu. Im Vorführtermin im

c) Zeit und Form

Die in Art. 63-1 CPP vorgesehenen Hinweise und Belehrungen müssen umgehend (*immédiatement*) nach der tatsächlichen Anordnung der Maßnahme (*placement effectif en garde à vue*), die in der Regel auf dem Polizeirevier erfolgt, erteilt werden. Eine etwaige Festnahmephase im Vorfeld der *garde à vue*, die ggf. bei der Ermittlung der Dauer der Maßnahme rückwirkend einzubeziehen ist (Art. 63 III Abs. 1 CPP), bleibt also für die Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Belehrungen außer Betracht.⁴³⁶ Wird die *garde à vue* allerdings, etwa im Rahmen einer Wohnungsdurchsuchung, vor Ort angeordnet, so ist dieser Zeitpunkt maßgeblich.⁴³⁷ Um zu verhindern, dass die untrennbar mit der „formalen“ Anordnung der Maßnahme verbundenen Rechte und Belehrungen nicht oder nicht rechtzeitig gewährt werden, besteht eine Verpflichtung des höheren Polizeibeamten zur umgehenden Anordnung der *garde à vue*, sobald der Verdächtige gegen seinen Willen zum Verbleib auf dem Polizeirevier bewegt werden soll oder er unter Einsatz von hoheitlichem Zwang im Rahmen einer Festnahme dorthin verbracht wurde.⁴³⁸ Die in Art. 63-1 Abs. 6 CPP a.F. vorgesehene Drei-Stunden-Frist, die der Polizei für die Abwicklung der Belehrungen maximal zur Verfügung stand, ist 2011 entfallen. Im Allgemeinen wird es für ausreichend erachtet, wenn die Hinweise binnen 10 bis 15 Minuten nach der Anordnung der Maßnahme – bzw. nach dem Zeitpunkt, ab dem eine Anordnungspflicht bestand – und vor Beginn der Vernehmung zur Sache erteilt werden.⁴³⁹ Gibt der Betroffene wenige Minuten nach der Anordnung der *garde à vue* und noch vor der eigentlichen Vernehmung spontane Erklärungen ab, so kann das Fehlen einer Schweigerechtsbelehrung ausnahmsweise unschädlich sein.⁴⁴⁰ Darüber hinausgehende Verzögerungen werden nur ausnahmsweise bei Vorliegen eines unüberwindbaren Hindernisses (*circonstance insurmontable*) hingenommen, etwa wenn die betreffende Person so betrunken ist, dass sie den Sinn der Belehrung nicht erfassen würde.⁴⁴¹

Anschluss an das *défèrement* räumt ihm Art. 393 Abs. 3 CPP seit 2014 auch ein eigenes, vollständiges Akteneinsichtsrecht ein, das anders als früher nicht erst dann eröffnet ist, wenn der Staatsanwalt sich für die Einleitung des Hauptverfahrens entschieden hat.

⁴³⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2551; *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 25, S. 293; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 187.

⁴³⁷ Crim. 14.12.1999, Bull. n° 301.

⁴³⁸ Siehe oben A.4. und B.5. zur Frage des Anordnungsermessens und der *audition libre* als *garde à vue*-Surrogat.

⁴³⁹ Crim. 1.3.2006, Bull. n° 62; Civ. 1re, 12.5.2010, Bull. n° 122.

⁴⁴⁰ Crim. 17.1.2012, n° 11-86.471; krit. *Maron/Haas*, Dr. pén. 2012, Comm. n° 44, 49. Zur großzügigen Auslegung des garantiefreudlichen Konzepts der Spontanäußerungen in der jüngeren Rspr. siehe Crim. 17.12.2013, n° 12-84.297; *Porteron*, AJ Pén. 2014, 139.

⁴⁴¹ Dazu unlängst Crim. 1.10.2013, n° 12-86.831; 4.4.2013, n° 12-85.968; *Lesclous*, Dr. pén. 2013, Chronique n° 8, Rn. 11 f. Vgl. auch die umfangreichen Rspr.-Nachweise bei *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 820; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 185; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2551; *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 25 S. 296.

In der Praxis wird – nicht erst seit der ausdrücklichen Normierung der *déclaration des droits* in Art. 63-1 Abs. 5 i.V.m. Art. 803-6 CPP durch Gesetz vom 27.5.2014 – zu Beginn der Maßnahme ein Formular ausgehändigt, auf dem die entsprechenden Hinweise und Belehrungen abgedruckt sind.⁴⁴² Die Überreichung des Formulars soll eine möglichst zeitnahe Information gewährleisten, ersetzt jedoch nicht die zusätzlich gebotene, persönliche Belehrung (vgl. Art. 63-1 Abs. 3 CPP).⁴⁴³ Die Unterrichtungen sind in das vom Betroffenen zu unterzeichnende Protokoll über den Ablauf der *garde à vue* aufzunehmen; eine etwaige Verweigerung der Unterschrift ist zu vermerken (Art. 63-1 Abs. 4, Art. 803-6 Abs. 3 CPP).

Da die soeben skizzierten Belehrungen ausweislich des Gesetzeswortlauts allesamt „umgehend“ im Anschluss an die Anordnung der *garde à vue* zu gewähren sind (Art. 63-1 Abs. 1 CPP), stellt sich die Frage, inwieweit im weiteren Verlauf der Maßnahme zusätzliche Informationen zur Verfügung zu stellen oder Hinweise erneut zu erteilen sind. Obwohl das Gesetz dies nicht ausdrücklich vorschreibt, sind Entscheidungen über die Verlängerung der Maßnahme dem *gardé à vue* umgehend mitzuteilen, weil er anderenfalls faktisch daran gehindert wäre, diejenigen Rechte, die ihm im Verlängerungsfall *auf Verlangen* ein weiteres Mal zustehen (Recht auf ärztliche Untersuchung, Art. 63-3 Abs. 1 Satz 2 CPP; Recht auf 30-minütige Unterredung mit dem Verteidiger, Art. 63-4 Abs. 3 CPP), geltend zu machen; ebenfalls über den strikten Gesetzeswortlaut hinaus wird angenommen, dass auf das „Wiederaufleben“ dieser Rechte gleichzeitig mit der Kommunikation der Verlängerungsentscheidung(en) – erneut⁴⁴⁴ – hinzuweisen ist.⁴⁴⁵

Im Fall einer nachträglichen Änderung der rechtlichen Qualifikation oder des Hinzutretens eines weiteren Tatvorwurfs soll eine Berichtigung bzw. ein erneuter Hinweis hinsichtlich der angenommenen Straftat nur dann erforderlich sein, wenn sich daraus Auswirkungen auf das einschlägige Regime der *garde à vue* ergeben, z.B. weil nunmehr der Verdacht einer Katalogtat der organisierten Kriminalität i.S.v. Art. 706-73 CPP besteht; insoweit wird es grundsätzlich für ausreichend erachtet, wenn die Berichtigung erst bei Gelegenheit der für die Verlängerung der Maßnahme über 48 Stunden hinaus erforderlichen richterlichen Vorführung zur Kenntnis gebracht wird.⁴⁴⁶ Korrigiert allerdings der Staatsanwalt die ihm von der

⁴⁴² Die Formulare existieren inzwischen in 29 Sprachen und sind abrufbar unter www.justice.gouv.fr/justice-penale-11330/garde-a-vue-12405/ [Stand: 12/2014]. Liegt der *garde à vue* eine Straftat der organisierten Kriminalität (Art. 706-73 CPP) zugrunde, so werden spezielle, auf das *régime dérogatoire* abgestimmte Formulare bereitgestellt.

⁴⁴³ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 188; Ziff. III des Circulaire vom 23.5.2011.

⁴⁴⁴ Über die im Verlängerungsfall bestehenden Rechte ist bereits zu Beginn der *garde à vue* zu belehren, vgl. Art. 63-1 Abs. 1 CPP sowie die Muster-Belehrungsformulare.

⁴⁴⁵ Crim. 30.1.2001, Bull. n° 26; Ziff. III.5.1 des Circulaire vom 23.5.2011; *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 817, 835. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2569-1 monieren insoweit die Lückenhaftigkeit und Inkohärenz der gesetzlichen Regelung.

⁴⁴⁶ Crim. 7.6.2006, Bull. n° 157; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 185; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2550. I.d.S. wohl auch Crim. 11.2.2014, Bull. n° 38; krit. *Royer*, AJ Pén. 2014, 369.

Polizei zu Beginn der Maßnahme mitgeteilte rechtliche Qualifikation, so ist seit 2011 eine umgehende Erneuerung des Hinweises gesetzlich vorgeschrieben (Art. 63 I Abs. 2 Satz 3 Hs. 2 i.Vm. Art. 63-1 Abs. 1 Nr. 2 CPP). Die Schweigerechtsbelehrung ist wie bereits ausgeführt nur einmal, nämlich zu Beginn der Maßnahme, zu erteilen. Eine erneute Belehrung, etwa zu Beginn der Vernehmung, findet nicht statt.⁴⁴⁷ Wird der Betroffene jedoch nach Beendigung der Polizeihaft dem Staatsanwalt vorgeführt (*défèrement*), so gelten seit 2014 erneut umfassende Unterrichtungspflichten (Art. 393 CPP n.F.).

Bei dem eigenen Akteneinsichtsrecht des Polizeihäftlings, das mit Gesetz vom 27.5.2014 geschaffen wurde, besteht die Besonderheit, dass diesem – anders als dem Anwalt – anstelle der Originalunterlagen auch Kopien vorgelegt werden können (Art. 63-4-1 Abs. 2 a.E. CPP). Der Umstand, dass der Zugang zu den Unterlagen ausweislich der einschlägigen Belehrungsvorschrift in Art. 63-1 CPP zwar so schnell wie möglich, spätestens aber erst vor einer etwaigen Verlängerung der Maßnahme (also vor Ablauf von 24 Stunden) zu gewähren ist, dürfte den Polizeibeamten in zeitlicher Hinsicht einige Handlungsspielräume eröffnen.

2. Recht auf Kontakt nach außen

Der *gardé à vue* kann seit 1993 verlangen, dass eine der abschließend im Gesetz genannten nahestehenden Personen (Person, mit der der Betroffene gewöhnlich zusammenlebt, Elternteil, Geschwister, Betreuer oder Vormund) sowie – seit 2011 kumulativ – sein Arbeitgeber telefonisch von der Maßnahme benachrichtigt werden (Art. 63-2 Abs. 1 CPP).⁴⁴⁸ Die Benachrichtigung hat binnen drei Stunden nach der Geltendmachung des Verlangens zu erfolgen, es sei denn, ihr stehen unüberwindbare Umstände (*circonstances insurmontables*) entgegen, die im Protokoll zu vermerken sind (Art. 63-2 Abs. 3 CPP). Ausweislich der Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums soll es sich dabei um externe, materielle Hindernisse wie etwa einen Stromausfall oder eine Störung der telefonischen Leitungen handeln.⁴⁴⁹ Das Benachrichtigungsrecht erfüllt nicht nur eine wichtige psychologische Funktion, sondern es ist auch insofern von Bedeutung, als die benachrichtigte Person ein Vorschlagsrecht bei der Auswahl des Wahlverteidigers (Art. 63-3-1 Abs. 3 CPP) hat und Familienangehörige (*un membre de sa famille*) eine medizinische Untersuchung des *gardé à vue* verlangen können (Art. 63-3 Abs. 3 CPP).

Da das Benachrichtigungsrecht zugleich als potenzielle Gefahr für die Effektivität und Sicherheit der Ermittlungen wahrgenommen wird, ist es entsprechend rest-

⁴⁴⁷ Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 185; Ziff. III.4 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁴⁴⁸ Ausländer können darüber hinaus die Benachrichtigung der konsularischen Vertretung ihres Landes veranlassen (Art. 62-2 Abs. 3 Satz 3 CPP).

⁴⁴⁹ Ziff. III.2.2.2 des Circulaire vom 23.5.2011; siehe außerdem Crim. 7.6.2011, n° 10-85.565; Civ. 1re, 27.3.2007, Bull. n° 133.

riktiv ausgestaltet.⁴⁵⁰ Die telefonische Benachrichtigung erfolgt nicht durch die festgehaltene Person selbst, sondern durch einen Polizisten, den in diesem Fall lediglich eine Tätigkeits-, keine Erfolgspflicht trifft, und der die Zielperson einzig und allein über die Anordnung der *garde à vue* als solche informiert, ohne ihr sonstige Umstände mitzuteilen.⁴⁵¹ Im Übrigen kann das Benachrichtigungsverlangen relativ einfach – weil ohne konkretisierende gesetzliche Vorgaben – zurückgewiesen werden. Ist der höhere Polizeibeamte der Auffassung, dass er aufgrund der „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ (*nécessités de l'enquête*) der Anforderung nicht nachzukommen braucht, so legt er die Sache unverzüglich dem Staatsanwalt vor, der die Entscheidung über die Gewährung der Benachrichtigung nach eigenem Ermessen trifft (Art. 63-2 Abs. 2 CPP). Das Gesetz verlangt hierfür keine Begründung; lediglich die Entscheidung als solche muss in irgendeiner Form aktenkundig gemacht werden.⁴⁵² Die Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums folgern aus der Bestimmung, dass der Staatsanwalt zum Zwecke der Ablehnung des Benachrichtigungsersuchens angerufen werden muss, wenn die Benachrichtigung den geordneten Ablauf der Ermittlungen stören könnte oder die Gefahr einer Beweisbeeinträchtigung besteht. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Dritte möglicherweise in die Sache involviert ist (*impliqué dans l'affaire*) oder, allgemeiner, wenn eine Unsicherheit über seine Eigenschaft (*sa qualité*) besteht.⁴⁵³

Lediglich für den Fall einer – nur bei organisierter terroristischer Kriminalität i.S.v. Art. 706-73 Nr. 11 CPP möglichen – Ausnahmeverlängerung der Maßnahme über vier Tage hinaus sieht das Gesetz vor, dass der Betroffene, dessen Benachrichtigungsverlangen zuvor gemäß Art. 63-2 Abs. 2 CPP abgelehnt worden ist, dieses Ersuchen nach Ablauf der 96. Stunde wiederholen kann (Art. 706-88-1 Abs. 4 CPP). Im Umkehrschluss bedeutet dies scheinbar, dass die Ablehnung des Benachrichtigungsverlangens in allen anderen Fällen dazu führt, dass das Begehren nicht erneut artikuliert werden kann. Allerdings soll der Staatsanwalt ausweislich der Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums in seiner Ablehnungsentscheidung einen Zeitpunkt bestimmen, an dem die Benachrichtigung stattfindet oder aber das Benachrichtigungsersuchen zumindest erneut geprüft wird.⁴⁵⁴

⁴⁵⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2585-1; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 146.

⁴⁵¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2585-1 f.

⁴⁵² Ziff. III.2.2.2 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁴⁵³ Ebda.

⁴⁵⁴ Ebda.

3. Recht auf anwaltlichen Beistand

a) Überblick und Entstehung

Angesichts der Tatsache, dass die extralegale Entstehung der Maßnahme gegen Ende des 19. Jahrhunderts durch die Zulassung des Verteidigers in der gerichtlichen Voruntersuchung bedingt war, den es fortan durch eine Vorverlagerung der Befragungen in das polizeiliche Ermittlungsverfahren gerade zu umgehen galt, überrascht es kaum, dass der Zugang des *gardé à vue* zu einem Anwalt bis heute zu den rechtspolitisch umstrittensten Fragen des Strafprozessrechts gehört.⁴⁵⁵ Das Misstrauen der Strafverfolgungsbehörden gegenüber dem Verteidiger als potenziellem Hindernis für die Effektivität der auf Wahrheitssuche – und traditionell: auf die frühzeitige Erlangung eines Geständnisses – gerichteten polizeilichen Ermittlungen, aber auch das Vertrauen auf einen hinreichenden Schutz der Interessen des Betroffenen durch die Kontrolle der Staatsanwaltschaft als Teil der *autorité judiciaire*, werden meist als Erklärungsfaktoren für die Widerstände gegen die Zulassung des Anwalts angeführt.⁴⁵⁶ Die Einsicht, dass der Zugang zu einem Verteidiger auch außerhalb der inzwischen lediglich in ca. 2 % aller Verfahren stattfindenden *instruction* und zumindest im Zusammenhang mit der *garde à vue* als der eingriffsinintensivsten und das weitere Verfahren entscheidend prägenden Maßnahme der *enquête* rechtsstaatlich unverzichtbar ist, sollte sich denn erst – aber immerhin – zur Jahrtausendwende hin *peu à peu* durchsetzen.⁴⁵⁷

Mit dem Gesetz vom 4.1.1993 erhielt der Anwalt des *gardé à vue* erstmalig Zutritt zum Polizeirevier. Seine Intervention war jedoch auf ein 30-minütiges Gespräch mit dem Betroffenen beschränkt, das von diesem frühestens 20 Stunden nach Beginn der Maßnahme eingefordert werden konnte. Da dem Anwalt die Einsichtnahme in die Verfahrensakten verwehrt war und er den Vernehmungen nicht beiwohnen durfte, war seine Rolle auf eine allenfalls oberflächliche Kontrolle der Maßnahme und eine moralisch-psychologische Unterstützung des Betroffenen beschränkt, wohingegen eine eigentliche Verteidigung im Sinne eines rechtlichen Beistands im Grunde nicht in Betracht kam.⁴⁵⁸ Wengleich das Gesetz vom 15.6.2000 gewisse Fortschritte brachte, indem die Unterredung mit dem Anwalt jetzt bereits zu Beginn der Maßnahme und im Fall einer Verlängerung über 24 Stunden hinaus erneut beansprucht werden konnte, änderte dies nichts an der restriktiven Grundkonzeption der Verteidigerfunktion in der *garde à vue*. Unter dem Eindruck des Verdikts des C. const. vom 30.7.2010 und der – von der Cour de cassation rezipierten – Rechtsprechung des EGMR wurde das Recht des *gardé à*

⁴⁵⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2590; *Dumontet*, AJ Pén. 2004, 275.

⁴⁵⁶ *Hodgson*, EJC 2004, 171; *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 160 ff.; *Pradel*, D. 2001, 1043 f.

⁴⁵⁷ Vgl. C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC.

⁴⁵⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2590.

vue auf anwaltlichen Beistand durch die große Reform vom 14.4.2011 grundlegend umgestaltet und massiv aufgewertet.⁴⁵⁹ Die gesetzliche Neuregelung ist entsprechend umfangreich geraten: Beschränkte sich die Normierung des Verteidigerbeistands bislang im Wesentlichen auf eine einzelne Gesetzesvorschrift (Art. 63-4 CPP a.F.), so erstreckt sich die Neuregelung in den Art. 63-3-1 bis 63-4-5 CPP nunmehr auf sieben ausführliche Artikel. Sonderregelungen enthalten darüber hinaus die Spezialvorschriften für organisierte Kriminalität (Art. 706-88 f. CPP).

War die *garde à vue* in den vergangenen 20 Jahren der einzige Verfahrensabschnitt, in dem der Verdächtige bereits in der *enquête* die Möglichkeit hatte, einen Verteidiger zu strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen hinzuzuziehen, so wurde dieses Monopol mit der Neuregelung der *audition libre* durch Gesetz vom 27.5.2014 mit Wirkung zum 1.1.2015 – endlich – aufgebrochen (dazu oben A.4.).

b) Inhaltliche Ausgestaltung

Bereits die 2011 geschaffene Grundnorm des Art. 63-3-1 Abs. 1 CPP bringt die Aufwertung des Verteidigerkonsultationsrechts gegenüber der früheren Rechtslage gut sichtbar zum Ausdruck. Gegenstand ist nicht mehr nur die Unterredung mit (*peut demander à s'entretenir avec*, vgl. Art. 63-4 Abs. 1 CPP a.F.), sondern der Beistand durch den Anwalt (*peut demander à être assisté[e] par*). Im Übrigen stellt der neue Art. préI. III Abs. 7 CPP in allgemeingültiger Weise klar, dass eine Verurteilung nicht allein auf Grundlage solcher Erklärungen ergehen darf, die der Verdächtige – innerhalb oder außerhalb einer *garde à vue* – abgegeben hat, ohne dass er sich zuvor mit einem Anwalt unterhalten *und* sich seines Beistands bedienen konnte (siehe oben I.C.2.c.bb.).

aa) Auswahl und Beiordnung des Verteidigers

Die Auswahl des Verteidigers obliegt grundsätzlich dem *gardé à vue* (Art. 63-3-1 Abs. 1 CPP).⁴⁶⁰ Besteht jedoch der Verdacht eines Interessenkonflikts, so entscheidet der Vorsitzende der Anwaltskammer (*bâtonnier*) über seine Ersetzung durch einen anderen Anwalt (Art. 63-3-1 Abs. 5 CPP). Die durch das Gesetz vom 15.4.2011 für Terrorismusstraftaten geschaffene Einschränkung des freien Verteidigerwahlrechts, derzufolge, je nach Verfahrensstadium, der Grundrechte- und Haftrichter bzw. der Untersuchungsrichter befugt sein sollte, die Vertretung durch einen anderen als den selbstbestimmten Anwalt anzuordnen, der vom Vorsitzenden

⁴⁵⁹ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, § 28; Pradel, Proc. pén., Rn. 544, spricht insoweit von einer „Revolution“.

⁴⁶⁰ Dies gilt auch dann, wenn die gemäß Art. 63-2 CPP benachrichtigten Personen von ihrem Recht, einen Verteidiger vorzuschlagen, Gebrauch machen, da es einer Bestätigung der Auswahl durch den Betroffenen bedarf (Art. 63-3-1 Abs. 3 CPP).

der Anwaltskammer aus einer eigens dazu erstellten Liste ausgewählt wird (Art. 706-88-2 CPP), wurde vom C. const. für verfassungswidrig erklärt. Es verstoße gegen die verfassungsrechtlich geschützten Verteidigungsrechte und den Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers, wenn dieser den Ausschluss des freien Verteidigerwahlrechts lediglich an einer bestimmten Straftatenkategorie festmache und die Entscheidung im Übrigen ohne Vorgabe weiterer Kriterien und ohne ein Begründungserfordernis dem Richter überlasse.⁴⁶¹

Ist der *gardé à vue* außerstande, selbst einen Anwalt zu benennen, oder ist der von ihm gewählte Anwalt nicht erreichbar, so kann er verlangen, dass ihm vom Vorsitzenden der Anwaltskammer von Amts wegen ein Anwalt beigeordnet wird (*avocat commis d'office*, Art. 63-3-1 Abs. 1 CPP).⁴⁶² Die gesetzlich festgesetzten Gebührensätze werden dabei, wie schon nach bisherigem Recht, zunächst aus der Staatskasse beglichen; liegen die Voraussetzungen der einkommensgebundenen Prozesskostenhilfe (*aide juridictionnelle*) nicht vor, so hat der Staat jedoch einen Kostenregressanspruch gegen den Betroffenen.⁴⁶³

Die flächendeckende – d.h. auch in abgelegenen Regionen, sensiblen Vierteln sowie zu Nacht- und Wochenendzeiten – Gewährleistung der Verfügbarkeit eines Anwalts über entsprechende Bereitschaftsdienste hat die Anwaltskammern vor erhebliche organisatorische und materielle Herausforderungen gestellt.⁴⁶⁴ Aufgrund der quantitativen Bedeutung der Maßnahme, des Zeitdrucks, unter dem die Reform 2011 verabschiedet und umgesetzt werden musste, der Tatsache, dass im Moment ihres Inkrafttretens die Vergütung der Anwälte noch nicht geregelt war und nicht zuletzt wegen der mit den gesteigerten anwaltlichen Interventionsmöglichkeiten verbundenen höheren Arbeitsbelastung entstanden in der Anfangszeit nach Inkrafttreten der Neuregelung – auch streikbedingte⁴⁶⁵ – Engpässe, die zur Folge hatten, dass dem Begehren der *gardés à vue* auf anwaltlichen Beistand vielfach nicht entsprochen werden konnte,⁴⁶⁶ inzwischen hat sich die Situation jedoch entspannt.

⁴⁶¹ C. const. 17.2.2012, n° 2011-223 QPC; *Perrier*, AJ Pén. 2012, 342; *Chavent-Leclère*, Procédures 2012, Comm. n° 126.

⁴⁶² Die Verpflichtung des vom *bâtonnier* bezeichneten Anwalts, die *garde à vue*-Vertretung zu übernehmen, ist verfassungskonform, CE 28.12.2012, n° 351873: keine unzulässige Zwangsarbeit (*travail forcé*); siehe dazu *Allain*, AJ Pén. 2013, 119.

⁴⁶³ Siehe Art. 64-1 ff. des Gesetzes n° 91-647 vom 10.7.1991 über die Prozesskostenhilfe und Dekret n° 2011-810 vom 6.7.2011. Siehe zu diesem Dekret das Circulaire vom 12.7.2011; weiterführend *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 517 f.

⁴⁶⁴ *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 166.

⁴⁶⁵ Um ihren Unmut über die aus ihrer Sicht unbefriedigenden Reformrahmenbedingungen zum Ausdruck zu bringen, verweigerten zahlreiche Anwaltskammern zunächst die Umsetzung der Beordnungsregelung, siehe www.leparisien.fr/seine-et-marne-77/garde-a-vue-la-greve-des-avocats-se-poursuit-05-07-2011-1520671.php [Stand: 12/2014].

⁴⁶⁶ Im Zeitraum zwischen April und Mai 2011 konnte offenbar nur in *einem Drittel* der Fälle auf Verlangen tatsächlich ein Anwalt beigeordnet werden, siehe www.lefigaro.fr/flash-actu/2011/05/12/97001-20110512FILWWW00650-garde-a-vue-l-avocat-vient-l-fois-

Die Rechtmäßigkeit der Maßnahme bleibt zwar von dem Scheitern der Beordnung unberührt, da die Polizeibeamten lediglich alle zumutbaren Anstrengungen unternehmen müssen, um dem Vorsitzenden der Anwaltskammer die umgehende Verteidigerbestellung zu ermöglichen, ohne dass sie dabei eine Erfolgspflicht trifft.⁴⁶⁷ Ob in diesem Fall jedoch eine Verurteilung auf ausschließlicher Grundlage derjenigen Erklärungen erfolgen darf, die der Betroffene abgegeben hat, ohne zuvor die Unterstützung eines Anwalts in Anspruch genommen haben zu können, erscheint im Hinblick auf Art. préI. III Abs. 7 CPP fraglich. Wenngleich der Wortlaut dieser Bestimmung nicht nach dem Ursprung der Unmöglichkeit der Verteidigerinanspruchnahme differenziert, gehen die Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums davon aus, dass die Vorschrift nicht einschlägig sein soll, wenn die fehlende Möglichkeit der Verteidigerkonsultation der Polizei nicht zurechenbar ist, sondern auf einer Entscheidung der Anwaltskammer bzw. des Anwalts selbst beruht.⁴⁶⁸

Erklärt der *gardé à vue*, einen Verteidiger zu Rate ziehen zu wollen, so ist dieser – ggf. unter Vermittlung des Vorsitzenden der Anwaltskammer – umgehend zu kontaktieren und über die „Natur der Straftat“ (siehe oben I.b.) und ihr vermutetes Datum zu informieren (Art. 63-3-1 Abs. 4 CPP); eine Angleichung dieser anwaltlichen Unterrichtung an die Neufassung von Art. 63-1 CPP (Belehrung über rechtliche *Qualifikation* der Tat sowie Tatzeit und Tatort) hat der Gesetzgeber 2014 bedauerlicherweise versäumt. Anderenfalls muss der freiwillige und unzweideutig artikuliert Verzicht des ordnungsgemäß über seine Rechte belehrten Verdächtigen eindeutig aus der Verfahrensakte hervorgehen.⁴⁶⁹ Der einmal erklärte Verzicht hindert die festgehaltene Person nicht daran, jederzeit ihre Meinung zu ändern und

sur-3.php [Stand: 12/2014]. Die Eindrücke, die der Verf. anlässlich eines zu diesem Zeitpunkt auf einem Polizeirevier im Großraum Paris verbrachten Forschungsaufenthalts gewonnen hat, bestätigen und verschärfen diesen Befund. Im Verlauf der zwei vor Ort verbrachten Tage konnte entsprechenden Begehren streikbedingt *nicht ein einziges Mal* Rechnung getragen werden.

⁴⁶⁷ Crim. 12.3.1997, Bull. n° 99: Scheitert die Beordnung eines Anwalts daran, dass die Anwaltskammer die Arbeit kollektiv niedergelegt hat, so kann der Polizei wegen des Vorliegens eines „unüberwindbaren Hindernisses“ (*circonstance insurmontable*) kein Vorwurf gemacht werden; siehe auch Ziff. III.5.2.1 des Circulaire vom 23.5.2011, wonach der vergebliche Anrufversuch bzw. das Hinterlassen einer Nachricht auf dem Anrufbeantworter des *bâtonnier* für die Erfüllung der *obligation de moyen* ausreichen soll. Zum Ganzen *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 166; *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 363; Crim. 10.5.2001, Bull. n° 118.

⁴⁶⁸ Ziff. IV.1.2 des Circulaire vom 23.5.2011 mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung des EGMR; anders offenbar *Pradel*, Proc. pén., Rn. 546, Ziff. 4, der der Ursache für das Scheitern des Anwaltszugangs (z.B. Verstreichenlassen der Karenzfrist) keine Bedeutung beizumessen scheint.

⁴⁶⁹ Ziff. III.5.1 des Circulaire vom 12.7.2011 zum Dekret vom 6.7.2011 betreffend die Gerichtshilfe zur Anwaltsintervention in der *garde à vue*; Crim. 17.1.2012, n° 11-86.797; *Lavric*, D. 2012, 503; krit. zur Möglichkeit des Verzichts *Veil/Père*, D. 2012, 2400.

sich nachträglich für die Hinzuziehung eines Anwalts zu entscheiden, welche auch in diesem Fall umgehend zu veranlassen ist.⁴⁷⁰

bb) Modalitäten der Verteidigerintervention

Der unmittelbare anwaltliche Beistand wird seit 2011 im Wesentlichen in zwei Formen verwirklicht: Neben das maximal 30-minütige, vertrauliche Verteidigergespräch, das zu Beginn der Maßnahme und in jedem Verlängerungsfall erneut eingefordert werden kann (Art. 63-4 CPP), tritt nun erstmals die Möglichkeit des Verteidigers, Vernehmungen und Gegenüberstellungen des Verdächtigen im Rahmen der *garde à vue* auf dessen Verlangen hin beizuwohnen (Art. 63-4-2 CPP).⁴⁷¹ Ein solches Anwesenheitsrecht besteht dagegen nicht im Hinblick auf andere, während der *garde à vue* durchgeführte Ermittlungshandlungen, etwa eine Wohnungsdurchsuchung im Beisein des Verdächtigen, bei der diesem die beschlagnahmten Gegenstände zur Identifikation (*pour reconnaissance*) vorgelegt werden können (Art 54 CPP).⁴⁷² Wenngleich die im Vorfeld der Verlängerung der Maßnahme grundsätzlich erforderliche, in der Praxis aber ausgesprochen seltene *présentation* des Verdächtigen vor den zuständigen *magistrat* keine Vernehmung (*audition*) im Sinne dieser Vorschrift darstellt – zumal sie weniger der Erlangung neuer Informationen als vielmehr der Gewährung rechtlichen Gehörs dienen soll (vgl. oben C.3.a.) – ziehen die ministeriellen Anwendungsrichtlinien eine (analoge?) Anwendung von Art. 63-4-2 CPP in Erwägung, wenn der *gardé à vue* sich zum Tatvorwurf erklären möchte.⁴⁷³

Der Ablauf der Vernehmung bzw. Gegenüberstellung im Beisein des Verteidigers ist in Art. 63-4-3 CPP geregelt: Die Leitung liegt beim Polizeibeamten, der sie im Fall von – gesetzlich nicht näher präzisierten – „Schwierigkeiten“ (*en cas de difficulté*) abrechnen und den Staatsanwalt benachrichtigen kann, damit dieser ggf. den *bâtonnier* um die Bestimmung eines anderen Verteidigers ersucht. Der Anwalt ist erst nach Abschluss der Vernehmung bzw. Gegenüberstellung berechtigt, Fra-

⁴⁷⁰ Crim. 5.11.2013, Bull. n° 213; 14.12.2011, n° 11-81.329; *de Combles de Nayves*, AJ Pén. 2014, 90; *Chavent-Leclère*, Dr. pén. 2014, Comm. n° 23; *Gallois*, AJ Pén. 2012, 170; *Maron/Haas*, Dr. pén. 2012, Comm. n° 44, 49.

⁴⁷¹ Findet eine Gegenüberstellung des *gardé à vue* mit dem Tatopfer (*victime*) statt, so kann Letzteres gemäß Art. 63-4-5 CPP ebenfalls den Beistand eines Verteidigers verlangen.

⁴⁷² Vgl. Ziff. III.5.4.3 des Circulaire vom 23.5.2011, wo eine Wertungsdiskrepanz gelehnet wird, weil eine etwaig aufgenommene Erklärung des Verdächtigen nur punktuellen, objektbezogenen Charakter habe und er ja zu Beginn der *garde à vue* über sein Schweigerecht belehrt worden sei. Die mit dem neuen Art. préI. III Abs. 7 CPP entstandene Problematik des Beweiswerts der betreffenden Aussagen wird allerdings erkannt.

⁴⁷³ Ziff. II.3.1.2 des Circulaire vom 23.5.2011. Dies ist insofern einigermaßen beachtlich, als es die ministeriellen Rundschreiben und höchstrichterlichen Judikate den Ermittlungsbehörden ansonsten in aller Regel ausdrücklich versagen, dem Betroffenen Rechte zu gewähren, die das Gesetz ihm nicht explizit einräumt.

gen an den *gardé à vue* zu stellen. Diese können vom Polizeibeamten nur zurückgewiesen werden, wenn sie dem geordneten Ablauf des Verfahrens schaden, was im Protokoll zu vermerken ist (Art. 63-4-3 Abs. 2 CPP).⁴⁷⁴ Vom Gesetz nicht geklärt ist, inwieweit der Verteidiger bereits während der Vernehmung anderweitig aktiv werden kann, ob er also beispielsweise seinem Mandanten empfehlen darf, von seinem Schweigerecht Gebrauch zu machen. Ein erstes Rundschreiben des Justizministeriums schien dies zu verneinen, da das erst nach der Vernehmung zulässige Fragenstellen mit sonstigen Interventionen gleichgesetzt wurde.⁴⁷⁵ In den Anwendungsrichtlinien ist diese Gleichstellung weggefallen, wobei darin allerdings von sonstigen Interventionen des Anwalts während oder nach der Vernehmung überhaupt keine Rede mehr ist.⁴⁷⁶ Nachdem die Handlungsmöglichkeiten des Verteidigers in der *enquête* herkömmlich von dem Grundsatz geprägt sind, dass ihm letztlich nur das gestattet ist, was im Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, bleibt abzuwarten, welche Entwicklungen sich in der Praxis ergeben werden.⁴⁷⁷

Komplettiert werden diese beiden Erscheinungsformen des Verteidigerbestands – 30-minütige Unterredung und Anwesenheit bei Vernehmungen und Gegenüberstellungen – durch ein (stark) eingeschränktes Akteneinsichtsrecht, das 2011 neu in das Gesetz aufgenommen wurde, sowie ein Recht zur Abgabe einer schriftlichen Stellungnahme:

Art. 63-4-1 CPP gewährt dem Verteidiger auf Verlangen⁴⁷⁸ erstmals bereits in der *garde à vue* den Zugang zu bestimmten, enumerativ aufgezählten Bestandteilen der Polizeiakte, namentlich dem gemäß Art. 63-1 Abs. 4 CPP erstellten Protokoll über die Anordnung der *garde à vue*, dem ggf. gemäß Art. 63-3 CPP erstellten ärztlichen Gutachten sowie den Vernehmungsprotokollen der von ihm vertretenen Per-

⁴⁷⁴ Etwaige Verstöße muss der Verteidiger im Wege von schriftlichen Anmerkungen nach Abs. 3 (dazu sogleich) beim Staatsanwalt rügen, Crim. 20.11.2013, n° 13-84.280; *Chavent-Leclère*, Dr. pén. 2014, Comm. n° 24.

⁴⁷⁵ Ziff. II.2.3.3 des Circulaire vom 15.4.2011: „Dans ce cadre, l’avocat ne pourra évidemment intervenir ou poser des questions à la personne gardée à vue qu’à l’issue de chaque interrogatoire ou confrontation“; krit. *Vergès*, Proc. pén., Rn. 286; *Boudot/Grazzini*, AJ Pén. 2012, 513 f.

⁴⁷⁶ Ziff. III.5.4.3 des Circulaire vom 23.5.2011: „Dans ce cadre, l’avocat pourra évidemment poser – et non faire poser – des questions à la personne gardée à vue, mais seulement à l’issue de chaque audition ou confrontation.“

⁴⁷⁷ Siehe zur Rechtsunsicherheit in der Praxis *Boudot/Grazzini*, AJ Pén. 2012, 513 f. Aus Gesprächen, die der Verf. mit Rechtsanwälten und Polizeibeamten führten konnte, ergab sich das Bild eines von gegenseitigem Respekt geprägten, sachlich-kollegialen Verhältnisses: Um „Provokationen“ zu vermeiden, wird der Anwalt seinem Mandanten nur selten direkt ins Wort fallen, um ihn zum Schweigen zu bewegen; umgekehrt zeigen sich auch die Polizeibeamten ihrerseits vergleichsweise kooperativ und beanstanden es i.d.R. nicht, wenn der Anwalt bereits während der laufenden Vernehmung zu intervenieren wünscht.

⁴⁷⁸ Crim. 18.12.2012, Bull. n° 281: ausdrückliches und eindeutiges Verlangen nötig.

son.⁴⁷⁹ Die Anfertigung von Kopien ist ausdrücklich ausgeschlossen, allerdings darf der Anwalt sich Notizen machen. Während die Anwaltschaft den lückenhaften Charakter dieses partiellen Akteneinsichtsrechts kritisiert und im Schrifttum Zweifel an dessen Konventionskonformität geäußert werden, hat die Cour de cassation entschieden, dass es ihrer Auffassung nach mit Art. 6 Abs. 3 EMRK in Einklang steht, weil es ausreiche, dass ein vollständiges Akteneinsichtsrecht in späteren Verfahrensabschnitten (gerichtliche Voruntersuchung, Gerichtsverfahren) besteht.⁴⁸⁰ Seit 2014 steht dieses Minimalakteneinsichtsrecht auch dem Polizeihäftling selbst zu (siehe oben 1.b.). Die im Gesetzgebungsverfahren in Erwägung gezogene Erweiterung dahingehend, dass der Anwalt des *gardé à vue* Zugang zur gesamten Verfahrensakte erhalten solle, konnte sich (noch?) nicht durchsetzen.⁴⁸¹

Art. 63-4-3 Abs. 3 CPP erstreckt das bereits vor 2011 vorgesehene Recht des Verteidigers, nach jeder Unterredung mit seinem Mandanten schriftliche Anmerkungen (*observations écrites*) zu formulieren (Art. 63-4 Abs. 4 CPP a.F.), auf die Situation im Anschluss an die Vernehmung bzw. Gegenüberstellung. Die Stellungnahmen werden der Verfahrensakte beigelegt und können vom Verteidiger während der *garde à vue* an den Staatsanwalt weitergeleitet werden. Abgesehen von dieser Mitteilung ist es dem Anwalt während der Dauer der *garde à vue* streng untersagt, Dritten Inhalte offenzulegen, die er in ihrem Kontext erlangt hat (Art. 63-4-4 CPP).⁴⁸²

⁴⁷⁹ Ein vollständiges Akteneinsichtsrecht steht dem Verteidiger in der *enquête* selbst nur im Fall des Art. 706-105 Abs. 2 CPP (sechs Monate nach Ende der *garde à vue* in einem Verfahren, in dem die Spezialvorschriften für organisierte Kriminalität zur Anwendung gekommen sind, ohne dass der Betroffene zwischenzeitlich über den weiteren Fortgang des Verfahrens informiert wurde) zu. Sowohl das 2011 neu geschaffene Akteneinsichtsrecht aus Art. 803-3 Abs. 4 Satz 2 CPP (im Fall eines der Vorführung vor den Staatsanwalt vorgelagerten Aufenthalts im Justizkerker nach Beendigung der *garde à vue*, sog. *dépôt*) als auch das Akteneinsichtsrecht aus Art. 393 Abs. 3 CPP (das seit 2014 auch dem Verdächtigen selbst zusteht und anders als zuvor nicht erst eröffnet ist, wenn der Staatsanwalt sich im Vorführtermin für die Einleitung des Hauptverfahrens entscheidet, sog. *poursuites*) sind bereits an der Schwelle der Überleitung des Verfahrens in das gerichtliche Verfahren angesiedelt und daher der *enquête* i.e.S. nachgelagert.

⁴⁸⁰ Crim. 19.3.2014, n° 13-80.884; 6.11.2013, n° 13-80.884; 26.6.2013, Bull. n° 164; 19.9.2012, n° 11-88.111. Zur Verfassungskonformität bereits C. const. 18.11.2011, n° 2011-191/194/195/196/197 QPC. I.d.S. auch Ziff. III.5.4.2 des Circulaire vom 23.5.2011. Weiterführend *Lesclous*, Dr. pén. 2013, Chronique n° 8, Rn. 27 ff. (die Konventionskonformität und Vereinbarkeit mit EU-Recht bejahend); krit. *Desprez*, D. 2012, 2640; *Boudot/Grazzini*, AJ Pén. 2012, 513; *Girault*, D. 2012, 2246; *Matsopoulou*, JCP G 2011, 910; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2521-1, 2594.

⁴⁸¹ Amendement CL7 von M. *Sergio Coronado*, Commission des lois, 29.4.2014. Siehe dazu *Vergès*, Dr. pén. 2014, Etude n° 15, Rn. 16.

⁴⁸² Verstößt der Anwalt gegen die Geheimhaltungspflicht, droht eine Strafbarkeit aus Art. 226-13 (Verletzung des Berufsgeheimnisses) und Art. 434-7-2 CP (Justizbehinderung). Obwohl das Kommunikationsverbot seit 2011 nur noch „unbeschadet der Ausübung der Verteidigungsrechte“ gilt, erscheint fraglich, ob darin eine Änderung in der Sache liegt.

c) Zeitpunkt

Mit seiner Entscheidung vom 11.8.1993 hat der C. const. nicht nur den Verfassungsrang des Anspruchs des *gardé à vue* auf einen Verteidiger – als Bestandteil der verfassungsrechtlich geschützten Verteidigungsrechte (*droits de la défense*) – anerkannt. Vielmehr hat er zugleich eine die Gesetzgebung bis heute prägende Differenzierung eingeführt zwischen der prinzipiellen Existenz des Rechts auf einen Verteidiger (*le principe*) einerseits und den Ausübungsmodalitäten dieses Rechts (*les modalités d'exercice*) andererseits. Während das Prinzip, das „Ob“ des Verteidigerkonsultationsrechts nicht von vornherein für bestimmte Arten von Straftaten gänzlich ausgeschlossen werden kann, ohne den Gleichheitsgrundsatz zu verletzen, darf das „Wie“ – insbesondere der Zeitpunkt des Zugangs zu einem Verteidiger – auch abweichend geregelt werden, um den unterschiedlichen Situationen Rechnung zu tragen, die sich (u.a.) aus der Natur der einschlägigen Straftaten ergeben können.⁴⁸³ Diesen Ansatz hat sich der Gesetzgeber in der Folge zu eigen gemacht, indem er den Zeitpunkt der Verteidigerintervention einer zunehmend komplexen Regelung mit diversen Retardierungen und Retardierungsmöglichkeiten zugeführt hat. Dass die Strafverfolgungspraxis von den Befugnissen zur ausnahmsweisen Verzögerung des Verteidigerzugangs offenbar nur zurückhaltend Gebrauch macht,⁴⁸⁴ dürfte auch der Tatsache geschuldet sein, dass seit 2011 ausdrücklich im Gesetz klargestellt ist, dass eine Verurteilung nicht allein auf Erklärungen gestützt werden darf, die ein Verdächtiger abgegeben hat, ohne dass er zuvor die Möglichkeit hatte, sich des Beistands eines Anwalts zu bedienen (Art. préI. III Abs. 7 CPP).⁴⁸⁵

aa) Vorübergehender Ausschluss bei bestimmten Straftaten

Gemäß Art. 63-3-1 Abs. 1 CPP besteht der Anspruch auf Verteidigerbeistand heute grundsätzlich von Beginn der *garde à vue* an (*dès le début*). Abweichende Sonderregelungen existieren indes seit jeher für bestimmte Kriminalitätsbereiche. Bereits das Gesetz n° 93-2 vom 4.1.1993, mit dem der Anwalt erstmalig Zutritt zum Polizeirevier erlangt hat, enthielt eine Bestimmung, wonach der Verteidigerzugang bei Straftaten, für die der CPP die *garde à vue* besonderen Verlängerungsmöglichkeiten unterwirft (damals nur Terrorismus- und Betäubungsmitteldelikte, ex-Art. 706-23, 706-29 CPP), nicht schon nach 20 Stunden, sondern erst nach der ersten Verlängerung – also frühestens nach 24 Stunden – möglich sein sollte. Das Gesetz n° 93-1013 vom 24.8.1993 ging einen Schritt weiter, indem es – neben

Zu einer Verurteilung wegen Verstoßes gegen Art. 226-13 CP siehe unlängst Crim. 14.5.2014, n° 13-82.180; zust. *Lesclous*, Dr. pén. 2014, Chronique n° 8, Rn. 21.

⁴⁸³ C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, §§ 12 ff.

⁴⁸⁴ *Boudot/Grazzini*, AJ Pén. 2012, 512.

⁴⁸⁵ Zur unstreitigen Anwendbarkeit dieser Vorschrift auf die nachfolgend zu skizzierenden Retardierungsmöglichkeiten gemäß Art. 63-4-2 und 706-88 CPP siehe nur Ziff. IV.1.2 des Circulaire vom 23.5.2011.

einer Ausweitung des Kreises derjenigen Straftaten, bei denen die Verteidigerintervention fortan auf die 36. Stunde retardiert war – einen generellen Ausschluss des Verteidigers bei den o.g. Terrorismus- und Betäubungsmitteldelikten vorsah. Nachdem dieser prinzipielle Ausschluss vom C. const. entsprechend der oben aufgezeigten Grundsätze als verfassungswidrig verworfen worden war,⁴⁸⁶ ersetzte ihn der Gesetzgeber durch einen zwar weiterhin pauschalen, diesmal jedoch zeitlich begrenzten Ausschluss während der ersten 72 Stunden der – in diesem Fall maximal 96-stündigen – *garde à vue* (Gesetz n° 94-89 vom 1.2.1994). Mit der Loi Perben II vom 9.3.2004 wurde der Anwendungsbereich dieser automatischen Retardierung des Anwaltszugangs weiter ausgedehnt, denn die entsprechende Vorschrift in Art. 63-4 Abs. 7 CPP a.F. erstreckte sich nunmehr auf alle in Art. 706-73 Nr. 3–8, 11 und 15 CPP aufgeführten Straftaten der organisierten Kriminalität.

Mit der – wiewohl naheliegenden – Frage, ob diese zwei- bzw. dreitägige Retardierung in denjenigen Fällen, in denen von der Ausnahmeverlängerungsmöglichkeit der *garde à vue* über 48 Stunden hinaus gar kein Gebrauch gemacht wird, nicht nur eine Verzögerung, sondern letztlich einen Ausschluss des Anwaltszugangs schlechthin darstellen könnte, hat sich der C. const. nicht aufgehalten. Er begnügte sich stattdessen weiterhin mit der lakonischen Formel, wonach eine gleichheitswidrige Einschränkung der Verteidigungsrechte nicht vorliege, weil selbst eine 72-stündige Retardierung nur die Ausübungsmodalitäten des Rechts auf Verteidigerbeistand betreffe, ohne dieses Recht prinzipiell infrage zu stellen.⁴⁸⁷

An der 2011 verabschiedeten Neuregelung, mit der das System eines pauschaltemporären Ausschlusses des Verteidigerzugangs kraft Gesetzes zugunsten einer einzelfallbasierten Lösung aufgegeben wurde, hatte der C. const. keinen Anteil. Nachdem er sich 2010 in zwei Fällen ausdrücklich geweigert hatte, die einschlägigen Vorschriften, die er bereits 2004 für verfassungskonform befunden hatte, im Rahmen von QPC-Verfahren erneut zur Prüfung anzunehmen,⁴⁸⁸ ergriff die Cour de cassation die Initiative und verhalf den vom EGMR in seiner Türkei-Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zum Durchbruch.⁴⁸⁹ Die gesetzliche Neuregelung in Art. 706-88 Abs. 6 CPP trägt den konventionsrechtlichen Vorgaben nunmehr nahezu wörtlich Rechnung: Die bei Terrorismus- und Betäubungsmittel-

⁴⁸⁶ C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, § 15.

⁴⁸⁷ C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC, § 32: „que le nouveau délai, justifié par la gravité et la complexité des infractions concernées, s’il modifie les modalités d’exercice des droits de la défense, n’en met pas en cause le principe“ (H.d.d.A.).

⁴⁸⁸ C. const. 30.7.2010, n° 2010-14/22 QPC, §§ 12 f.; 22.9.2010, n° 2010-31 QPC, § 1.

⁴⁸⁹ Danach ist der pauschale gesetzliche Ausschluss des Verteidigers bei bestimmten Straftaten, sei er auch nur vorübergehender Natur, konventionswidrig. Der festgenommene Verdächtige muss grundsätzlich bereits zu Beginn der Freiheitsentziehung seinen Beistand in Anspruch nehmen können. Ausnahmen sind nur aus zwingenden Gründen aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls zulässig, EGMR, Urt. vom 27.11.2008, *Salduz ./.* *Türkei*, Az.: 36391/02, §§ 52 ff.; Urt. vom 13.10.2009, *Dayanan ./.* *Türkei*, Az.: 7377/03, §§ 30 ff.

strafataten bis zu 72-stündige, bei allen sonstigen Katalogstrafataten der organisierten Kriminalität (Art. 706-73 Nr. 1–2, 4–10, 12–18 CPP) maximal 48-stündige Retardierung der Verteidigerintervention tritt nun nicht mehr automatisch ein, sondern kann nur noch ausnahmsweise und im Einzelfall angeordnet werden, wenn zwingende Gründe (*raisons impérieuses*) vorliegen, die sich aus den besonderen Umständen des Ermittlungsverfahrens ergeben, entweder um die Sammlung oder Sicherung von Beweisen zu ermöglichen oder aber um eine Verletzung von Personen zu verhindern. Die Zuständigkeit für diese Anordnung, die stets schriftlich und begründet zu ergehen hat, ist Gegenstand einer differenzierten Regelung (Art. 706-88 Abs. 7 CPP): In der *enquête* obliegt die Entscheidung über eine Retardierung von maximal 24 Stunden dem Staatsanwalt; soll der Anwaltszugang über diese Zeitspanne hinaus verzögert werden, so entscheidet der Grundrechte- und Haftrichter. In der *instruction* ist dagegen stets der Untersuchungsrichter zuständig.⁴⁹⁰

bb) Wartefrist und Möglichkeit sofortiger Vernehmung

Um zu verhindern, dass das Verteidigerkonsultationsrecht leerläuft, sieht Art. 63-4-2 Abs. 1 Satz 2 CPP eine zweistündige Karenzfrist (*délai de carence*) vor. Erklärt der *gardé à vue*, den Beistand eines Verteidigers in Anspruch nehmen zu wollen, so darf die erste Vernehmung (*la première audition*)⁴⁹¹ grundsätzlich frühestens nach Ablauf von zwei Stunden, gerechnet ab dem Zeitpunkt der (versuchten) Benachrichtigung des Anwalts bzw. des *bâtonnier* begonnen werden, es sei denn, sie hat ausschließlich die Feststellung der Personalien zum Gegenstand. Erscheint der Anwalt erst nach Ablauf dieser Frist und ist die Vernehmung oder Gegenüberstellung bereits im Gange, so ist er sofort hinzuzuziehen; außerdem ist der festgehaltenen Person auf Verlangen eine Unterbrechung zu gewähren, damit sie die Möglichkeit der 30-minütigen Unterredung mit ihrem Anwalt erhält (Art. 63-4 CPP) und damit dieser sein – eingeschränktes – Akteneinsichtsrecht (Art. 63-4-1 CPP) wahrnehmen kann (Art. 63-4-2 Abs. 2 CPP).

Der Staatsanwalt hat jedoch die Möglichkeit, auf Antrag des höheren Polizeibeamten im Wege einer schriftlichen und begründeten Entscheidung den Beginn der Vernehmung bereits vor Ablauf der Karenzfrist – nicht jedoch bevor alle zumutbaren Anstrengungen zur Kontaktierung des Anwalts bzw. des *bâtonnier* unternommen wurden – zu genehmigen, wenn die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ eine sofortige Vernehmung (*audition immédiate*) gebieten (Art. 63-4-2

⁴⁹⁰ Die Verfassungsmäßigkeit von Art. 706-88 Abs. 6-8 CPP wurde jüngst in C. const. 21.11.2014, n° 2014-428 QPC bejaht.

⁴⁹¹ Obwohl das Gesetz dem *gardé à vue* im Nachgang zu jeder Verlängerungsentscheidung ein erneutes 30-minütiges Unterredungsrecht einräumt, ist die Karenzfrist hier also nicht mehr zu beachten; hingegen soll sie über den Wortlaut der Vorschrift hinaus anwendbar sein, wenn der Betroffene seinen ursprünglich erklärten Verzicht auf einen Verteidigerbeistand später zurücknimmt (Ziff. III.5.3.2 des Circulaire vom 23.5.2011).

Abs. 3 CPP). Im Schrifttum wird diese Möglichkeit der Durchbrechung der Karenzfrist kritisiert, da das Gesetz ihr keinen Ausnahmecharakter beizumessen scheint und das Kriterium der *nécessités de l'enquête* bekanntlich überaus vage ist.⁴⁹²

cc) Retardierungsmöglichkeiten

Eine weitergehende Einschränkungsmöglichkeit – die jedoch gegenständlich auf das 2011 neu geschaffene Anwesenheitsrecht begrenzt ist, also nicht das Recht auf ein sofortiges 30-minütiges Gespräch mit dem Verteidiger erfasst⁴⁹³ – sehen die Abs. 4 bis 6 von Art. 63-4-2 CPP vor: Ausnahmsweise kann die Anwesenheit des Anwalts bei Vernehmungen oder Gegenüberstellungen zeitlich um maximal 24 Stunden aufgeschoben werden (*différer la présence* bzw. *report de présence*), wenn dies aus zwingenden Gründen, die sich aus den besonderen Umständen des Ermittlungsverfahrens ergeben, unerlässlich erscheint, um den geordneten Ablauf dringender, auf die Sammlung oder Sicherung von Beweisen gerichteter Ermittlungen zu ermöglichen oder um eine unmittelbar bevorstehende Verletzung von Personen zu verhindern (Abs. 4).⁴⁹⁴ Die sachlichen Voraussetzungen dieser Retardierungsmöglichkeit ähneln denen der vorübergehenden Verteidigerausschlussmöglichkeit nach Art. 706-88 Abs. 6 CPP (vgl. oben aa.), sie ist jedoch, anders als diese, auf das Anwesenheitsrecht bei Vernehmungen und Gegenüberstellungen beschränkt und kommt im Gegenzug bei sämtlichen Straftaten, nicht nur bei solchen der organisierten Kriminalität, in Betracht. Wird von der Befugnis Gebrauch gemacht, so kann dem Verteidiger unter den gleichen Voraussetzungen und für dieselbe Zeitspanne durch gesonderte Entscheidung auch die Einsichtnahme in die Vernehmungsprotokolle der in *garde à vue* befindlichen Person verwehrt werden (Abs. 6).

Beide Entscheidungen ergehen schriftlich und müssen eine qualifizierte Begründung enthalten. Die Annahme der Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands ist durch eine präzise und ausführliche Angabe der entsprechenden Sachverhaltselemente zu begründen (Abs. 5 Satz 3, 6). Zuständig ist zunächst der Staatsanwalt, der auf Antrag des höheren Polizeibeamten die Zulassung der Gegenwart des Verteidiger-

⁴⁹² Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2598-1; Ziff. III.5.2.3 des Circulaire vom 23.5.2011 enthält sich ebenfalls konkretisierender Angaben dazu, welche Gründe bzw. „Notwendigkeiten“ für diese Entscheidung maßgeblich sein sollen.

⁴⁹³ So ausdrücklich Ziff. III.5.3.1.2 des Circulaire vom 23.5.2011; bedenklich daher die – allerdings noch zur alten Rechtslage ergangene – Entscheidung Crim. 17.1.2012, n° 11-86.471, wo – im Hinblick auf Art. 6 Abs. 3 EMRK – auch ein Aufschub des 30-minütigen Verteidigergesprächs wegen „zwingender Gründe“ (hier: Lebensgefahr des Tatopfers) für zulässig erachtet wurde, um sich sofort mit dem *gardé à vue* zum Tatort begeben zu können.

⁴⁹⁴ Vgl. den Sachverhalt in Crim. 17.12.2013, n° 12-84.297, 13-86.565, der sich allerdings vor Inkrafttreten der Neuregelung von 2011 zugetragen hat.

gers bzw. die Einsichtnahme in die Vernehmungsprotokolle bis zu einer Dauer von maximal zwölf Stunden aufschieben kann. Ist ein Verbrechen oder ein mit einer Mindesthöchststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen Gegenstand des Verfahrens, so kann der Grundrechte- und Haftrichter auf Antrag des Staatsanwalts einen weiteren, maximal zwölfstündigen Aufschub genehmigen.⁴⁹⁵

Anders als bei der Durchbrechung der Karenzfrist (Art. 63-4-2 Abs. 3 CPP; vgl. oben bb.) wird aus den hohen materiellen und verfahrensrechtlichen Anforderungen ersichtlich, dass es sich um eine strikte Ausnahme handeln soll. Die Anwendungsrichtlinien des Justizministeriums tragen dieser gesetzgeberischen Vorstellung Rechnung:

„Das Hinausschieben der Gegenwart des Verteidigers darf in der Praxis nur in den allersehrsten Fällen erfolgen. Das einzige Beispiel, das im Verlauf der parlamentarischen Debatten genannt wurde, betraf die Vernehmung einer verdächtigen Person, deren Erklärungen unverzüglich aufgenommen werden müssen, um zu versuchen, das Entführungsoffer lebendig zu bergen.“⁴⁹⁶

Offen bleibt, wie man sich die „Aufnahme der Erklärungen“ in diesem Fall vorstellen darf.

4. Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards

Das Recht des *gardé à vue* auf eine ärztliche Untersuchung (*examen médical*) war bereits in der Ursprungsfassung des CPP vorgesehen, konnte dort allerdings erst nach 24 Stunden – also nur im Fall einer Verlängerung der Maßnahme – eingefordert werden (Art. 64 Abs. 5 CPP a.F.).⁴⁹⁷ Seit der 1993 vorgenommenen Neufassung der Vorschriften in Art. 63-3 CPP kann es auch schon jederzeit vorher geltend gemacht werden, sowie ein weiteres Mal im Fall einer Verlängerung der Maßnahme (Abs. 1 Satz 2). Gesetzlicher Gegenstand und Hauptzweck der Untersuchung war bis 2011 die Feststellung der Tauglichkeit des Betroffenen zum Verbleib in der Haft (*l'aptitude au maintien en garde à vue*, Abs. 4 Satz 2 a.F.).⁴⁹⁸ Darüber hinaus sollte sie aber auch eine abschreckende Wirkung gegenüber den früher häufiger berichteten polizeilichen Übergriffen entfalten und den Ermittlern

⁴⁹⁵ Da das Gesetz – anders etwa als in Art. 706-88 CPP – nicht explizit anordnet, dass der Untersuchungsrichter in der gerichtlichen Voruntersuchung (anstelle des Grundrechte- und Haftrichters) zuständig ist, gehen nach allgemeinen Grundsätzen lediglich die Befugnisse des Staatsanwalts auf ihn über (Art. 154 Abs. 2 CPP). Es bleibt damit auch hier bei der Kompetenzteilung: Über einen Aufschub bis zu einer Dauer von zwölf Stunden entscheidet der Untersuchungsrichter, im Übrigen ist der Grundrechte- und Haftrichter zuständig.

⁴⁹⁶ Ziff. III.5.3.1.1 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁴⁹⁷ Die Möglichkeit der Präsenz eines Arztes in der *garde à vue* wurde anfangs teils kritisch als Ausdruck eines systematischen Misstrauens und einer gesetzlichen Vermutung polizeilicher Brutalität gewertet, vgl. *Lambert*, *Police judiciaire*, S. 96 m.w.N.

⁴⁹⁸ Crim. 9.5.2012, avis n° 9001.

umgekehrt ein Instrument an die Hand geben, um sich gegen unberechtigte Vorwürfe von Misshandlungen während der Haft verteidigen zu können.⁴⁹⁹ Mit Gesetz vom 14.4.2011 wurde der Aufgabenbereich des Arztes entsprechend erweitert, indem er nunmehr ausdrücklich auch alle sonstigen „sachdienlichen Feststellungen“ (*toutes constatations utiles*) trifft, also insbesondere auch solche Verletzungen vermerkt, welche die Hafttauglichkeit nicht infrage stellen (Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 Satz 2).⁵⁰⁰

Antragsberechtigt sind neben der festgehaltenen Person (Abs. 1) auch Familienangehörige (Abs. 3). Die Auswahl des Arztes wird vom Staatsanwalt oder vom höheren Polizeibeamten getroffen, die beide jederzeit auch von Amts wegen einen Arzt einschalten können (Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Abs. 3 Hs. 2). Macht der Betroffene von seinem Recht auf eine ärztliche Untersuchung Gebrauch, so haben die Ermittler binnen maximal drei Stunden die erforderlichen Schritte zur Hinzuziehung des Arztes zu veranlassen, sofern kein unüberwindlicher Umstand (*circonstance insurmontable*) entgegensteht (Abs. 1 Satz 4); erscheint der herbeigerufene Arzt nicht, so ist von Amts wegen ein anderer Arzt zu verständigen.⁵⁰¹ Der Arzt untersucht die Person unverzüglich (*sans délai*) und nimmt alle sachdienlichen Feststellungen vor (Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 Satz 1).⁵⁰² Sofern er nichts Gegenteiliges bestimmt, findet die Untersuchung unter Ausschluss Dritter und ohne optische oder akustische Überwachung statt, damit die Würde des Betroffenen und das Berufsgeheimnis gewahrt bleiben (Abs. 1 Satz 5). Das ärztliche Gutachten ist den Verfahrensakten beizufügen (Abs. 4 Satz 2).⁵⁰³ Kommt es zu dem Schluss, dass der Zustand der Person einer Aufrechterhaltung der *garde à vue* oder der Fortsetzung der Vernehmungen entgegensteht, so ist die Maßnahme umgehend zu beenden und der höhere Polizeibeamte hat den Staatsanwalt in Kenntnis zu setzen.⁵⁰⁴ Die Vernehmung des *gardé à vue* im Krankenhaus ist jedoch zulässig, wenn der Arzt lediglich den Vollzug der *garde à vue* in den Polizeiräumlichkeiten als mit dem Gesundheitszustand des Betroffenen unvereinbar erklärt hat und die behandelnden Ärzte keine medizinischen Einwände äußern.⁵⁰⁵

Besonderheiten gelten, wenn von den Ausnahmeverlängerungsmöglichkeiten für organisierte Kriminalität Gebrauch gemacht wird. Gemäß Art. 706-88 Abs. 4 CPP ist eine ärztliche Untersuchung zwecks Feststellung der Vereinbarkeit der Verlän-

⁴⁹⁹ Vergès, Proc. pén., Rn. 285.

⁵⁰⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2586; Ziff. III.3.2 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁵⁰¹ Civ. Ire, 10.10.2012, n° 11-30.131; Crim. 9.5.2012, avis n° 9001.

⁵⁰² Zu den praktischen Abläufen – und Missständen – aus ärztlicher Sicht siehe *Chariot/Boraud*, AJ Pén. 2008, 265 sowie *Chariot*, in: ders. (Hrsg.), *Médecin en garde à vue*, S. 11.

⁵⁰³ Für Einzelheiten zu Form und Inhalt des Gutachtens siehe *Chariot/Briffa/Lepresle*, AJ Pén. 2012, 521.

⁵⁰⁴ Crim. 27.10.2009, Bull. n° 176; *Vergès*, Proc. pén., Rn. 285.

⁵⁰⁵ Crim. 11.7.2012, n° 12-82.136.

gerung mit dem Gesundheitszustand des Betroffenen unabhängig von einem entsprechenden Begehren des Festgehaltenen zwingend, sobald die Maßnahme über 48 Stunden hinaus verlängert wird. Kommt es im Rahmen der Terrorismusbekämpfung zu weiteren Verlängerungen – von 96 auf 120 bzw. 144 Stunden –, so ist auch hier jeweils eine weitere ärztliche Untersuchung zwingend (Art. 706-88-1 Abs. 3 CPP). In beiden Fällen steht dem Betroffenen – neben der automatischen Intervention eines Arztes – außerdem das Recht zu, jeweils eine weitere Untersuchung zu beantragen, worüber er zu belehren ist (Art. 706-88 Abs. 4, 706-88-1 Abs. 3 CPP).

Flankiert wird das Recht auf ärztliche Untersuchung durch eine Reihe von Bestimmungen, welche die Einhaltung gesundheitlicher Mindeststandards sicherstellen sollen. So dürfen etwa bestimmte, im Rahmen der *garde à vue* vorgesehene Eingriffe, namentlich interne körperliche Untersuchungen (*investigations corporelles internes*), nur von einem Arzt durchgeführt werden (Art. 63-7 Abs. 2 CPP).⁵⁰⁶ Dass die festgehaltene Person nicht nur regelmäßige Mahlzeiten, sondern – trotz des weiten Ermessens, das den Ermittlern insoweit zukommt – auch Ruhezeiten zwischen den Vernehmungen erhalten muss, ergibt sich zumindest implizit aus dem Umstand, dass beide Aspekte in das Protokoll aufzunehmen sind (Art. 64 Abs. 1 Nr. 2 CPP).⁵⁰⁷ Während in Art. préI. III CPP für alle Zwangsmaßnahmen die Achtung der Menschenwürde schon bislang festgeschrieben war, findet sich seit 2011 in Art. 63-5 Abs. 1 CPP eine Konkretisierung speziell für die *garde à vue*.⁵⁰⁸ Die materiellen Haftbedingungen, insbesondere der ordnungsgemäße Zustand der Räumlichkeiten, in denen die *garde à vue* vollstreckt wird, sollen durch mindestens einmal jährlich stattfindende Kontrollbesuche des Staatsanwalts sichergestellt werden (Art. 41 Abs. 3 CPP). Außerdem existiert seit 2007 mit dem *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* ein unabhängiger Kontrolleur, der die Haftorte unangemeldet besichtigt und Empfehlungen, Stellungnahmen und Berichte veröffentlicht – welche in der Vergangenheit wenig schmeichelhaft ausgefallen sind.⁵⁰⁹ Die Rechtsstellung dieser durch Gesetz n° 2007-1545 vom 30.10.2007 geschaffenen Einrichtung wurde mit Gesetz n° 2014-528 vom 26.5.2014 signifikant aufgewertet.⁵¹⁰

⁵⁰⁶ Siehe dazu *Robert*, in: Chariot (Hrsg.), *Médecin en garde à vue*, S. 49.

⁵⁰⁷ *Guinchar/Buisson*, Proc. pén., Rn. 861, 866; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2579-2; krit. zur Umsetzung in der Praxis *Astaing/Bastuck*, AJ Pén. 2009, 347.

⁵⁰⁸ Siehe Ziff. III.7.1 des Circulaire vom 23.5.2011.

⁵⁰⁹ Abrufbar unter www.cgpl.fr [Stand: 12/2014].

⁵¹⁰ *Buisson*, *Procédures 2014*, Comm. n° 213; *Senna*, AJ Pén. 2014, 408; *Roumier*, *Dr. pén.* 2014, *Alerte* n° 11, n° 22 und n° 33.

5. Protokollierungs- und Aufzeichnungspflichten

a) Protokoll- und Registerführung

Um Missbräuchen vorzubeugen und eine effektive Kontrolle zu ermöglichen, sieht der CPP seit jeher einen relativ strengen Formalismus vor, indem der Ablauf der *garde à vue* minutiös in Protokollen und Haftregistern festzuhalten ist.⁵¹¹ Beweiswert haben diese Vermerke nur dann, wenn sie form- und kompetenzkonform sowie aufgrund unmittelbarer Wahrnehmung erstellt wurden (Art. 429 Abs. 1 CPP).

Gemäß Art. 64 I CPP erstellt der höhere Polizeibeamte ein Protokoll (*procès-verbal de déroulement de la garde à vue*), in das ausweislich der in dieser Vorschrift enthaltenen Auflistung folgende Angaben aufzunehmen sind: die Gründe, welche die Anordnung der Haft nach Art. 62-2 CPP rechtfertigen (Nr. 1), die Dauer der Vernehmungen und der Erholungszeiten zwischen den Vernehmungen, die Zeiten, zu denen der *gardé à vue* Nahrungsmittel zu sich nehmen konnte, sowie Tag und Uhrzeit von Beginn und Beendigung der *garde à vue* (Nr. 2); etwaige Vernehmungen, die während der Dauer der *garde à vue* in anderer Sache erfolgten (Nr. 3); die hinsichtlich der in Art. 63-2 bis 63-3-1 CPP normierten Rechte erteilten Belehrungen, gestellten Anträge und deren Behandlung (Nr. 4); ob Ganzkörperdurchsuchungen oder körperliche Untersuchungen stattgefunden haben (Nr. 5). Neben dieser Zentralbestimmung finden sich auch an anderer Stelle im Gesetz Vorschriften, die ausdrücklich die protokollarische Erfassung bestimmter Ereignisse anordnen. Dies gilt namentlich für die bei Beginn der Maßnahme und im Fall etwaiger Verlängerungen gemäß Art. 63-1 Abs. 1–3 CPP erteilten Hinweise und Belehrungen (Art. 63-1 Abs. 4, 803-6 Abs. 3 CPP), die unüberwindbaren Umstände, die einer rechtzeitigen Benachrichtigung der vom *gardé à vue* genannten Person entgegenstehen (Art. 63-2 Abs. 3 CPP), die Verweigerung des Fragerechts des Anwalts im Anschluss an die Vernehmung (Art. 63-4-3 Abs. 2 Satz 3 CPP), die technische Unmöglichkeit einer audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung (Art. 64-1 Abs. 6 Satz 1 CPP) und die Belehrung über das Recht auf eine zusätzliche medizinische Untersuchung im Fall einer Ausnahmeverlängerung der Maßnahme bei organisierter Kriminalität (Art. 706-88 Abs. 4 Satz 5 CPP). Die Rechtsprechung entnimmt einer Zusammenschau der Art. 63-1, 64, 66 CPP, dass das Protokoll auf der Stelle (*sur-le-champ*) und nicht erst nachträglich bei Beendigung der *garde à vue* zu fertigen ist.⁵¹² Die gemäß Art. 63-1 Abs. 4, 64 I, 706-88 Abs. 4 Satz 5 CPP erstellten Protokollvermerke sind vom *gardé à vue* am Rand zu signie-

⁵¹¹ Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 191; Eser, ZStW 79 (1967), 584.

⁵¹² Crim. 6.12.1995, Bull. n° 369; 21.3.2000, Bull. n° 127.

ren, wodurch ihre Korrektheit bestätigt wird,⁵¹³ verweigert er das, so ist dies ebenfalls im Protokoll zu vermerken.

Daneben sieht Art. 64 II Abs. 1 CPP vor, dass sämtliche der in Art. 64 CPP genannten Vermerke – mit Ausnahme der Anordnungsgründe der *garde à vue* (Nr. 1) – in ein eigens dazu auf jedem Polizeirevier zu führendes Register eingetragen werden. Diejenigen Polizeidienststellen, deren höhere Polizeibeamte ein Erklärungsbuch (*carnet de déclarations*) führen müssen, vermerken diese Angaben auch darin (Art. 64 II Abs. 2 CPP).

Im Vernehmungsprotokoll (*procès-verbal d'audition*) müssen neben den Erklärungen des Betroffenen auch die ihm gestellten Fragen angegeben werden (Art. 429 Abs. 2 CPP). Nach der Vernehmung wird es ihm zur Durchsicht und Unterschrift vorgelegt, wobei er Anmerkungen anbringen kann. Verweigert er die Unterschrift, so ist dies zu vermerken (Art. 61 Abs. 4, 78 Abs. 6 CPP).⁵¹⁴

b) Audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung

Zur besseren gerichtlichen Verifizierbarkeit von Vorwürfen inhaltlich unrichtiger oder auf unlautere Weise zustande gekommener Vernehmungsprotokolle ist heute in bestimmten Fällen die audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung des *gardé à vue* angeordnet.⁵¹⁵ Während das Gesetz vom 15.6.2000 die Aufzeichnungspflicht noch auf Minderjährige beschränkt hatte,⁵¹⁶ wurde sie 2007 in Art. 64-1 CPP auch für das Erwachsenenstrafverfahren eingeführt.

In zeitlich-örtlicher Hinsicht gilt die Aufzeichnungspflicht nur für die während der *garde à vue* in den Räumlichkeiten der Polizei (*dans les locaux d'un service ou d'une unité de police exerçant une mission de police judiciaire*) durchgeführten Vernehmungen des Betroffenen; sie besteht also weder im Rahmen einer *audition libre* noch bei andernorts durchgeführten Befragungen.⁵¹⁷

In sachlicher Hinsicht muss der Verdacht auf ein Verbrechen, also eine Straftat mit einer Mindesthöchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe gerichtet sein

⁵¹³ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 204: Beweiskraft bis zum Nachweis des Gegenteils; krit. *ders.*, a.a.O., Rn. 193, weil man sich nie sicher sein könne, ob die Unterschrift nicht erzwungen wurde.

⁵¹⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2452.

⁵¹⁵ *Sontag Koenig*, AJ Pén. 2012, 527; *Truche*, Rapport, S. 64. – Die bereits 1998 in Art. 706-52 CPP eingeführte Aufzeichnung der Vernehmung minderjähriger Opfer sexueller Gewalttaten hat hingegen eine gänzlich andere Zielrichtung, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2484.

⁵¹⁶ Art. 4 VI Ordonnance vom 2.2.1945. Zur Entstehungsgeschichte *Pradel*, D. 2001, 1043 f., der eine Ausdehnung auf das Erwachsenenstrafverfahren explizit ablehnt.

⁵¹⁷ Siehe Crim. 11.7.2012, n° 12-82.136 (Vernehmung des *gardé à vue* im Krankenhaus); *Lesclous*, Dr. pén. 2013, Chronique n° 8, Rn. 23.

(Art. 64-1 Abs. 1 CPP).⁵¹⁸ Nach der ursprünglichen Konzeption des Gesetzgebers sollte die Aufzeichnungspflicht jedoch bei den in Art. 706-73 CPP aufgelisteten Straftaten der organisierten Kriminalität und den in den ersten beiden Titeln des Vierten Buchs des CP genannten (Staatsschutz- und Terrorismus-)Verbrechen entfallen (Abs. 7). Mit anderen Worten: Der Anwendungsbereich der obligatorischen Aufzeichnung sollte auf schwere Straftaten unter gleichzeitigem Ausschluss besonders schwerer Straftaten beschränkt sein. Während diese Ausschlussregelung vom Schrifttum zunächst überwiegend unkommentiert hingenommen,⁵¹⁹ ja: teils explizit begrüßt bzw. gefordert worden war,⁵²⁰ hat der C. const. die Vorschrift Anfang 2012 im Rahmen eines QPC-Verfahrens wegen Verstoßes gegen den Gleichheitsgrundsatz aufgehoben. Die in ihr liegende Diskriminierung ist sachlich nicht gerechtfertigt, da die Deliktsnatur für die mit der Maßnahme bezweckte Überprüfbarkeit der Authentizität der Vernehmungsprotokolle keine Rolle spielt, zumal die Ausgestaltung der gesetzlichen Regelung hinreichende Vorkehrungen trifft, um etwaigen Kapazitätsproblemen, die mit der gleichzeitigen Vernehmung einer Vielzahl von Verdächtigen einhergehen können, zu begegnen und um berechtigten Geheimhaltungsinteressen Rechnung zu tragen.⁵²¹ Seit dieser Entscheidung gilt die Aufzeichnungspflicht einheitlich und ausnahmslos für alle Verbrechen.⁵²²

Ist der Anwendungsbereich der Aufzeichnungspflicht eröffnet, so erkennt das Gesetz nur zwei Arten von Hinderungsgründen an: Übersteigt die Anzahl der gleichzeitig zu vernehmenden Personen die Aufzeichnungskapazitäten, so trifft der vom höheren Polizeibeamten zu verständigende Staatsanwalt im Hinblick auf die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ eine schriftlich festzuhaltende Auswahl derjenigen Personen, bei denen die Aufzeichnung der Vernehmung unterbleibt (Abs. 5); steht der Aufzeichnung eine „technische Unmöglichkeit“ (*impossibilité technique*) entgegen, so sind die Gründe im Protokoll zu vermerken und der

⁵¹⁸ Bis zur Korrektur durch Gesetz n° 2009-526 vom 12.5.2009 enthielt Art. 67 CPP die pauschale Bestimmung, dass die Vorschriften der Art. 54 bis 66 CPP bei einem flagranten Delikt immer dann anwendbar sind, wenn es mit Freiheitsstrafe bedroht ist. Nachdem es der Gesetzgeber zuvor versäumt hatte, Art. 64-1 CPP von dieser Regelung auszunehmen, wurde vor den Instanzgerichten eine Reihe von Verfahren annulliert, in denen die Aufzeichnung unterblieben war, obwohl es nicht um Verbrechen ging, vgl. *Courtin*, AJ Pén. 2010, 493; anders dagegen Crim. 2.12.2009, Bull. n° 201.

⁵¹⁹ Vgl. *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 97; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 542; *Courtin*, AJ Pén. 2010, 490; *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 420; eine gewisse Verwunderung klingt immerhin bei *Vergès*, Proc. pén., Rn. 289 an: „[é]trangement“.

⁵²⁰ *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 153 f.; *Guédon*, Criminalité organisée, Rn. 229.

⁵²¹ C. const. 6.4.2012, n° 2012-228/229 QPC; zust. *Perrier*, AJ Pén. 2012, 423; *Courtin*, D. 2012, 1376; siehe auch bereits *Chavent-Leclère*, Procédures 2012, Comm. n° 85.

⁵²² Art. 327-18 des Avant-projet vom 1.3.2010 schlägt vor, die Beschränkung der Aufzeichnungspflicht auf Verbrechen beizubehalten, allerdings um eine in das Ermessen der Strafverfolgungsbehörden gestellte Möglichkeit der Aufzeichnung bei Vergehen zu ergänzen. Außerdem soll eine Aufzeichnung entfallen, wenn die Vernehmung im Beisein des Verteidigers stattfindet; krit. insoweit *Sontag Koenig*, AJ Pén. 2012, 530 f.

Staatsanwalt ist unverzüglich darüber zu informieren (Abs. 6). Insoweit hat die Cour de cassation klargestellt, dass die bloße Angabe eines nicht näher präzisierten „EDV-Problems“ (*problème informatique*) nicht genügt, sondern das Vorliegen eines unüberwindbaren Hindernisses aus den Verfahrensakten hervorgehen muss.⁵²³ Andererseits ist sie der von einer Untersuchungskammer vertretenen Auffassung entgegengetreten, der zufolge das versehentlich zweifache Betätigen des Start-Stop-Knopfes – das zur Folge hatte, dass erst nach Beendigung der Vernehmung entdeckt wurde, dass keine Aufzeichnung stattgefunden hatte – als menschliches Versagen der Annahme einer „technischen“ Unmöglichkeit von vornherein entgegenstehe.⁵²⁴ Da die Aufzeichnungspflicht zwar auch, aber nicht nur im Interesse des Betroffenen besteht, scheidet ein Verzicht selbst beim Einverständnis aller Beteiligten aus.⁵²⁵ Dass der Verdächtige es – etwa mit der Ankündigung, anderenfalls sein Schweigerecht wahrzunehmen – in der Hand haben könnte, das Abschalten des Aufnahme geräts faktisch zu „erzwingen“, wird dabei nicht diskutiert.

Die Einsichtnahme in die Aufzeichnung ist nur während der gerichtlichen Voruntersuchung sowie vor dem Prozessgericht, also während des Hauptverfahrens, möglich und setzt voraus, dass der Inhalt des Vernehmungsprotokolls bestritten wird;⁵²⁶ die Entscheidung über einen entsprechenden Antrag trifft je nach Verfahrensstadium der Untersuchungsrichter bzw. das Prozessgericht (Abs. 2). Nach Ablauf von fünf Jahren gerechnet ab Beendigung des Verfahrens ist die Aufzeichnung binnen eines Monats zu vernichten (Abs. 4). Ihre unberechtigte Verbreitung wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr und Geldstrafe bedroht (Abs. 3).

Für Einzelheiten verweist das Gesetz auf ein Dekret (Abs. 8). Die entsprechende Regelung in Art. D. 15-6 Abs. 3 CPP sieht – über den eigentlichen gesetzlichen Verwendungszweck (Überprüfung der Authentizität des Vernehmungsprotokolls) hinaus – zugunsten der Polizei die Möglichkeit vor, die Aufzeichnung zu Ermittlungszwecken (*pour les nécessités des investigations*) zu Rate zu ziehen. Dass eine entsprechende Befugnis nicht auch zugunsten des Untersuchungsrichters bzw. des Prozessgerichts normiert ist, wird vom Schrifttum zwar kritisiert, soll jedoch im Ergebnis unschädlich sein, da diesen Gerichtsbarkeiten bereits aufgrund ihres allgemeinen Ermittlungsauftrags der Zugriff auf die Aufzeichnungen offenstehen dürfte.⁵²⁷

⁵²³ Crim. 3.4.2007, Bull. n° 104.

⁵²⁴ Crim. 4.1.2010, Bull. n° 176.

⁵²⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2581.

⁵²⁶ Crim. 18.6.2014, n° 13-81.576.

⁵²⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2581-3.

E. Richterliche Kontrolle

1. Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft

Die Anordnung der *garde à vue* unterliegt keiner vorherigen richterlichen Kontrolle. Abgesehen von der – die polizeiliche Entscheidungskompetenz im Außenverhältnis unberührt lassenden – Möglichkeit einer auf den Ausspruch der Polizeihaft gerichteten Weisung bzw. eines *mandat de recherche*, für die im Rahmen der *enquête* der Staatsanwalt und im Fall einer gerichtlichen Voruntersuchung der Untersuchungsrichter zuständig ist, befindet der höhere Polizeibeamte selbstständig und nach eigenem Ermessen über die Anordnung (*pouvoir propre et autonome*).

2. Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler

Da dem Betroffenen während der *garde à vue* keine Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen,⁵²⁸ scheidet hier insbesondere eine gerichtliche Anfechtung der Entscheidung über die Anordnung oder Verlängerung der Maßnahme aus.⁵²⁹ Zwar unterliegt die *garde à vue* über ihre gesamte Dauer hinweg der Kontrolle der „in Echtzeit“, d.h. in der Regel telefonisch involvierten *autorité judiciaire*. Diese umfassende Kontrolle wird jedoch im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens vom Staatsanwalt (Art. 41 Abs. 3, 62-2 Abs. 1, 62-3, 63-1 Abs. 2 CPP) ausgeübt. Ihm obliegt insbesondere die Entscheidung über eine Verlängerung der Maßnahme von 24 auf 48 Stunden (Art. 63-2 CPP), ihre Beendigung (Art. 63-8 Abs. 1 CPP), eine bis zu zwölfstündige Retardierung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei Vernehmungen (Art. 63-4-2 CPP) und eine bis zu 24-stündige Verzögerung des Anwaltszugangs bei organisierter Kriminalität (Art. 706-88 Abs. 7 CPP). Darüber hinaus sind ihm auch alle weiteren wesentlichen Entscheidungen vorbehalten (z.B. Art. 63-2 Abs. 2 CPP: Ablehnung des Benachrichtigungsersuchens; Art. 63-4-2 Abs. 3 CPP: Autorisierung einer sofortigen Vernehmung vor Ablauf der zweistündigen Wartefrist) und er ist über alle wesentlichen Entwicklungen umgehend zu informieren (z.B. Art. 64-1 Abs. 6 CPP: technische Unmöglichkeit der audiovisuellen Aufzeichnung). Eine Anhörung durch den Staatsanwalt ist nur im Zusammenhang mit der Verlängerung vorgesehen; sie kann auch im Wege einer audiovisuellen Telekommunikation erfolgen (Art. 706-71 CPP) und „ausnahmsweise“ (siehe oben C.3.a.) ganz unterbleiben (Art. 63-2 Abs. 3 CPP). Seit 2014 ist dem *gardé à vue* allerdings vor Erlass der Verlängerungsentscheidung zwingend Gelegenheit zu geben, Einwendungen gegen die Fortdauer der Polizeihaft mündlich oder schriftlich (d.h. im Wege des Vernehmungsprotokolls) zur Kenntnis des Staatsanwalts zu bringen (Art. 63-1 Abs. 1 Nr. 3 Spstr. 6 CPP).

⁵²⁸ Merle, in: Rolland (Hrsg.), *Contrôle juridictionnel*, S. 156.

⁵²⁹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2567.

Die anlässlich der *garde à vue*-Reformdiskussion 2010/2011 erhobenen Forderungen, die Kontrollzuständigkeiten des Staatsanwalts, insbesondere die Entscheidung über die Regelverlängerung auf den Grundrechte- und Haftrichter zu übertragen, konnten sich nicht durchsetzen. Eine solche Änderung hätte grundlegendere Modifikationen im Ablauf des Vorverfahrens nach sich gezogen und erschien konventionsrechtlich nicht geboten, da nach Art. 5 Abs. 3 EMRK die „unverzögliche“ – d.h. im Normalfall binnen maximal vier Tagen zu realisierende – Vorführung vor einen Richter genügt.⁵³⁰

Abgesehen davon, dass im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung sämtliche dieser Befugnisse vom Untersuchungsrichter wahrgenommen werden (Art. 154 Abs. 2 CPP),⁵³¹ ist die staatsanwaltschaftliche Kontrollhoheit über die *garde à vue* nur insoweit durchbrochen, als – selbst in der *enquête* – eine Verlängerung der Maßnahme über 48 Stunden hinaus (Art. 706-88 f. CPP), eine mehr als zwölfstündige Retardierung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers bei Vernehmungen (Art. 63-4-2 CPP) und eine mehr als 24-stündige Verzögerung des Anwaltszugangs bei organisierter Kriminalität (Art. 706-88 Abs. 7 CPP) dem Grundrechte- und Haftrichter vorbehalten ist (vgl. Art. 62-3 Abs. 1 CPP).⁵³² Da dieser – anders als Staatsanwalt und Untersuchungsrichter – keine Ermittlungsaufgaben wahrnimmt, spricht alles dafür, dass ihm nur eine Kontrolle der Rechtmäßigkeit, nicht jedoch eine eigene Beurteilung der Zweckmäßigkeit zusteht. Eine richterliche Anhörung ist nur im Zusammenhang mit den (Ausnahme-)Verlängerungsentscheidungen vorgesehen, kann allerdings ebenfalls im Wege einer audiovisuellen Übertragung erfolgen (Art. 706-71 Abs. 1 Satz 2 CPP). Die Anhörung ist bei der Verlängerung von 48 auf 72 Stunden obligatorisch, bei der Verlängerung von 72 auf 96 Stunden kann wegen der Notwendigkeiten der Untersuchungen ausnahmsweise von ihr abgesehen werden (Art. 706-88 Abs. 3 CPP); im Hinblick auf die terrorismusspezifischen Sonderverlängerungen auf bis zu 144 Stunden ist die Rechtslage unklar, da sich das Gesetz in Art. 706-88-1 CPP nicht zur Frage einer erneuten Anhörung verhält.

3. Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation

a) Im Rahmen des konkreten Strafverfahrens: Nichtigkeit der *garde à vue*

Das zentrale Instrument zur Herbeiführung einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der *garde à vue* ist die Erhebung des Einwands der

⁵³⁰ Clerc, Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16376, 2540 f.; Pradel, D. 2011, 342; Crim. 15.12.2010, Bull. n° 207; siehe EGMR, Urt. vom 3.2.2009, *Ipek u.a. ./ Türkei*, § 36; Urt. vom 23.6.2009, *Oral und Atabay ./ Türkei*, § 43. Im Einzelfall kann jedoch auch eine kürzere Höchstfrist maßgeblich sein, siehe EGMR, Urt. vom 15.10.2013, *Gutsanovi ./ Bulgarien*, Az.: 34529/10; krit. Roets, RSC 2014, 169.

⁵³¹ Ungenau insoweit Pfützner, Organisierte Kriminalität, S. 139, 140.

⁵³² Clerc, Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16376, 2539.

Nichtigkeit. Ihre Geltendmachung kommt nicht schon im Rahmen der *enquête* in Betracht, sondern erst in der gerichtlichen Voruntersuchung bzw. vor dem Prozessgericht, setzt also voraus, dass überhaupt ein Gericht mit der Sache befasst wird.⁵³³

aa) Überblick und Entwicklung

Da ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen zur Nichtigkeit (*nullités textuelles*) im Recht der *garde à vue* fehlen,⁵³⁴ obliegt es seit jeher der Rechtsprechung, über die Reichweite der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle und die Folgen von Verfahrensverstößen zu entscheiden.⁵³⁵ Bei der gerichtlichen Behandlung der ungeschriebenen Nichtigkeitsgründe (*nullités virtuelles/substantielles*) hat seit der Kodifikation der Polizeihaft im CPP eine bemerkenswerte Entwicklung stattgefunden.

Bis zu den ersten tiefgreifenden Reformen der *garde à vue* ab 1993 war die Position der höchstrichterlichen Rechtsprechung äußerst restriktiv. Trotz der ohnehin nur spärlichen gesetzlichen Vorgaben für die Maßnahme lehnte es die Cour de cassation weitgehend ab, eine vorschriftswidrig angeordnete oder vollzogene Polizeihaft nachträglich zu annullieren, um die in ihrem Rahmen gewonnenen Beweise nicht preisgeben zu müssen. Da die gesetzlichen Vorschriften betreffend die *garde à vue* nicht mit einer Nichtigkeitsfolge belegt waren, sollte ihre Missachtung niemals als solche die Annullierung von Verfahrenshandlungen begründen können, sondern nur dann, wenn der Nachweis gelang, „dass die Wahrheitssuche und -findung hierdurch grundlegend beeinträchtigt wurden“ („que la recherche et l'établissement de la vérité s'en sont trouvés viciés fondamentalement“).⁵³⁶ Gerade das Erfordernis einer kumulativen Beeinträchtigung von Wahrheitssuche (Verfahren) und -findung (Ergebnis) ist im Schrifttum auf starke Vorbehalte gestoßen, da ein solcher Beweis letztlich kaum je zu führen war, zumal etwa selbst ein Geständnis,

⁵³³ *Guerrin*, in: Donier/Lapérou-Schneider (Hrsg.), *Accès au juge*, S. 612.

⁵³⁴ Lediglich im Rahmen des 1981 abgeschafften Ausnahmeverfahrens bei Staatssicherheitsdelikten waren einige *nullités textuelles* vorgesehen (Gesetz vom 17.7.1970), vgl. *Merle*, in: Rolland (Hrsg.), *Contrôle juridictionnel*, S. 155. Zwar ordnete das Gesetz vom 4.1.1993 in Art. 171 CPP ausdrücklich die automatische Nichtigkeit bei bestimmten Verstößen (Dauer, Belehrung, Benachrichtigung des Staatsanwalts) an. Nach dem Regierungswechsel wurden die als zu rigide wahrgenommenen Bestimmungen jedoch durch Gesetz vom 24.8.1993 wieder aufgehoben, vgl. *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 198, 199; *ders.*, *Proc. pén.*, Rn. 508. Seither bedarf es im Übrigen nicht mehr nur bei den ungeschriebenen Nichtigkeitsgründen, sondern auch bei den *nullités textuelles* des Nachweises einer Beschwer in Form einer Interessenverletzung.

⁵³⁵ Angesichts der Bedeutung der *garde à vue* und der zunehmenden Fülle der im Gesetz vorgesehenen *nullités textuelles* (vgl. *Vergès*, *Proc. pén.*, Rn. 421) mag dieser Befund überraschen. Da jedoch seit dem Gesetz vom 24.8.1993 auch bei den *nullités textuelles* das Erfordernis einer Beschwer gilt, ist dieser Umstand – der früher als Beleg für die rechtspolitische Brisanz der Materie gewertet werden mochte – heute i.E. ohne Belang.

⁵³⁶ St. Rspr. seit Crim. 27.12.1960, Bull. n° 622; siehe *Pradel/Varinard*, *Grands arrêts*, Nr. 25, S. 290 m.w.N.; *Merle*, in: Rolland (Hrsg.), *Contrôle juridictionnel*, S. 156 f.; *Leroy*, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 201 f.

das nach einer Überschreitung der gesetzlichen Höchstdauer der Maßnahme oder infolge von körperlichen Misshandlungen – also unter besonders gravierenden und offensichtlichen Verfahrensverstößen – zustande gekommen ist, im Ergebnis keineswegs unrichtig zu sein braucht.⁵³⁷

Eine signifikante Neuausrichtung der Rechtsprechung hat im Zusammenhang mit den ab 1993 ergangenen Reformgesetzen eingesetzt, kraft derer die *garde à vue* mit neuen Verfahrensgarantien (*droits de la seconde génération*) versehen wurde.⁵³⁸ Nach anfänglichem Zögern seitens der Cour de cassation⁵³⁹ deutete sich bald eine tiefgreifende Kehrtwende zugunsten des *gardé à vue* an: Zum einen verabschiedete sich das Gericht vom Erfordernis einer „grundlegenden Beeinträchtigung der Wahrheitssuche und -findung“, das es soweit ersichtlich letztmals in einer Entscheidung aus dem Jahr 1995 bemüht hat.⁵⁴⁰ Zum anderen verzichtete es fortan bei einer Vielzahl der als wesentliche Förmlichkeiten eingestuften neuen Rechte und Verfahrensvorschriften auf den eigentlich für die prozessuale Geltendmachung des Verfahrensfehlers erforderlichen Nachweis einer Beschwer (*grief*) in Form einer Interessenverletzung (Art. 171, 802 CPP). Da bestimmte Verstöße notwendigerweise die Interessen des Betroffenen verletzen („porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée“),⁵⁴¹ besteht insoweit eine Vermutung der Beschwer,⁵⁴² die nach überwiegender Auffassung unwiderleglich ist.⁵⁴³ Außenstehende oder Mitangeklagte können sich jedoch nicht auf Rechtsverstöße im Zusammenhang mit der *garde à vue* Dritter berufen.⁵⁴⁴

Abzugrenzen ist diese *théorie du grief nécessaire* von der – ebenfalls ungeschriebenen – Figur der *nullités d'ordre public*, bei denen die Art. 171, 802 CPP

⁵³⁷ Merle, in: Rolland (Hrsg.), *Contrôle juridictionnel*, S. 157; Leroy, *Proc. pén.*, Rn. 508. Umfangreiche Nachweise zu dem diese Rspr. ablehnenden Schrifttum finden sich bei ders., *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 202.

⁵³⁸ Pradel/Varinard, *Grands arrêts*, Nr. 25, S. 290 f.; Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 203; Fourment, *Proc. pén.*, Rn. 220 ff.

⁵³⁹ Vgl. etwa *Crim.* 18.7.1995, Bull. n° 258: Keine Nichtigkeit trotz verspäteter Belehungen mangels Beschwer in Form einer Interessenverletzung.

⁵⁴⁰ *Crim.* 1.2.1995, n° 94-85.223: Keine Annullierung wegen Verstoßes gegen die Protokollierungsvorschriften aus Art. 64 CPP. Seither findet sich dieses Erfordernis nur mehr vereinzelt in Entscheidungen von Instanzgerichten, die von der Cour de cassation entweder aufgehoben (*Civ. Ire.* 1.6.2011, n° 10-30.609; *Crim.* 9.5.2001, Bull. n° 115; 29.2.2000, Bull. n° 92) oder aber unter Verzicht auf dieses Kriterium aufrechterhalten wurden (vgl. *Crim.* 13.10.1998, Bull. n° 254).

⁵⁴¹ *Crim.* 30.4.1996, Bull. n° 182; Pradel/Varinard, *Grands arrêts*, Nr. 25, S. 291.

⁵⁴² Vergès, *Proc. pén.*, Rn. 423.

⁵⁴³ Danet, *AJ Pén.* 2005, 135; Leroy, *Garde à vue*, in: JCl., Rn. 203; Delage, *APC* 28 (2006), 137.

⁵⁴⁴ *Crim.* 12.6.2014, n° 13-81.449; 11.12.2013, Bull. n° 254; 18.6.2013, n° 12-85.511; 14.2.2012, Bull. n° 43; Maron/Haas, *Dr. pén.* 2014, *Comm.* n° 31. Entsprechendes gilt auch für die *audition libre*, *Crim.* 11.2.2014, n° 13-86.878.

mit ihrem Erfordernis der Beschwer von vornherein nicht anwendbar sind.⁵⁴⁵ Als möglicher Anwendungsfall wird bei der *garde à vue* insbesondere die Anordnung durch einen *einfachen* Polizeibeamten (sachliche Unzuständigkeit) oder durch einen *örtlich* unzuständigen Polizeibeamten diskutiert.⁵⁴⁶

bb) Anwendungsbereich der Nichtigkeitsgründe mit Vermutung der Beschwer

Schien der Anwendungsbereich der *théorie du grief nécessaire* anfangs noch auf die ab 1993 neu eingefügten Verfahrensrechte beschränkt, so hatte die Cour de cassation inzwischen Gelegenheit, ihn prinzipiell auf sämtliche Regelungsbereiche der *garde à vue*, d.h. Anordnung, Dauer bzw. Verlauf und Garantien zu erstrecken.

Bezüglich der *Anordnung der garde à vue* hat die Cour de cassation für den Fall einer nicht gerechtfertigten Verzögerung der Benachrichtigung des Staatsanwalts (Art. 63 I Abs. 1 CPP)⁵⁴⁷ bzw. des Untersuchungsrichters (Art. 154 Abs. 2 i.V.m. Art. 63 I Abs. 1 CPP)⁵⁴⁸ sowie bei der verspäteten Anordnung der Maßnahme gegenüber einer zwangsweise ergriffenen Person (Art. 73 Abs. 2 CPP)⁵⁴⁹ die Beschwer als dem Verstoß immanent angenommen. Gleiches gilt, wenn nicht nachgewiesen werden kann, dass der Staatsanwalt von der Polizei unverzüglich über die Haftgründe informiert wurde.⁵⁵⁰

Hinsichtlich der *Dauer* bzw. des *Verlaufs* der Polizeihaft wurde eine notwendige Interessenverletzung angenommen, wenn ihre gesetzlich zulässige Dauer überschritten wurde (Art. 63 II, III Abs. 2 CPP),⁵⁵¹ wenn eine Vorführung vor den Staatsanwalt vor der Verlängerung (Art. 63 II Abs. 3 Satz 1 CPP) wegen der irrigen Annahme ihrer Entbehrlichkeit unterblieben ist⁵⁵² oder wenn keine schriftliche und begründete Entscheidung des Staatsanwalts über das Absehen von einer Vorführung vor der Verlängerung ergangen ist (Art. 63 II Abs. 3 Satz 3 CPP).⁵⁵³

Im Zusammenhang mit den *Garantien des gardé à vue* hatte die Cour de cassation Gelegenheit, eine Vermutung der Beschwer für folgende Verstöße festzustellen: unterbliebene oder verspätete Rechtsbelehrung (Art. 63-1 Abs. 1 CPP)⁵⁵⁴ bzw.

⁵⁴⁵ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2021 f.; *Vergès*, Proc. pén., Rn. 424.

⁵⁴⁶ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 205.

⁵⁴⁷ Crim. 29.2.2000, Bull. n° 93; 10.5.2001, Bull. n° 119; 20.3.2007, Bull. n° 85.

⁵⁴⁸ Crim. 19.12.2000, Bull. n° 383.

⁵⁴⁹ Crim. 6.5.2003, Bull. n° 93.

⁵⁵⁰ Crim. 25.6.2013, Bull. n° 154.

⁵⁵¹ Crim. 13.2.1996, Bull. n° 74.

⁵⁵² Crim. 11.2.1998, Bull. n° 55.

⁵⁵³ Crim. 9.5.2001, Bull. n° 115.

⁵⁵⁴ Crim. 30.4.1996, Bull. n° 182; 3.12.1996, Bull. n° 443.

Art. 6 EMRK);⁵⁵⁵ unterlassene Benachrichtigung des Betroffenen über die Verlängerung der Maßnahme (Art. 63-1 Nr. 1 CPP);⁵⁵⁶ Verweigerung des 30-minütigen Gesprächs mit dem Verteidiger (Art. 63-4 CPP);⁵⁵⁷ keine unverzügliche Kontaktierung des Vorsitzenden der Anwaltskammer zwecks Beiordnung eines Verteidigers trotz eines entsprechenden Ersuchens (Art. 63-3-1 CPP);⁵⁵⁸ pauschaler Ausschluss der Verteidigerpräsenz bei der Vernehmung des *gardé à vue* (Art. 6 EMRK);⁵⁵⁹ Fortsetzung der Maßnahme entgegen ärztlichem Befund über Haftuntauglichkeit (Art. 63-3 CPP);⁵⁶⁰ Unterlassen der gesetzlich vorgeschriebenen audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung;⁵⁶¹ fehlender Protokollvermerk darüber, dass die unverzüglich gebotene Unterrichtung des Staatsanwalts über die Haftgründe tatsächlich stattgefunden hat.⁵⁶²

Die Auflistung ist nicht abschließend; überdies steht zu erwarten, dass die Cour de cassation künftig weitere Fälle identifizieren wird, in denen die Verletzung einer Gesetzesvorschrift auch unabhängig vom Nachweis einer Beschwerde zur Nichtigkeit der Maßnahme und damit zur Unverwertbarkeit der auf ihrer Grundlage gewonnenen Beweise führt. Vor diesem Hintergrund dürfte die bisweilen noch heute vertretene Auffassung, wonach die restriktive Handhabe der Nichtigkeitsregelungen durch die Rechtsprechung den Betroffenen daran hindere, Verstöße der *garde à vue* gegen gesetzliche Vorgaben einer gerichtlichen Sanktion zuzuführen, in dieser Pauschalität sicher nicht mehr zeitgemäß sein.⁵⁶³ Überzeugender erscheint vielmehr

⁵⁵⁵ Crim. 7.6.2011, D. 2011, 1824.

⁵⁵⁶ Crim., 14.5.2014, n° 13-82.274; 30.1.2001, Bull. n° 26.

⁵⁵⁷ Crim. 10.5.2001, Bull. n° 118.

⁵⁵⁸ Crim. 26.3.2008, Bull. n° 76.

⁵⁵⁹ Crim. 31.5.2011, Bull. n° 111–116.

⁵⁶⁰ Crim. 27.10.2009, Bull. n° 176; siehe dagegen den offenbar restriktiveren Ansatz in Crim. 11.7.2012, n° 12-82.136 und die Bespr. von *Lesclous*, Dr. pén. 2013, Chronique n° 8, Rn. 25 f.

⁵⁶¹ Art. 4 VI der Ordonnance vom 2.2.1945: Crim. 3.4.2007, Bull. n° 104; 12.6.2007, Bull. n° 155. Art. 116-1 CPP: Crim. 3.3.2010, Bull. n° 47; *Courtin*, AJ Pén. 2010, 491 ff.

⁵⁶² Crim. 25.6.2013, Bull. n° 154.

⁵⁶³ Vgl. *Leroy*, Proc. pén., Rn. 509, der – ohne jede Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zum *grief nécessaire* – annimmt, die Nichtigkeit der *garde à vue* existiere praktisch nicht, weil dem Betroffenen der Nachweis der Beschwerde unmöglich sei; ähnlich *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 177, die unter Verweis auf eine Entscheidung der Cour de cassation aus dem Jahr 1980 zu dem Ergebnis kommt, dass eine „Nichtigkeitsklage nur dann erfolgreich sein [wird], wenn [...] das Suchen und Auffinden der Wahrheit auf fundamentale Weise beeinträchtigt wurden“ und daher – folgerichtig – eine „Zurückhaltung der Cour de cassation bei der Annahme von Beweisverwertungsverböten“ ausmacht. Wie oben ausgeführt hat die Cour de cassation letztmals im Jahr 1995 auf das Kriterium der „grundlegenden Beeinträchtigung der Wahrheitssuche und -findung“ abgestellt. Dies vernachlässigt auch *Chalus*, RJT 43 (2009), 347 f., wenn sie – unter Bezugnahme auf zwei Entscheidungen aus den Jahren 1960 und 1991 – eine in Wirklichkeit längst überholte Rechtsprechung als *jurisprudence constante* bezeichnet und kritisiert.

die Ansicht, die den beachtlichen Anwendungsbereich der neuen Rechtsprechung als erhebliche Aufwertung der Rechtsstellung des *gardé à vue* begreift.⁵⁶⁴

Wenn vereinzelt gar eine „wahrhaftige Tendenz der Rechtsprechung zur Vereinheitlichung des Nichtigkeitsregimes bei der *garde à vue*“ ausgemacht wird,⁵⁶⁵ so mag dem zwar im Ausgangspunkt zuzustimmen sein. Gewisse Vorbehalte erscheinen allerdings insofern angezeigt, als die *théorie du grief nécessaire* keineswegs für alle Arten von Verstößen herangezogen wird und der insoweit kasuistische Ansatz der Cour de cassation der Vorhersehbarkeit von Fehlerfolgen abträglich ist.⁵⁶⁶ Zum einen existieren Bereiche, in denen die Rechtsprechung ausdrücklich am Erfordernis eines positiven Nachweises der Beschwer in Form einer konkreten Interessenverletzung festhält. Eine mehrstündige Verzögerung bei der – „auf der Stelle“ gebotenen – Erstellung des schriftlichen Vermerks über die Belehrungen (Art. 63-1 Abs. 4 CPP) soll mangels Beschwer unschädlich sein, wenn feststeht, dass die Belehrungen tatsächlich stattgefunden haben.⁵⁶⁷ Wird nach einer ärztlichen Untersuchung kein medizinisches Gutachten ausgestellt, so scheidet die Annullierung – ungeachtet des Verstoßes gegen Art. 63-3 Abs. 4 CPP – am Fehlen einer Beschwer, wenn der *gardé à vue* selbst die ärztliche Untersuchung abgelehnt hatte und diese daraufhin auf Anordnung des Staatsanwalts von Amts wegen durchgeführt wurde.⁵⁶⁸ Eine Interessenverletzung wurde ebenfalls in einem Fall verneint, in dem der auf Verlangen der festgehaltenen Person herbeigerufene Arzt nicht erschienen war und die Ermittlungsbehörden es pflichtwidrig unterlassen haben, sich um die Hinzuziehung eines anderen Arztes zu bemühen.⁵⁶⁹

Zum anderen werden bestimmte Verfahrensvorschriften, die für die unmittelbare Rechtsstellung des *gardé à vue* von vergleichsweise untergeordneter Bedeutung sind, als bloße Formalitäten (*règles de pure forme*) eingeordnet. Diese sind dem Anwendungsbereich der – auf die Verletzung wesentlicher Förmlichkeiten (*formalités substantielles*) beschränkten – Nichtigkeitsregelung in Art. 171, 802 CPP von vornherein entzogen. Hier stellt sich die Frage nach einer Beschwer mithin gar

⁵⁶⁴ Chavent-Leclère, Procédures 2012, Comm. n° 127: „avancée spectaculaire“; Girault, AJ Pén. 2005, 140: „La Cour de cassation considère que la plupart des règles relatives au placement et au déroulement de la garde à vue sont des formalités substantielles dont la violation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne gardée à vue“ und 142: „[...] la nullité sanctionne de façon quasi automatique la violation de la plupart des règles relatives à la garde à vue“; Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 859: „Prenant en considération la consécration des droits de la défense au sein de la garde à vue, la Cour de cassation a considéré, par une jurisprudence constante, que tout manquement aux règles qui les régissent porte nécessairement grief aux droits de la personne concernée.“

⁵⁶⁵ Delage, D. 2010, 247.

⁵⁶⁶ Danet, AJ Pén. 2005, 137; Molina, RSC 2002, 266 ff.

⁵⁶⁷ Crim. 21.3.2000, Bull. n° 127.

⁵⁶⁸ Crim. 25.2.2003, Bull. n° 50.

⁵⁶⁹ Civ. 1re, 10.10.2012, n° 11-30.131; Crim. 9.5.2012, avis n° 9001; krit. Léna, D. 2012, 2453.

nicht erst. Die Missachtung einer solchen *règle de pure forme* kann niemals für sich genommen die Annullierung der *garde à vue* begründen („n'est pas prescrit à peine de nullité“), sondern allenfalls die Beweislast im Hinblick auf *andere*, beweisrechtlich relevante Verstöße zugunsten des Betroffenen verschieben.⁵⁷⁰ Nach Auffassung der Cour de cassation soll dies etwa für einen Verstoß gegen die Protokollierungsvorschriften des Art. 64 CPP gelten⁵⁷¹ oder im Fall einer Verletzung der Formvorschrift des Art. 429 Abs. 2 CPP, die besagt, dass neben den Antworten auch die beantworteten Fragen in das Vernehmungprotokoll aufzunehmen sind.⁵⁷²

Da es sich bei dieser Rechtsprechung allerdings in beiden Fällen in Wirklichkeit um nichts anderes als die Umsetzung und Anwendung der – im Übrigen ausgesprochen vagen – Vorgaben aus Art. 171, 802 CPP handelt, ist sie als letztlich nur konsequente Ausfüllung einer gesetzgeberischen Entscheidung hinzunehmen.

cc) Kontrolle der sachlichen Rechtfertigung und Erforderlichkeit der Haft

Bedenklicher erscheint dagegen der bereits weiter oben mehrfach angerissene Umstand, dass die Cour de cassation sich in der Vergangenheit nicht nur selbst geweigert, sondern es auch den Tatsacheninstanzen ausdrücklich verwehrt hat, die Gründe (bis 2011: *nécessités de l'enquête*) und die Verhältnismäßigkeit, insbesondere die Erforderlichkeit von Anordnung, Aufrechterhaltung und Verlängerung der *garde à vue* einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle zuzuführen.⁵⁷³ Bei Vorliegen eines Tatverdachts und solange sich die Maßnahme nur innerhalb ihrer gesetzlichen Zeitgrenzen bewegt, soll neben dem Polizeibeamten ausschließlich und allein die zu dessen unmittelbarer Kontrolle berufene *autorité judiciaire*, also im Regelfall der Staatsanwalt, für die gerichtlich nicht nachprüfbar Beurteilung der Erforderlichkeit von Anordnung und Fortbestand der Maßnahme zuständig sein.

In Anwendung dieser Grundsätze hob der Kassationshof die Entscheidung eines Berufungsgerichts auf, das einem Nichtigkeitsbegehren mit der Begründung stattgegeben hatte, dass die *Anordnung* der *garde à vue* im konkreten Fall nicht erforderlich gewesen sei, weil die mit ihr hier allein bezweckte Vernehmung ebenso gut am darauffolgenden Tag durch eine Ladung der betroffenen Person auf das Polizeirevier durchführbar gewesen wäre.⁵⁷⁴

⁵⁷⁰ Leroy, Garde à vue, in: JCl., Rn. 204.

⁵⁷¹ Crim. 1.2.1995, Bull. n° 95; Leroy, Proc. pén., Rn. 508; anders dagegen für den Fall, dass die unverzüglich gebotene Information des Staatsanwalts über die Haftgründe nicht im Protokoll vermerkt wird, Crim. 25.6.2013, Bull. n° 154: Vermutung der Beschwer.

⁵⁷² Crim. 21.9.2005, n° 04-85.149; 27.5.2008, Bull. n° 132.

⁵⁷³ Allg. zur fehlenden gerichtlichen Kontrolle der Verhältnismäßigkeit im frz. Strafprozessrecht *Lelieur*, ZStW 124 (2012), 468 f.

⁵⁷⁴ Crim. 4.1.2005, Bull. n° 3: „La décision de placer en garde à vue une personne à l'encontre de laquelle il existe une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'elle a

Aus dem gleichen Grund kassierte das oberste Strafgericht in zwei Verfahren die Entscheidungen von Berufungsgerichten, die dem gegen die *Aufrechterhaltung* der *garde à vue* gerichteten Nichtigkeitseinwand jeweils mit der Begründung stattgegeben hatten, dass die Dauer der Maßnahme – trotz Einhaltung des einschlägigen gesetzlichen Zeitkontingents – exzessiv gewesen sei, weil ihre Erforderlichkeit für die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ bzw. die Zwecke des Strafverfahrens nachträglich weggefallen sei. Im ersten Fall, in dem der Vorwurf einer ausländischen Straftat im Raum stand, war die *garde à vue* – über Nacht und fast bis zur 24-Stunden-Grenze – aufrechterhalten worden, obwohl im Anschluss an die zeitnah nach Anordnung der Maßnahme (11.45 Uhr) erfolgte Vernehmung des Betroffenen (Ende: 16.50 Uhr) keinerlei weitere (Ermittlungs-)Handlungen durchgeführt worden waren; es deutete mithin alles daraufhin, dass die Maßnahme nur deshalb fortgeführt wurde, um die – tatsächlich kurz vor Ablauf der 24-Stunden-Frist (Folgetag: 11.35 Uhr) ergangene – Entscheidung der Ausländerbehörde über die Abschiebung des Betroffenen und seine Überführung in eine aufenthaltsrechtliche Haft (*réétention administrative*) nach Beendigung der *garde à vue* (hier: 11.40 Uhr) zu ermöglichen.⁵⁷⁵ Mochte also die Maßnahme zumindest anfangs noch der Aufklärung und Verfolgung einer Straftat bzw. einem unter strafverfahrensrechtlichen Gesichtspunkten legitimen Zweck gedient haben (hier: Vernehmung),⁵⁷⁶ so standen jedenfalls über weite Strecken strafprozessfremde Zwecke im Vordergrund.⁵⁷⁷

Im zuletzt genannten Fall, einem wirtschaftsstrafrechtlichen Verfahren, war die um 9.15 Uhr morgens angeordnete *garde à vue* ebenfalls erst am Folgetag um 7.15 Uhr aufgehoben worden, obwohl die Vernehmung des Betroffenen bereits um 14.30 Uhr des Vortages abgeschlossen war und keine anderen – legitimen – Gesichtspunkte für die Erforderlichkeit des Fortbestands der Maßnahme ersichtlich waren.⁵⁷⁸ Aus Sicht des Betroffenen mag daher die Annahme nahe gelegen haben, dass die *garde à vue* als polizeiliches Sanktionsinstrument zweckentfremdet wurde.⁵⁷⁹ Die Cour de cassation begnügte sich in beiden Fällen mit der lapidaren Feststellung, dass das Verhalten der Strafverfolgungsbehörden nicht zu beanstanden sei – und auch nicht nachträglich von den (Tatsachen-)Gerichten beanstandet werden

commis ou tenté de commettre une infraction relève d'une *faculté* que l'officier de police judiciaire tient de la loi et qu'il exerce, dans les conditions qu'elle définit, sous le *seul* contrôle du procureur de la République ou, le cas échéant, du juge d'instruction“ (H.d.d.A.).

⁵⁷⁵ Ch. mixte 7.7.2000, Bull. n° 257; *Giudicelli*, RSC 2001, 189; *Guérin*, JCP G 2000, 2034.

⁵⁷⁶ Dies vernachlässigt *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 127.

⁵⁷⁷ Krit. *Giudicelli*, RSC 2001, 189.

⁵⁷⁸ Crim. 14.6.2006, n° 02-83.401.

⁵⁷⁹ Vgl. *Conte*, JCP G 2005, 2325.

dürfe –, weil es ausreiche, dass der vom Gesetz geforderte Tatverdacht vorlag und die gesetzlichen Fristen (*délai légal*) respektiert wurden.⁵⁸⁰

Teile des Schrifttums haben diese zur Rechtslage vor 2011 ergangene Rechtsprechung ausdrücklich begrüßt. Sie stehe im Einklang mit dem Gesetz, das – anders etwa als bei dem Festhalterrecht zur Vernehmung Nichtverdächtiger (Art. 62 Abs. 2 CPP)⁵⁸¹ oder zur Identitätsfeststellung (Art. 78-3 Abs. 3 CPP)⁵⁸² – keinen *strikten* Erforderlichkeitsvorbehalt formuliere. Auch stelle bereits die den gesamten Verlauf der *garde à vue* von Beginn an begleitende Kontrolle durch einen *magistrat*, der im Übrigen *allein* befugt ist, die Beendigung der Maßnahme zu veranlassen (Art. 63-8 Abs. 1 CPP), einen effektiven Schutz durch eine sachnahe und qualifizierte Instanz sicher. Schließlich sei zu befürchten, dass die Zulassung einer nachträglichen (instanz-)gerichtlichen Kontrolle der Zwecke und der konkreten Dauer der Maßnahme im Hinblick auf ihre Erforderlichkeit der Rechtssicherheit und Entscheidungskohärenz abträglich wäre: Die Vielzahl der für diesen Fall zu erwartenden Rechtsstreitigkeiten und die einander ggf. widersprechenden Einschätzungen von Prozessgericht einerseits und Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter andererseits würden im Ergebnis mehr Probleme schaffen denn lösen.⁵⁸³

Die Gegenansicht beklagt hingegen die Konsequenzen der mit dieser Judikatur verbundenen „Zweiteilung“ des Rechtsschutzsystems: Während die Einhaltung eines Großteils der gesetzlichen Vorgaben – *zusätzlich* zu der im Zeitpunkt der *garde à vue* gewährleisteten Kontrolle durch die *autorité judiciaire* – einer nachträglichen Überprüfung durch eine unabhängige gerichtliche Instanz zugänglich ist, sollen ihr die sachliche Rechtfertigung und die – im Art. préI. III Abs. 4 CPP für alle Zwangsmaßnahmen gesetzlich geforderte – Verhältnismäßigkeit, insbesondere die Erforderlichkeit der Maßnahme, von vornherein vollständig entzogen sein. Indem die Cour de cassation es den Gerichten verbietet, die Fortdauer der Maßnahme vor Ablauf der gesetzlichen Fristen zu überprüfen, ist dem Betroffenen selbst der Einwand abgeschnitten, dass die *garde à vue* nachträglich zu verfahrensfremden Zwecken missbraucht wurde (*détournement de procédure*). War nur die Entscheidung über die Anordnung (oder Verlängerung) rechtmäßig, so scheidet offenbar jede gerichtliche Kontrolle der Dauer der Maßnahme aus, solange nicht das jewei-

⁵⁸⁰ Ch. mixte 7.7.2000, Bull. n° 257: „Attendu qu’en statuant ainsi, alors que la garde à vue, décidée sur le fondement de l’article 63, alinéa 1er, du Code de procédure pénale, n’avait pas dépassé le *délai légal* de vingt-quatre heures, l’ordonnance attaquée a violé ce texte“; Crim. 14.6.2006, n° 02-83.401: „Dès lors que [...] la personne à l’encontre de laquelle il existe des indices faisant présumer qu’elle a commis une infraction *peut être gardée à vue pendant une durée de 24 heures*, l’arrêt n’encourt pas les griefs allégués“ (H.d.d.A.).

⁵⁸¹ „[...] le temps strictement nécessaire à leur audition.“

⁵⁸² „[...] que le temps strictement exigé par l’établissement de son identité.“

⁵⁸³ *Guérin*, JCP G 2000, 2036; *Pradel*, JCP G 2011, Etude n° 665, Rn. 8: „risque d’un contentieux“; *Lennon*, D. 2005, 761; *Maron*, Dr. pén. 2005, Comm. n° 49, 28; *Rassat*, JCP G 2011, 1072 f.

lige gesetzliche Fristenintervall erreicht ist. Dies begünstige nicht nur die Verbreitung sogenannter *gardes à vue de confort*, also Bequemlichkeitsmaßnahmen, deren Aufrechterhaltung durch keinen sachlichen Grund gerechtfertigt ist, sondern öfne Zweckentfremdungen, etwa dem bewussten Einsatz der *garde à vue* als polizeiliches Sanktionsinstrument, Tür und Tor. Im Übrigen stehe die mit der räumlichen Distanz zur Polizei einhergehende Abhängigkeits- und Vertrauensbeziehung einer effektiven Kontrolle seitens der Staatsanwaltschaft zwangsläufig im Wege.⁵⁸⁴

Über die Konsequenzen, welche die 2011 erfolgte Einfügung gesetzlicher Haftgründe, die Aufwertung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und die Betonung des Ausnahmecharakters der *garde à vue* (*unique moyen*, Art. 62-2 CPP) für die nachträgliche gerichtliche Überprüfung bzw. Überprüfbarkeit der sachlichen Rechtfertigung der Maßnahme haben werden, lassen sich derzeit noch keine verbindlichen Aussagen treffen.⁵⁸⁵ Es steht zwar zu erwarten, dass die Cour de cassation zumindest eine (Minimal-)Kontrolle im Hinblick darauf zulassen wird, ob im Moment der Entscheidung über die Anordnung oder Verlängerung der Maßnahme tatsächlich ein Haftziel gemäß Art. 62-2 CPP angegeben (i.S.v. „angekreuzt“, siehe oben B.3.b.) wurde. Selbst wenn sie jedoch darüber hinaus auch eine Überprüfung des tatsächlichen Vorliegens des für einschlägig erachteten Haftgrundes gestatten sollte, sind einer effektiven Kontrolle wegen deren weiter und vager Formulierung von vornherein Grenzen gesetzt, zumal das Gesetz den Polizeibeamten insoweit keine Begründung in tatsächlicher Hinsicht aufgibt. Hinzu kommt, dass die Rechtsprechung bei der Kontrolle der *légalité interne*, d.h. der sachlichen Rechtfertigung einer Maßnahme in Bezug auf die materiellen gesetzlichen Vorgaben, etwa die Eignung zur Wahrheitsfindung, traditionell – auch außerhalb der *garde à vue* – einen weniger strengen Maßstab anlegt als bei der Kontrolle der *légalité externe*, d.h. der formellen Rechtmäßigkeit im Hinblick auf Form-, Frist- und Zuständigkeitsvorschriften.⁵⁸⁶ Ebenso fraglich ist, ob die Cour de cassation künftig eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle der *Anordnung* oder *Verlängerung* der Maßnahme im Hinblick auf das Vorhandensein weniger eingriffsintensiver Alternativen zulassen (Erforderlichkeitsprüfung) und ob darüber hinaus möglicherweise sogar eine Infragestellung des *Fortbestands* des Haftgrundes bzw. der Erforderlichkeit der Maßnahme *innerhalb* des jeweiligen 24-Stunden-Intervalls in Betracht kom-

⁵⁸⁴ *Conte*, JCP G 2005, 2324 f.; *Giudicelli*, RSC 2001, 192; *Herzog-Evans*, AJ Pén. 2005, 410; *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 806, 815; *Daoud/Mercinier*, AJ Pén. 2008, 269.

⁵⁸⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2530; *Lesclous*, Dr. pén. 2011, Chronique n° 7, 45; zuversichtlich im Hinblick auf eine Intensivierung der Kontrolle *Lasserre Capdeville*, Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16350, 2518; *Miansoni*, AJ Pén. 2012, 518; *Lelieur*, AJ Pén. 2010, 484; eine solche dagegen ablehnend *Rassat*, JCP G 2011, 1072 f.; *Pradel*, JCP G 2011, Etude n° 665, Rn. 8.

⁵⁸⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1987.

men wird.⁵⁸⁷ Da das Gesetz hierzu nach wie vor keine klare Aussage trifft, bleibt abzuwarten, ob die Cour de cassation von ihrem bisherigen Standpunkt abrücken wird, wonach diese Kontrolle ausschließlich und allein dem unmittelbar mit der Maßnahme befassten *magistrat*, d.h. in der Regel dem Staatsanwalt (Art. 62-3 Abs. 2 CPP), zusteht.⁵⁸⁸ Eine erst vor Kurzem ergangene Entscheidung deutet darauf hin, dass sie ihrer bisherigen Position treu bleiben wird.⁵⁸⁹

Eine Überprüfung durch die Cour de cassation selbst steht jedenfalls auch künftig nicht zu erwarten, da es sich bei den hier erörterten Fragen um solche tatsächlicher Natur (*questions de fait*) handeln dürfte, die ihrer Rechtskontrolle entzogen sind.

dd) Reichweite und Folgen der Nichtigkeit

Wird dem Nichtigkeitsbegehren stattgegeben, so obliegt es dem Gericht, darüber zu entscheiden, ob sich die mit der Annullierung der *garde à vue* verbundene Unverwertbarkeit – ausnahmsweise – auf sämtliche während der Haft gewonnenen Beweise (*nullité totale*) erstreckt oder ob eine Beschränkung der Nichtigkeitsfolge auf die konkret von dem Verstoß betroffenen Abschnitte der *garde à vue* in Betracht kommt (*nullité partielle*, Art. 174 Abs. 2 CPP). Während die nicht gerechtfertigte Verzögerung der zu Beginn der Maßnahme vorgeschriebenen Benachrichtigung des Staatsanwalts stets eine *nullité totale* nach sich ziehen soll, können etwa im Fall einer verspäteten Rechtsbelehrung nur die zeitlich vor der Belehrung durchgeführten Akte und Vernehmungabschnitte, bei einer Überschreitung der zulässigen Höchstdauer oder der Fortsetzung der Polizeihaft entgegen einem ärztlichen Haftuntauglichkeitsbefund nur die *nach* dem Verfahrensfehler erfolgten Ermittlungshandlungen annulliert werden.⁵⁹⁰

Das weitere Verfahren im Anschluss an die *garde à vue* – etwa die förmliche Beschuldigung, die Anordnung einer *détention provisoire* oder die Erhebung weiterer Beweise – wird nach ständiger Rechtsprechung nur insoweit von der Nichtigkeit der *garde à vue* erfasst, als diese dafür die „notwendige Grundlage“ (*le support nécessaire*) gebildet hat. Dies wird häufig zu verneinen sein, da es diesbezüglich bereits ausreichen soll, wenn die Folgemaßnahme zumindest *auch* auf reguläre

⁵⁸⁷ Wenngleich in Ziff. I.3 des Circulaire vom 23.5.2011 ausdrücklich davon die Rede ist, dass während des gesamten Verlaufs der *garde à vue* wenigstens eines der sechs in Art. 62-2 CPP genannten Motive vorliegen muss, lassen sich daraus keine Schlüsse zugunsten der Existenz einer entsprechenden nachträglichen gerichtlichen Kontrolle ableiten.

⁵⁸⁸ Offenlassend *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2530.

⁵⁸⁹ Crim. 18.11.2014, n° 14-81.332; *Allain*, AJ Pén. 2014, 549.

⁵⁹⁰ *Delage*, D. 2010, 247; Crim. 29.2.2000, Bull. n° 93; 10.5.2001, Bull. n° 119; 20.3.2007, Bull. n° 85 (verspätete Benachrichtigung des Staatsanwalts); 22.6.2000, Bull. n° 242; 27.6.2000, Bull. n° 246 (verspätete Belehrung); 27.10.2009, Bull. n° 176 (ärztlicher Haftuntauglichkeitsbefund).

Verfahrenselemente gestützt werden kann, also nicht *ausschließlich* auf den während der *garde à vue* erhobenen, nichtigen Beweisen beruht.⁵⁹¹

b) Losgelöst vom konkreten Strafverfahren

Da mangels Existenz einer nachträglichen Feststellungsklage keine Möglichkeit besteht, die Rechtmäßigkeit der *garde à vue* isoliert, d.h. unabhängig von einem sonstigen Klagebegehren, gerichtlich klären zu lassen, kommt eine richterliche Überprüfung der Maßnahme nur – aber immerhin⁵⁹² – inzidenter im Rahmen eines mit einer anderweitigen Zielrichtung geführten Gerichtsverfahrens in Betracht.

Ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch für den Fall eines späteren Freispruchs oder einer Einstellung des Verfahrens existiert nicht, da der Anwendungsbereich von Art. 149 CPP auf die *détention provisoire* beschränkt ist; im Übrigen würde er keine Prüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme beinhalten.⁵⁹³ Denkbar ist allerdings die Geltendmachung des unmittelbaren Staatshaftungsanspruchs aus Art. L. 141-1 COJ wegen Justizmissständen (*fonctionnement défectueux du service de la justice*). Für diesen vor den ordentlichen Gerichten einzuklagenden Anspruch bedarf es nicht unbedingt des Nachweises eines individuellen Fehlverhaltens eines Hoheitsträgers, sondern es reicht bereits das Vorliegen eines objektiven Missstands, der sich auch in einer Zusammenschau verschiedener Umstände ergeben kann, aus denen die Unfähigkeit der Justiz zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Funktionen hervorgeht (*faute lourde*).⁵⁹⁴ Im Zusammenhang mit der *garde à vue* wurde ein solcher Anspruch wegen des entwürdigenden und erniedrigenden Charakters der Maßnahme in einem Fall bejaht, in dem diese ungeachtet der Gesundheitsprobleme des Betroffenen – der schließlich sein Bewusstsein verloren hatte und in die Notaufnahme eines Krankenhauses verbracht werden musste – aufrechterhalten wurde.⁵⁹⁵ Nimmt man dieses Judikat zum Maßstab, so geht es offensichtlich um Extremfälle.⁵⁹⁶

⁵⁹¹ St. Rspr., Crim. 27.5.2014, n° 13-87.095; 20.5.2014, n° 13-83.512; 26.5.1999, Bull. n° 106; *Renaud-Duparc*, AJ Pén. 2014, 490; *Lesclous*, Dr. pén. 2014, Chronique n° 8, Rn. 29 ff. m.w.N.; *Guinchar/Buisson*, Proc. pén., Rn. 859; *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 25, S. 297; *Danet*, AJ Pén. 2005, 138 f.; *Delage*, APC 28 (2006), 139 f.

⁵⁹² Zu pauschal daher der i.Ü., d.h. in der pessimistischen Grundtendenz jedoch zutreffende Befund von *Guerrin*, in: Donier/Lapérou-Schneider (Hrsg.), *Accès au juge*, S. 612: „Enfin, il va sans dire que si des irrégularités ont été commises au cours d’une enquête policière n’ayant pas réuni suffisamment d’éléments pour saisir le juge de jugement, la victime d’éventuelles irrégularités ne peut *rien* faire. Elle n’a *aucun accès* à un juge susceptible de constater les manquements“ (H.d.d.A.).

⁵⁹³ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3643 ff.

⁵⁹⁴ Cass., Ass. plén. 23.2.2011, Bull. n° 5; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3703 f.; 3695, 3698.

⁵⁹⁵ Crim. 7.6.2006, Bull. n° 04-17.884.

⁵⁹⁶ Zur geringen praktischen Bedeutung siehe *Briand/Dubrocard*, Questionnaire, Nr. 37 S. 22: Zwischen 2008 und 2010 wurden im Schnitt pro Jahr 200 solcher Ansprüche ge-

In Betracht kommt außerdem die gerichtliche Feststellung der persönlichen Verantwortlichkeit des handelnden Polizeibeamten, die entweder zivil-, straf- oder aber disziplinarrechtlicher Natur sein kann – in der Praxis allerdings ebenfalls keine nennenswerte Rolle spielt.⁵⁹⁷

Die auch im Rahmen eines laufenden Strafverfahrens mögliche Geltendmachung eines *zivilrechtlichen* Anspruchs auf Schadensersatz, für den der Staat einstehen muss, setzt ein schweres Verschulden (*faute lourde*) voraus, dessen Nachweis dem Betroffenen nur bei besonders eklatanten Verstößen gelingen wird.⁵⁹⁸

Eine *strafrechtliche* Verantwortlichkeit kommt, abgesehen von den Fällen einer Körperverletzung im Amt,⁵⁹⁹ insbesondere auf Grundlage von Art. 432-4 CP in Betracht, der willkürliche – also rechtswidrige – Freiheitsentziehungen im Amt bei entsprechendem Vorsatz unter Strafe stellt.⁶⁰⁰ Eine Strafverfolgung, die sich auf eine Verletzung von strafverfahrensrechtlichen Vorschriften stützt, setzt gemäß Art. 6-1 CPP voraus, dass der behauptete Verfahrensverstöß in dem ursprünglichen Verfahren rechtskräftig festgestellt wurde.⁶⁰¹ Im Übrigen scheidet die Annahme einer willkürlichen Freiheitsentziehung für den Zeitraum aus, in dem die *garde à vue* aufgrund entsprechender Verdachtsmomente wirksam angeordnet war. Etwaige in ihrem Verlauf begangene Verfahrensfehler sind somit von vornherein unbeachtlich.⁶⁰² Eine Strafbarkeit nach dieser Vorschrift kommt daher im Grunde nur dann in Betracht, wenn eine die polizeiliche Freiheitsentziehung rechtfertigende Anordnung der *garde à vue* gänzlich unterblieben ist oder ihre gesetzliche Höchstdauer überschritten wurde. So hat etwa die Cour de cassation die Verurteilung eines Zollbeamten in einem Fall bestätigt, in dem eine Person über fünf Stunden gegen ihren Willen festgehalten wurde, ohne dass eine *retenue douanière* – als zollrechtliches

richtlich geltend gemacht, von denen wiederum nur ein geringer Teil Freiheitsentziehungen betraf.

⁵⁹⁷ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 207: „très marginale“; *Conte*, JCP G 2005, 2325: „hypothétique“, „bien improbable“; zuversichtlicher *Decocq/Montreuil/Buisson*, Droit de la police, Rn. 112 ff.

⁵⁹⁸ *Leroy*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 209; zur Zuständigkeit der ordentlichen Gerichtsbarkeit siehe TC 22.3.2004, *Stoffel*.

⁵⁹⁹ Siehe die Qualifikationstatbestände in Art. 222-8 Nr. 7, 222-10 Nr. 7, 222-13 Nr. 7 CP.

⁶⁰⁰ Zum Vorsatzerfordernis siehe *Casile-Hugues*, Abus d'autorité, in: Rép. pén., Rn. 49.

⁶⁰¹ *Vitu*, Atteintes à la liberté, in: JCl., Rn. 26; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1118 ff.; siehe etwa Crim. 7.12.2005, Bull. n° 325: Unzulässigkeit der Strafverfolgung wegen Falschdatierung des Protokolls über den Ablauf der *garde à vue*, wenn im ursprünglichen Verfahren kein entsprechender Fehler festgestellt wurde. Ob dieses Prozesshinderis einer Anklage auch dann entgegensteht, wenn die Nichtigkeit im ursprünglichen Verfahren – z.B. wegen einer Einstellung – gar nicht geltend gemacht werden konnte, erscheint fraglich, vgl. Crim. 28.1.1997, Bull. n° 37. Ggf. besteht jedoch die Möglichkeit einer Anrufung der Zivil- oder Verwaltungsgerichtsbarkeit, vgl. Crim. 14.2.2001, Bull. n° 42. Zur Verfassungskonformität der Vorschrift siehe Crim. 5.4.2011, n° 10-88.079.

⁶⁰² *Vitu*, Atteintes à la liberté, in: JCl., Rn. 25.

Pendant der *garde à vue* – angeordnet worden war.⁶⁰³ Lag einer Ausnahmeverlängerung der Polizeihaft über 48 Stunden hinaus dagegen die von einem Untersuchungsrichter getroffene rechtliche Qualifikation der Tat als „organisierte Kriminalität“ i.S.v. Art. 706-73 CPP zugrunde, so soll für die Annahme einer Strafbarkeit selbst dann kein Raum sein, wenn sich dessen rechtliche Bewertung als fehlerhaft erweist und das *régime dérogatoire* der *garde à vue* deshalb eigentlich gar nicht einschlägig war.⁶⁰⁴ Im Schrifttum wird der absolute Ausnahmecharakter entsprechender Verurteilungen im Zusammenhang mit der *garde à vue* betont.⁶⁰⁵

Im Rahmen eines *disziplinarrechtlichen* Verfahrens wegen Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit einer *garde à vue* kann zum einen der Generalstaatsanwalt als Dienstvorgesetzter (*supérieur hiérarchique*) dem Polizeibeamten seine Ermächtigung (*habilitation*) entziehen oder sie vorübergehend aufheben (Art. 13, 16 ff. CPP).⁶⁰⁶ Zum anderen kann die Untersuchungskammer (*chambre de l'instruction*) als Disziplinargerichtsbarkeit auf Antrag des Generalstaatsanwalts, ihres Vorsitzenden oder von Amts wegen Disziplinarsanktionen aussprechen (Art. 13, 224 ff., 227 CPP).⁶⁰⁷ Da im erstgenannten Fall nur dann ein Gericht mit der Sache befasst wird, wenn der Polizeibeamte gegen die Entscheidung des Generalstaatsanwalts einen Rechtsbehelf einlegt (Art. 16-2 CPP), und im zweitgenannten Fall kein Antragsrecht des von der Haft Betroffenen besteht (Art. 225 CPP), kann es sich aus dessen Sicht nicht um geeignete Instrumente zur Herbeiführung einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle seiner Freiheitsentziehung handeln.

Bei der persönlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeit des die Maßnahme kontrollierenden *magistrat* (Staatsanwalt bzw. Untersuchungsrichter) scheint es sich schließlich eher um ein theoretisches Szenario zu handeln. Zwar soll auch hier eine Strafbarkeit wegen willkürlicher Freiheitsentziehung (Art. 432-4 CP) in Betracht kommen,⁶⁰⁸ über einschlägige Verurteilungen oder Verfahren wird indes nicht berichtet. Da der Staat im Außenverhältnis für das dienstliche Fehlverhalten der *magistrats* schadensersatzrechtlich einstehen muss, können Staatsanwälte und Richter ausschließlich im Wege einer Regressklage vor einer Zivilkammer der Cour de cassation, niemals hingegen unmittelbar durch eine Privatperson zivilrechtlich belangt werden (Art. 11-1 Ordonnance n° 58-1270 vom 22.12.1958 portant loi orga-

⁶⁰³ Crim. 8.2.2012, n° 11-81.259.

⁶⁰⁴ Vgl. Crim. 5.12.1995, n° 95-81.213. Bloße Weisungen des Vorgesetzten haben allerdings keine rechtfertigende Wirkung, Crim. 12.10.1993, Bull. n° 285.

⁶⁰⁵ *Roussel*, AJ Pén. 2012, 292: „exceptionnel“; „rarissime“; ähnlich *Vitu*, Atteintes à la liberté, in: JCl., Rn. 10: „peu nombreuses“.

⁶⁰⁶ *Leroy*, Proc. pén., Rn. 507.

⁶⁰⁷ Macht der Generalstaatsanwalt von seiner Befugnis aus Art. 16 CPP Gebrauch, so hindert das nicht den Ausspruch von Sanktionen gemäß Art. 227 CPP, Crim. 4.5.1988, Bull. n° 191. Zum Verfahren siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 922 ff.

⁶⁰⁸ *Casile-Hugues*, Abus d'autorité, in: Rép. pén., Rn. 40, 45; siehe auch *Canivet/Joly-Hurard*, RIDC 4 (2006), 1054 f.

nique relative au statut de la magistrature).⁶⁰⁹ Hingewiesen sei schließlich noch auf die Möglichkeit disziplinarrechtlicher Sanktionen (Art. 43 ff. Ordonnance n° 58-1270 vom 22.12.1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature), die im Rahmen der Ausführungen zur Justizhaft – wo sie eine etwas größere Rolle spielt – ein wenig näher beleuchtet werden soll (siehe unten III.E.3.b.cc.).

⁶⁰⁹ Siehe Art. L. 141-2 f. COJ. Nach *Magendie*, D. 2003, 1179, wurden solche staatlichen Regressansprüche in der Vergangenheit noch *nie* gerichtlich geltend gemacht.

III. Justizhaft: *Détention provisoire*

A. Grundlagen

1. Begriff, Bedeutung und Historie

a) Terminologie und Definition

Die gegenwärtige Bezeichnung (wörtlich: „vorläufige Haft“) hat 1970 den – bis dato als Gegenstück zur *liberté provisoire* konzipierten – Begriff der *détention préventive* („Präventivhaft“) ersetzt.¹ Durch die Namensänderung sollte der Ausnahmecharakter der Haft auch auf terminologischer Ebene stärker betont werden: Solange keine rechtskräftige Verurteilung existiert, ist nicht die Freiheit das Provisorium, sondern die Haft. In Umgangssprache und Polizeijargon ist die informelle Bezeichnung als „la préventive“ freilich bis heute erhalten geblieben.

Nachdem der CPP selbst keine Legaldefinition bereitstellt, bemüht sich das Schrifttum um eine begriffliche Erfassung der wesentlichen Charakteristika der Maßnahme. Meist wird dabei auf die Anordnungscompetenz (bis 2000: Untersuchungsrichter, seither: Grundrechte- und Haftrichter; allgemein: Richter), das einschlägige Verfahrensstadium (grundsätzlich: gerichtliche Voruntersuchung; allgemein: Zeitraum vor rechtskräftigem Urteil), den Adressatenkreis (grundsätzlich: förmlich Beschuldigter; allgemein: Tatverdächtiger) und den Ort der Haft (Haftanstalt) abgestellt.² Wegen der gerade im Hinblick auf die Zwecke der *garde à vue* auszumachenden Überschneidungen eignet sich das finale Kriterium insoweit nicht als eindeutiges Abgrenzungsmerkmal.³

¹ Gesetz n° 70-643 vom 17.7.1970. Auslandsrechtliche und vergleichende Untersuchungen bedienen sich zur Übersetzung im Anschluss an *Jescheck/Krümpelmann* (Hrsg.), Untersuchungshaft, soweit ersichtlich ausnahmslos und stets ohne nähere Begründung des Terminus „Untersuchungshaft“, siehe *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 35 ff.; *Pfefferkorn*, Einführung, S. 155 ff.; *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 11 f.

² Siehe nun statt vieler Art. 431-1 CPP-E des Avant-projet vom 1.3.2010: „une mesure privative de liberté ordonnée par le juge de l’enquête et des libertés [ou par les juridictions de jugement] par laquelle la partie pénale est, à titre exceptionnelle, détenue dans un établissement pénitentiaire, en raison des nécessités de l’enquête ou à titre de mesure de sûreté“.

³ Die funktionalen Überschneidungen heben hervor *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 357; *Leroy*, Proc. pén., Rn. 475; *ders.*, Garde à vue, in: JCl., Rn. 11; *Rassat*, JCP G 2011, 1072; *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 815. Ganz überwiegend werden deshalb zur Abgrenzung von der *garde à vue* formale Kriterien bemüht, siehe *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 141.32: Ort der Haft; *Pradel*, Proc. pén., 724: Anordnungszuständigkeit. Vgl. auch *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 48 f., wonach die *garde à vue* sich in formaler Hinsicht als *aliud* zur *détention provisoire* darstelle, wohingegen sie materiell ein – funktionsverwandtes – Diminutiv sei.

b) *Qualitative und quantitative Bedeutung*

Als mitunter mehrjährige Freiheitsentziehung ist die *détention provisoire* die eingriffsintensivste Maßnahme, die im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung ergriffen werden kann. Zugleich gilt sie als Schlüsselmoment der gerichtlichen Voruntersuchung, die ihr klassisches Hauptanwendungsfeld bildet.⁴ Die rechtspolitischen Kontroversen, die sich seit jeher um sie entfachen, machen sie nicht nur zu einer der – neben der *garde à vue* – umstrittensten Figuren des Strafprozessrechts, sondern auch zu einem der bevorzugten Schauplätze gesetzgeberischer Innovationen, wie die unablässigen Reformen und Reformbestrebungen belegen.⁵

Da die Verhängung der Maßnahme gerade in der Öffentlichkeit häufig als Vorurteil bzw. vorweggenommene Strafe (*pré-jugement* bzw. *pré-sanction*) interpretiert wird, erweist sie sich im Hinblick auf die Unschuldsvermutung als besonders problematisch.⁶ Der Betonung ihres strikten Ausnahmecharakters steht indes die Einsicht gegenüber, dass es sich um ein notwendiges Übel handle (*théorie du mal nécessaire*).⁷ Die Rechtfertigung dieser Freiheitsentziehung fußt auf zwei Säulen (*double nécessité*): Zum einen dient die Haft den „Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung“ (*nécessités de l’instruction*), insbesondere der Beweissicherung; zum anderen ist sie eine „Sicherungsmaßnahme“ (*mesure de sûreté*), welche die Sicherstellung des Beschuldigten sowie den Schutz der Allgemeinheit vor ihm bezweckt. Diese heute in Art. 137 CPP kodifizierte und im Schrifttum weitgehend unbestrittene Doppelzielrichtung geht zurück auf die haftrechtsdogmatischen Studien von *Faustin Hélie* (1799–1884), die im vergangenen Jahrhundert von *Jean Carbonnier* (1908–2003) fortentwickelt wurden. Zwar legten beide Autoren noch eine dreifache Differenzierung (*triple nécessité*) zugrunde, bei der die Garantiefunktion bezüglich der Urteils- und Strafvollstreckung (*garantie de l’exécution du jugement/de la peine*) als eigenständige, dritte Funktion zu den beiden oben bezeichneten Gesichtspunkten hinzutreten sollte.⁸ Der Sache nach ist mit der das geltende Recht kennzeichnenden Beschränkung auf eine Doppelfunktion jedoch keine Änderung einhergegangen, denn der Aspekt der Anwesenheitssicherung, in dem sich die Garantiefunktion bezüglich der Urteilsvollstreckung konkretisiert hatte, geht heute in dem Charakter der *détention provisoire* als Sicherungsmaßnahme auf.

Ausweislich der vom Justizministerium veröffentlichten Daten belief sich die Anzahl der in *détention provisoire* befindlichen Personen am 1.1.2012 auf 16.279

⁴ *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 9: „moment-clé de l’instruction“.

⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2701.

⁶ *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 3; *Rassat*, Proc. pén., Rn. 484.

⁷ *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 37 ff.; *Robert*, in: ders. (Hrsg.), Détention provisoire, S. 263.

⁸ *Hélie*, Traité IV, Rn. 1948 ff.; *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 51 ff.

Personen, was bei einer Gefängnispopulation von 64.787 Häftlingen einem Anteil von 25,1 % entspricht.⁹ Bei einer Gesamtkapazität für 57.236 Häftlinge betrug die Überauslastung der Gefängnisse somit 113 % (2003: 125 %). Unter Zugrundelegung der Schätzung der Einwohnerzahlen vom 1.1.2012 (65.280.857)¹⁰ befanden sich zu diesem Zeitpunkt 24,9 Personen pro 100.000 Einwohner in *détention provisoire*.

Während die Gesamtzahl der Häftlinge kontinuierlich ansteigt (1999: 48.861 – 2003: 51.827 – 2007: 58.402), lässt sich bei der Anzahl der in *détention provisoire* festgehaltenen Personen (1999: 18.101 – 2003: 19.783 – 2007: 18.483) und vor allem bei deren Quote im Verhältnis zur Gesamtzahl der Gefängnisinsassen (1999: 37,0 % – 2003: 38,2 % – 2007: 31,6 %) eine rückläufige Tendenz beobachten.¹¹ Betrachtet man die Gefängnisneuzugänge, so stellt sich die *détention provisoire* zwar nach wie vor als klassischer Weg in die Haftanstalt dar: 2011 entfielen bei insgesamt 88.058 Haftantritten 53,7 % auf die *détention provisoire* (47.315) und 46,3 % auf verurteilte Straftäter (40.743); dabei sind 45,3 % dieser *détentions provisoires* (21.432) im beschleunigten Verfahren der *comparution immédiate* zustande gekommen. Im Vergleich zu früheren Erhebungszeiträumen ist jedoch auch hier ein Rückgang festzustellen: 2002 etwa verteilten sich die 76.837 Gefängnisneuzugänge noch zu 24% auf rechtskräftig verurteilte Straftäter (18.441) und zu 76 % auf die *détention provisoire* (58.396); 53,9 % der *détention provisoire*-Fälle entfielen dabei auf die *comparution immédiate* (31.503), davon je die Hälfte vor, die Hälfte nach erstinstanzlicher Verurteilung. In der gerichtlichen Voruntersuchung wurde 2011 in 15.871 Fällen (2002: 17.586) eine *détention provisoire* und in 21.348 Fällen (2002: 21.538) gerichtliche Kontrollauflagen (*contrôle judiciaire*, inklusive elektronischer Überwachung) angeordnet. 2010 wurden im Rahmen der *comparution immédiate* 15.291 Haftbefehle und 9.702 gerichtliche Kontrollauflagen ausgesprochen.¹²

2011 betrug die Durchschnittsdauer der *détention provisoire* 4,1 Monate. Die Aussagekraft dieses Mittelwerts ist insofern limitiert, als er unterschiedslos sowohl die relativ kurze, mehrtägige bzw. mehrwöchige Haft im Rahmen des beschleunigten Verfahrens der *comparution immédiate*, als auch die in der Regel mehrmonatige bzw. mehrjährige Haft in Verfahren mit einer gerichtlichen Voruntersuchung erfasst. Stellt man auf die 2011 ausgesprochenen Verurteilungen ab, die im Anschluss an eine *détention provisoire* ergangen sind (30.531 Fälle bei insgesamt 603.994 Verurteilungen = 5,05 %), so ergibt sich ein differenzierteres Bild: Bei

⁹ Ministère de la Justice, Chiffres clés 2012, S. 28. Sämtliche der nachfolgend dargestellten Werte für 2011/2012 sind dieser Publikation entnommen (S. 16–18, 27–29). Die Vergleichswerte für 2002/2003 entstammen der Ausgabe von 2003 (S. 17, 27 f.).

¹⁰ Quelle: Institut national de la statistique et des études économiques (www.insee.fr).

¹¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2701 m.w.N.

¹² Ministère de la Justice, Annuaire statistique, S. 129

Verfahren, die ein Verbrechen zum Gegenstand hatten (1.787 Fälle bei insgesamt 2.456 Verurteilungen vor dem Geschworenengericht = 72,7 %) – wo also eine gerichtliche Voruntersuchung zwingend stattfinden musste, während eine *comparution immédiate* ausschied – betrug die Durchschnittsdauer der *détention provisoire* 24,2 Monate. Bei Verurteilungen, denen ein Vergehen zugrunde lag (28.732 Fälle bei insgesamt 487.351 Verurteilungen vor dem Korrekionalgericht = 5,9 %), betrug sie in Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung 6,6 Monate (15.556 Fälle), im Rahmen des beschleunigten Verfahrens (13.176 Fälle) 0,5 Monate. Stellt man nur auf die Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung ab, so dauerte die *détention provisoire* 2011 mithin durchschnittlich 8,4 Monate. Insofern ist ein deutlicher Anstieg zu verzeichnen: 1990 belief sich dieser Wert noch auf 5,3 Monate, 1995 auf 5,9 Monate, 2000 auf 6,5 Monate und 2005 schließlich auf 8,7 Monate.¹³ Der Anteil der Verfahren von 2010, in denen die Haft bei Vergehen kürzer als einen Monat dauerte, betrug 42 % (12.222 Fälle); in 13,8 % der Fälle (4.220 Fälle) dauerte sie länger als ein Jahr (bei Verbrechen: 83 % = 1.615; bei Vergehen: 9 % = 2.605).¹⁴

Eine statistische Aufschlüsselung der *détention provisoire*-Zahlen nach Haftgründen existiert nicht.¹⁵ Im Übrigen wird eine belastbare (Langzeit-)Auswertung dadurch erschwert, dass die verschiedenen Quellen häufig unterschiedliche Bezugsparameter (Stichtage, Verfahrensstadium, anordnende Instanz, geografische Reichweite) zugrunde legen. Selbst Werte für vermeintlich identische Zeiträume und Erhebungsgrößen divergieren deshalb nicht selten.¹⁶ Ungeachtet dessen werden die beiden im Schrifttum identifizierten Hauptentwicklungstendenzen, wonach die quantitative und proportionale Häufigkeit der *détention provisoire* leicht rückläufig ist, während die Dauer der Maßnahme bei Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung ansteigt, durch die oben wiedergegebenen Zahlen bestätigt.¹⁷ Der zahlenmäßige und anteilige Rückgang im Verhältnis zur Strafhaft wird nicht zuletzt auf die steigende Bedeutung des beschleunigten Verfahrens der *comparution immédiate* zurückgeführt. Da in deren Rahmen zeitnah – d.h. ggf. in unmittelbarem Anschluss an die Vorführung aus der *garde à vue* – bis zu zehnjährige Haftstrafen ausgesprochen werden können, erübrigt sich die Anordnung einer (längerfristigen) *détention provisoire* vielfach.¹⁸ Die steigende Haftdauer bei Verfahren mit *instruc-*

¹³ Commission de suivi de la *détention provisoire*, Rapport 2007, S. 49.

¹⁴ Ministère de la Justice, Annuaire statistique, S. 125.

¹⁵ Zur Verteilung nach Deliktgruppen siehe Ministère de la Justice, Annuaire statistique, S. 125.

¹⁶ *Aubusson de Cavarlay*, La *détention provisoire*, S. 1; Commission de suivi de la *détention provisoire*, Rapport 2006, S. 67 ff.; dies., Rapport 2007, S. 48; vgl. auch *Knappen/van der Linden*, in: van Kalmthout u.a. (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 366 ff.

¹⁷ *Aubert*, RSC 2012, 458 f.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2701; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.41 f.

¹⁸ Commission de suivi de la *détention provisoire*, Rapport 2007, S. 72 ff.

tion beruht insbesondere darauf, dass eine gerichtliche Voruntersuchung heute, im Gegensatz zu früheren Zeiten, nur noch in besonders schweren und komplexen Verfahren stattfindet, deren Dauer naturgemäß länger ist – und kontinuierlich steigt: 2011 betrug die Durchschnittsdauer der gerichtlichen Voruntersuchung bei Verbrechen 23,7 Monate (2002: 18,1), bei Vergehen 25,8 Monate (2002: 17,7).¹⁹

c) Entstehung, Kodifikation, Reform und Entwicklungstendenzen

aa) Entstehung und Kodifikationen

Obleich die anwesenheitssichernde Verhaftung bei schwereren Tatvorwürfen bereits im Akkusationsverfahren des Mittelalters eine gewisse Rolle spielte, war die eigentliche Entstehung strafprozessualer Freiheitsentziehungen im Vorfeld einer Verurteilung an die Herausbildung des inquisitorischen Verfahrens im 14. Jahrhundert geknüpft. Hier wuchs ihnen bald schon eine beachtliche Bedeutung zu – auch im Hinblick auf das Ziel, dem Betroffenen, mitunter im Wege der Folter (*question*), das wegen des Prinzips der gesetzlichen Beweisregeln (*système de preuve légale*) meist unabkömmliche Geständnis zu entreißen. War vorher die Freilassung (gegen Sicherheitsleistung) die Regel, so bestand die Haft fortan häufig während der gesamten Dauer des Verfahrens, ohne dass der Richter an gesetzliche Haftgründe gebunden gewesen wäre. Die entsprechenden Haftbefehle (*décrets*) waren Gegenstand sowohl der Ordonnance de Villers-Cotterêts von 1539 (Art. 25) als auch der Ordonnance criminelle von 1670. Letztere bildete bis zur Revolution die gesetzliche Grundlage des Strafverfahrens und widmete ihnen bereits ein eigenes Kapitel (*Titre X – Des décrets, de leur exécution et des élargissements*).²⁰

Die Kritik der Aufklärung, die in der Déclaration von 1789 gipfelte, zielte vor allem auf die Abschaffung der willkürlichen königlichen Haftbriefe (*lettres de cachet*), wohingegen bei der strafprozessualen Haft lediglich Forderungen nach einer Optimierung ihrer (u.a. gesetzlichen) Rahmenbedingungen im Raum standen.²¹ Der strikte Ausnahmecharakter der Inhaftierung nicht rechtskräftig Verurteilter, den Art. 9 DDHC verkündet, schlug sich allerdings im CIC von 1808 zunächst ebenso wenig nieder, wie das liberale Gedankengut der Aufklärung. Stattdessen war der vornehmlich auf die Effektivität der Strafverfolgung bedachte Geist der Verordnung von 1670 weiterhin sehr präsent: Bei Verbrechen war die *détention préventive* für die gesamte Dauer des Verfahrens zwingend; der als vorläufig verstandene

¹⁹ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2701.

²⁰ Guyon, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 51 ff.; Grebing, *Untersuchungshaft*, S. 53 f.; Chambon/Guéry, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.11; Dourneau-Josette, *Détention provisoire*, in: *Rép. pén.*, Rn. 168.

²¹ Grebing, *Untersuchungshaft*, S. 56 ff.; Martucci, in: Robert (Hrsg.), *Détention provisoire*, S. 41; Delmas Saint-Hilaire, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 18 f.; Carbonnier, *Liberté individuelle*, S. 10 ff.

Verbleib in Freiheit gegen Kautions kam nur bei Vergehen in Betracht und war zu lasten bestimmter Personen (Wiederholungstätern, Landstreichern o.Ä.) von vornherein ausgeschlossen (Kap. VIII: *De la liberté provisoire et du cautionnement*, Art. 113 ff. CIC).²² Stellte sich die Haft vor der Verurteilung in der ursprünglichen Fassung des CIC somit im Grunde noch als Selbstverständlichkeit dar, so war es ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eines der Hauptanliegen des Gesetzgebers, Anwendungsbereich, Häufigkeit und Dauer der *détention provisoire* zu reduzieren.²³

bb) Frühe Reformen bis zur großen Haftrechtsreform von 1970

In dem liberalen Grundanliegen, ihren Ausnahmeharakter („Ob“ und „Wie“ der Haft) zu optimieren, ist die *détention préventive* bzw. *provisoire* seit ihrer Normierung im CIC so häufig reformiert worden, wie wohl keine andere strafprozessuale Materie.²⁴ Im Folgenden soll ein komprimierter Überblick über die zentralen Stationen der Reform und die wesentlichen Entwicklungslinien gegeben werden. Er muss sich angesichts der Fülle der gesetzgeberischen Interventionen auf die für das Verständnis des geltenden Rechts wesentlichen Gesichtspunkte beschränken.

– Das Gesetz vom 14.7.1865 erweiterte die Möglichkeiten des Richters, von der *détention préventive* abzusehen bzw. diese aufzuheben. Eine Freilassung des Beschuldigten kam fortan auch bei Verbrechen in Betracht. War die Stellung einer Kautions bislang zwingende Voraussetzung für die Freilassung, so wurde deren Auferlegung nunmehr ins Ermessen des Richters gestellt. Bei Vergehen bestand ein gesetzlicher Anspruch auf Freilassung binnen fünf Tagen nach der ersten Vernehmung, wenn die Strafandrohung zwei Jahre nicht überschritt, der Betroffene einen festen Wohnsitz vorweisen konnte und nicht vorbestraft war.²⁵

– Wenngleich die Loi Constans vom 8.12.1897 insofern auch auf die *détention préventive* Auswirkungen hatte, als sie den förmlich Beschuldigten als ihren potenziellen Adressaten mit Verteidigungsrechten (Schweigerecht, Anwalt) ausstattete, so lag dieser Neuregelung doch keine haftrechtsspezifische Intention zugrunde.²⁶

²² Grebing, Untersuchungshaft, S. 60 ff.; Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 141.12 f.

²³ Rassat, Proc. pén., Rn. 483; Robert, in: ders. (Hrsg.), *Détention provisoire*, S. 19; Leroy, Proc. pén., Rn. 731.

²⁴ Vgl. Rassat, Propositions, S. 164; dies., Proc. pén., Rn. 485: „trente-quatre réformes successives et donc trente-cinq régimes différents“; Robert, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 107.

²⁵ Grebing, Untersuchungshaft, S. 62–64; Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 141-13; Merle/Vitu, *Traité II*, Rn. 467.

²⁶ Robert, in: ders. (Hrsg.), *Détention provisoire*, S. 20; Carbonnier, *Liberté individuelle*, S. 18.

– Die liberale Tendenz der Gesetze von 1865 und 1897 erreichte mit dem Gesetz über die Garantien der individuellen Freiheit vom 7.2.1933, das diesmal speziell die *détention préventive* zum Gegenstand hatte, ihren vorläufigen Höhepunkt. Bei Vergehen mit einer Straferwartung von unter zwei Jahren war die Maßnahme gegenüber nicht vorbestraften Beschuldigten mit festem Wohnsitz ab sofort ausgeschlossen. In den übrigen Fällen sollte ihre Dauer zunächst auf fünf Tage beschränkt sein. Eine Verlängerung war zwar möglich, sie musste jedoch nach belgischem Vorbild in regelmäßigen Abständen von je einem Monat erneuert werden. Die grundlegendste Änderung bestand darin, dass mit dem haftrechtlichen Monopol des Untersuchungsrichters gebrochen wurde: Zwar sollte auch weiterhin die Anordnungscompetenz für die Maßnahme bei ihm verbleiben; die Entscheidung über die Verlängerung der Haft wurde jedoch in die Hände eines Kollegialorgans (*chambre du conseil*) gelegt, sobald ihre Dauer 15 Tage überschritt.²⁷

– Die mit der Reform von 1933 erzielten Fortschritte konnten sich nur kurzzeitig gegen die Widerstände der Praxis im Hinblick auf die mit der Formalisierung der Abläufe einhergehende Schwerfälligkeit und Verzögerung des Verfahrens behaupten: Bereits das Gesetz vom 25.3.1935 schaffte die *chambre du conseil* ab und stellte die Vormachtstellung des Untersuchungsrichters, der lediglich im Fall einer Haftfortdauer über zweieinhalb Monate hinaus der Genehmigung eines Richterkollegiums (*chambre d'accusation*) bedurfte, wieder her. Das gesetzvertretende Dekret vom 18.11.1939 hob schließlich auch die übrigen liberalen Neuerungen von 1933 auf. Das Haftrecht war damit im Wesentlichen wieder auf dem Stand von 1865.²⁸

– Erst im Zusammenhang mit dem Erlass des CPP von 1958 wurde die *détention préventive* erneut auf den Prüfstand gestellt, um deren Häufigkeit und Dauer einzugrenzen. Obwohl das Gesetz erstmals explizit den Ausnahmeharakter dieser Haft (Art. 137 CPP) betonte, blieb es bei der konkreten Ausgestaltung hinter den mit dieser Proklamation verbundenen Erwartungen zurück. Immerhin konnte der Betroffene nun jederzeit eine Haftprüfung beantragen und im Fall einer negativen Bescheidung einen Rechtsbehelf einlegen.²⁹

– Die bedeutendste Haftrechtsreform des 20. Jahrhunderts wurde mit dem Gesetz n° 70-643 vom 17.7.1970 verwirklicht.³⁰ Über die weitreichende Neufassung

²⁷ Grebing, Untersuchungshaft, S. 65–69; Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 9; Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 141.13; Merle/Vitu, Traité II, Rn. 467.

²⁸ Grebing, Untersuchungshaft, S. 69–70; Merle/Vitu, Traité II, Rn. 467; Carbonnier, Liberté individuelle, S. 19 ff.

²⁹ Grebing, Untersuchungshaft, S. 86–87; Merle/Vitu, Traité II, Rn. 467; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2702.

³⁰ Zur Entstehung Grebing, Untersuchungshaft, S. 212 ff.; aus rechtsvergleichender Sicht siehe Jescheck, in: Ancel (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 387; Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 141.22; Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 11; Merle/Vitu, Traité II, Rn. 468.

der einschlägigen gesetzlichen Regelungen hinaus hat es ein die Materie bis heute prägendes Umdenken gegenüber dem bisherigen System veranlasst: Vorläufigen Charakter hat seither nicht mehr die Freiheit (bisher: *liberté provisoire*), sondern die Haft (seither: *détention provisoire*). Diese Idee kommt in den beiden zentralen Neuerungen zum Ausdruck, die das Gesetz in sachlicher Hinsicht herbeigeführt hat: Zum einen muss der Untersuchungsrichter die Anordnung der *détention provisoire* fortan anhand der in Art. 144 CPP definierten gesetzlichen Kriterien begründen. Die Entscheidung über die Haft war damit – zumindest bei Vergehen – nicht mehr in das subjektive Ermessen des Untersuchungsrichters gestellt (*principe d'opportunité*), sondern musste aufgrund gesetzlicher und damit gerichtlich nachprüfbarer Haftgründe ergehen (*principe de légalité*). Zum anderen hat der Gesetzgeber mit dem Institut des *contrôle judiciaire* eine gegenüber dem Ausspruch der Haft vorrangige Möglichkeit der Anordnung gerichtlicher Kontrollauflagen (*obligations du contrôle judiciaire*, Art. 138 CPP) geschaffen. In ihrer Eigenschaft als freiheitsbeschränkende Haftsurrogate sollen sie den Untersuchungsrichter in geeigneten Fällen von der strikten Alternative zwischen Freiheit und Haft entbinden.

cc) Jüngere Reformen und Entwicklungstendenzen seit 1970

Angesichts der schier überwältigenden Anzahl und Frequenz der seitdem verabschiedeten Reformgesetze,³¹ die – mit Ausnahme etwa des Gesetzes n° 2000-516 vom 15.6.2000 – vorwiegend Einzelaspekte betrafen, erscheint eine Detaildarstellung der weiteren Chronologie wenig opportun.³² Stattdessen sollen die zentralen normativen Entwicklungslinien der vergangenen viereinhalb Jahrzehnte kurz umrissen werden.³³ Der seither ergangenen Gesetzgebung ist gemeinsam, dass es von wenigen Ausnahmen abgesehen stets darum ging, den Ausnahmecharakter der Maßnahme weiter zu verschärfen.³⁴ In den vergangenen fünf Jahren, als wie gesehen die Polizeihaft und das polizeiliche Ermittlungsverfahren – bzw. allgemeiner: die Umsetzung der einschlägigen europarechtlichen Vorgaben – im Fokus der Reformdiskussion und -gesetzgebung standen, erwies sich das Recht der *détention provisoire* als bemerkenswert stabil.

– Fortentwicklung und Ausweitung des Systems der Haftalternativen

Die ursprünglich 12 in Art. 138 CPP aufgeführten Verpflichtungen, die Gegenstand gerichtlicher Kontrollauflagen (*contrôle judiciaire*) sein können, wurden suk-

³¹ *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 11: „une cascade de lois“; *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 469: „long et cahotique [sic.] cheminement“; „instabilité législative“; *Leblois-Happe*, *AJ Pén.* 2003, 9.

³² Für strikt chronologische Darstellungen siehe *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 11–17; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.23–141.30.

³³ Ähnlich *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2702.

³⁴ *Leroy*, *Proc. pén.*, Rn. 732; *Fourment*, *Proc. pén.*, Rn. 472.

zessive auf gegenwärtig insgesamt 17 Ge- und Verbote ausgedehnt. Der mit Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 als besondere Ausführungsmodalität der Haft konzipierte Hausarrest mit elektronischer Überwachung (*surveillance électronique*) wurde durch Gesetz n° 2002-1138 vom 9.9.2002 in eine gerichtliche Kontrollauflage (Art. 138 Abs. 2 CPP a.F.) umgewandelt, bevor der Gesetzgeber ihn schließlich mit Gesetz n° 2009-1346 vom 24.11.2009 zu einer eigenständigen dritten Option – neben *détention provisoire* und *contrôle judiciaire* – aufgewertet hat (*assignation à résidence*).

– Beseitigung des Anordnungsmonopols des Untersuchungsrichters

Die wahrscheinlich kontroverseste, jedenfalls aber am ungleichmäßigsten verlaufene Entwicklung im Recht der *détention provisoire* betrifft die Frage nach der Anordnungszuständigkeit, die seit einer Reform des CIC aus dem Jahr 1856 – de facto aber auch schon zuvor – allein in den Händen des Untersuchungsrichters gelegen hatte.³⁵ Die Bedenken, die sich seit der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts gegenüber seiner haftrechtlichen Omnipotenz geregt hatten, waren mit Blick auf seine Doppelfunktion als Ermittlungs- und Kontrollorgan vor allem durch strukturell bedingte Zweifel an seiner Unvoreingenommenheit genährt worden. Ebenso, wie der erste ernsthafte Anlauf zu einer Beschneidung seiner haftrechtlichen Kompetenzfülle im Jahr 1933 erfolglos geblieben war, scheiterten auch die Ende des vergangenen Jahrhunderts unternommenen Versuche seiner Ablösung durch ein Kollegialorgan: Das Gesetz n° 85-1303 vom 10.12.1985, das Untersuchungskammern (*chambres d'instruction*) mit der Entscheidung über die Haftanordnung betrauen wollte, wurde noch vor seinem Inkrafttreten durch das Gesetz n° 87-1062 vom 30.12.1987 aufgehoben.

Das gleiche Schicksal ereilte die in diesem Gesetz an ihrer statt vorgesehenen Haftkammern (*chambres des demandes de mises en détention*), welche durch Gesetz n° 89-461 vom 6.7.1989 abgeschafft wurden, bevor die Reform in Vollzug gesetzt wurde. Nicht anders erging es schließlich den im Gesetz n° 93-2 vom 4.1.1993 geregelten Haftprüfkammern (*chambres d'examen des mises en détention provisoire*), deren geplanter Tätigkeitsaufnahme ab 1994 das Gesetz n° 93-1013 vom 24.8.1993 zuvorkam.³⁶ Immerhin hatte die Anordnung und Verlängerung der Haft für eine sechsmonatige Übergangszeit von April bis September 1993 in den Händen eines vom TGI-Präsidenten beauftragten, im Übrigen am Verfahren unteiligten *juge délégué* gelegen, der die Entscheidung als Einzelrichter anstelle des Untersuchungsrichters traf. Zwar war diese Übergangslösung aufgrund technischer Mängel und normativer Ungereimtheiten (etwa wegen des Fortbestands der Zuständigkeit des Untersuchungsrichters für Entscheidungen über Haftbeschwerden)

³⁵ Pradel, Proc. pén., Rn. 734; siehe Robert, in: Cour de cassation (Hrsg.), *Quête de cohérence*, S. 50 f.

³⁶ Pradel, Proc. pén., Rn. 734; Chambon/Guéry, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.22 f.

in der Praxis auf Vorbehalte gestoßen. Der Gesetzgeber griff das Modell eines außerhalb des Verfahrens stehenden Einzelrichters in dem Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 gleichwohl auf und verhalf ihm zum Durchbruch, indem er dem Untersuchungsrichter einen „Grundrechte- und Haftrichter“ an die Seite gestellt hat, der seither grundsätzlich für alle haftrelevanten Entscheidungen zuständig ist.³⁷

– Ausdehnung und Verschärfung des Begründungserfordernisses

Die mit Gesetz n° 70-643 vom 17.7.1970 eingeführte Pflicht zur Begründung der Haft anhand der in Art. 144 CPP genannten Kriterien (*principe de légalité*), die zunächst auf den Bereich der Vergehen beschränkt war, wurde durch Gesetz n° 89-461 vom 6.7.1989 auf Verbrechen ausgedehnt und damit verallgemeinert.³⁸ Die konkrete Formulierung der in dieser Vorschrift aufgezählten Haftgründe war seither Gegenstand mannigfacher Reformen. Neben Änderungen vorwiegend redaktioneller Natur, die etwa das Nummerierungssystem betrafen, war der Gesetzgeber vor allem um eine restriktivere Fassung des zunehmend als problematisch erkannten Haftgrundes der Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung bemüht (Gesetze n° 96-1235, 2000-516 und 2007-291 vom 30.12.1996, 15.6.2000 und 5.3.2007).³⁹

– Beschränkung und automatische Überprüfung der Haftdauer

Um das Problem der überlangen Haftdauer in den Griff zu bekommen, hat der Gesetzgeber zeitliche Obergrenzen (*délai butoir*) eingeführt, deren Höhe sich insbesondere danach richtet, ob Gegenstand des Tatvorwurfs ein Vergehen oder ein Verbrechen ist. Da die der gesetzlichen Regelung zu entnehmenden Höchstfristen ihrerseits in Intervalle aufgeteilt sind, deren Überschreitung jeweils einer gerichtlichen Entscheidung über die Verlängerung bedarf, ist sichergestellt, dass in regelmäßigen Abständen und von Amts wegen ein Richter mit der Überprüfung der Maßnahme befasst wird. Waren die durch Gesetz n° 75-701 vom 6.8.1975 geschaffenen Obergrenzen noch auf den Bereich bestimmter Vergehen beschränkt, so wurde diese Regelungstechnik durch Gesetz n° 89-461 vom 6.7.1989 auch auf den Bereich der Verbrechen ausgedehnt. Anpassungen der Fristenregelungen erfolgten insbesondere durch das Gesetz n° 96-1235 vom 30.12.1996, das außerdem nach konventionsrechtlichem Vorbild den Begriff des *délai raisonnable* eingeführt hat (Art. 144-1 CPP), und vor allem durch das Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000.⁴⁰

³⁷ Chambon/Guéry, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.25, 141.27; Matsopoulou, D. 2008, 1494 f.

³⁸ Chambon, JCP G 1989, I, n° 3417, Rn. 12 ff.

³⁹ Desportes/Lazerges-Cousquer, *Traité*, Rn. 2709.

⁴⁰ A.a.O., Rn. 2702.

– Optimierung der Verfahrensrechte im Zusammenhang mit Haftentscheidungen

Aufbauend auf dem Gesetz n° 75-701 vom 6.8.1975, das dem förmlich Beschuldigten bei untersuchungsrichterlichen Vernehmungen im Zusammenhang mit der Haftentscheidung den Beistand eines Verteidigers eröffnet hatte, wurde in der Folge eine kontradiktorische Debatte eingeführt, die der Entscheidung über die Anordnung und Verlängerung der Haft vorausgeht (Gesetze n° 84-576 und n° 89-461 vom 9.7.1984 und vom 6.7.1989).⁴¹ Seit dem in Reaktion auf die *Outreau*-Affäre ergangenen Gesetz n° 2007-291 vom 5.3.2007 gilt für diese Debatte der Öffentlichkeitsgrundsatz.⁴²

Die Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014 hat zu einer erheblichen Erweiterung und Konsolidierung der gesetzlichen Informationsrechte (insb. Schweigerechtsbelehrung, Akteneinsicht) in den verschiedenen Phasen des Strafverfahrens geführt. Diese Optimierungen kommen auch und gerade dem potenziell von einer *détention provisoire* betroffenen Verdächtigen im Zusammenhang mit der *mise en examen* bzw. in seiner Eigenschaft als förmlich Beschuldigter (bei Vernehmungen durch den Untersuchungsrichter) oder als Angeklagter (bei der Ladung zu und Anhörung vor dem Prozessgericht) zugute.⁴³ Außerdem ist Verdächtigen bzw. Beschuldigten, denen die Freiheit entzogen ist, nunmehr eine schriftliche Belehrung (*déclaration des droits*) über ihre Rechte auszuhändigen.

– Schaffung neuer Rechtsbehelfe und Verstärkung der Kontrollmechanismen

Über die bereits bestehende Möglichkeit eines Rechtsbehelfs zur Untersuchungskammer hinaus hat das Gesetz n° 93-1013 vom 24.8.1993 einen *référé-liberté* als Eilrechtsbehelf eingeführt, um dem Betroffenen ein Instrument an die Hand zu geben, eine vermeintlich rechtswidrige Haft schnellstmöglich zu beenden. Das Gesetz n° 2007-291 vom 5.3.2007 hat unter anderem einen weiteren Rechtsbehelf zur Untersuchungskammer geschaffen, der auf eine Überprüfung des *gesamten* Verfahrens zielt (*audience de contrôle*). Legt umgekehrt die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Haftrichters zur Freilassung des Beschuldigten ein, so hat dieses seit dem Gesetz vom 9.7.1984 keine aufschiebende Wirkung mehr.⁴⁴ Die mit dem Gesetz n° 70-643 vom 17.7.1970 normierten Regelungen zur Wiedergutmachung einer nicht gerechtfertigten *détention provisoire* wurden durch das Gesetz n° 2000-516 vom 15.6.2000 grundlegend reformiert. Außerdem hat dieses Gesetz mit der *Commission du suivi de la détention provisoire* eine unabhängige Kontroll-

⁴¹ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 141.23.

⁴² *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 17.

⁴³ *Allain*, AJ Pén. 2014, 52; *dies.*, ebda., 261.

⁴⁴ Ebda.; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 141.23.

kommission eingesetzt, die in Form von Jahresberichten über die einschlägigen Entwicklungen in der Praxis informiert.

– Gegenteilendungen zu diesen liberalen Entwicklungen (*tendance sécuritaire*)

Der Zeitraum im Anschluss an die Anschläge vom 11.9.2001, in dem ein neues Sicherheitsparadigma (*tendance sécuritaire*)⁴⁵ um sich griff, markierte erstmals einen Gegenentwurf zu der liberalen Tendenz, welche die Reformen der vergangenen zwei Jahrhunderte geprägt hatte. Zum einen fand eine Korrektur der teils als zu weitgehend kritisierten Neuerungen des Gesetzes n° 2000-516 vom 15.6.2000 im Hinblick auf die für die Haftanordnung erforderliche Mindeststrafandrohung statt (Gesetze n° 2002-307 und 2002-1138 vom 4.3.2002 und 9.9.2002). Zum anderen wurde mit dem *référé-détention* ein Eilrechtsbehelf zugunsten der Staatsanwaltschaft kreiert, über den diese beantragen kann, dass ihr Rechtsmittel gegen die Freilassungsentscheidung des Grundrechte- und Haftrichters mit Suspensivwirkung ausgestattet wird (Gesetz n° 2002-1138 vom 9.9.2002).⁴⁶ Die Loi Perben II n° 2004-204 vom 9.3.2004, die als tiefgreifendste strafprozessuale Reform seit Erlass des CPP und vorläufiger Höhepunkt der *réformes d'inspiration sécuritaire* gilt, interessierte sich zwar lediglich am Rande für die *détention provisoire*, setzte aber den Trend zu einer stärkeren Kontrolle der Haftablehnungsentscheidung und zu einer Stärkung der Verfahrensposition der Staatsanwaltschaft fort: Weigert sich der Untersuchungsrichter, den Grundrechte- und Haftrichter um die Haftanordnung zu ersuchen, so kann die Staatsanwaltschaft ihn bei besonders schweren Straftaten ausnahmsweise selbst anrufen.⁴⁷ Inzwischen scheint es so, als hätte mit den Bemühungen um die Aufarbeitung der *Outreau*-Affäre, die in das Gesetz n° 2007-291 vom 5.3.2007 eingeflossen sind, das liberale Streben nach einer besseren Verwirklichung des Ausnahmecharakters der Haft wieder die Oberhand gewonnen.⁴⁸ Dieser Eindruck bestätigt und verfestigt sich im Lichte der jüngst erfolgten Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben in dem Gesetz n° 2014-535 vom 27.5.2014.

2. Anwendungsbereich und Regelungstechnik

Die ausgeprägte Instabilität der Materie, die in den unzähligen Reformen der vergangenen Jahrzehnte zum Ausdruck kommt, schlägt sich in einer umfangreichen, teils unübersichtlichen und, auch – aufgrund ihrer Kurzlebigkeit – schwer zugänglichen Regelung nieder.⁴⁹ Wengleich deren Kohärenz bisweilen infrage

⁴⁵ Siehe etwa *Danet*, APC 25 (2003), 37; vgl. auch *Garrigos-Kerjean*, APC 28 (2006), 206.

⁴⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2702.

⁴⁷ *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.29.

⁴⁸ Vgl. *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 17.

⁴⁹ Krit. *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 469; *Robert*, in: *Yagues/Larrouy* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 107; *Rassat*, *Proc. pén.*, Rn. 487.

gestellt wird und die Rufe nach einer grundlegenden Neuordnung nicht verstummen wollen, konnten sich Vorschläge für eine große Reform bisher nicht durchsetzen.⁵⁰

a) Überblick

Hauptregelungsstandort ist die über 50 Artikel umfassende Sektion VII in Kapitel I (*Du juge d'instruction*) des III. Titels (*Des juridictions d'instruction*) des Ersten Buchs des CPP über das Ermittlungsverfahren. Diese Sektion gliedert sich in fünf Abschnitte: In Art. 137 bis 137-4 CPP finden sich einige vor die Klammer gezogene allgemeine Vorschriften; die Untersektionen 1 bis 3 widmen sich nacheinander den gerichtlichen Kontrollauflagen (Art. 138 bis 142-4 CPP), der gerichtlichen Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung (Art. 142-5 bis 142-13 CPP) und der *détention provisoire* (Art. 143-1 bis 148-8 CPP); Untersektion 4 behandelt schließlich Entschädigungsfragen (Art. 149 bis 150 CPP). Ergänzt werden diese Regelungen insbesondere durch die Bestimmungen über die förmliche Beschuldigung als adressatenspezifischer Grundlage der Haft (insb. Art. 80-1, 116 CPP) und durch die in Sektion VI (*Des mandats et de leur exécution*) normierten Vorschriften über die verschiedenen Arten von Haftbefehlen; teilweise gesondert geregelt sind außerdem die Rechtsmittel zur Untersuchungskammer (Art. 185 ff., 191 ff. CPP). Darüber hinaus finden sich auch außerhalb des Ersten Buchs Vorschriften mit haftrechtlichem Bezug, insbesondere im Zusammenhang mit dem Eilverfahren der *comparution immédiate* (Art. 396, 397-3 f. CPP). Regelungen zum Haftvollzug enthalten die Art. 714 ff. CPP, welche inzwischen durch die spezialgesetzlichen Bestimmungen in der Loi pénitentiaire n° 2009-1436 vom 24.11.2009 („Gefängnisgesetz“) ergänzt werden,⁵¹ sowie die untergesetzlichen Ausführungsbestimmungen in Art. R. 57-5 ff., D. 53 ff., 403 ff. und A. 40-1 ff. CPP.⁵² Schließlich existiert eine ganze Reihe bereichsspezifischer Rundschreiben des Justizministeriums (*circulaires*), die mit ihren Auslegungshinweisen, ungeachtet ihrer fehlenden rechtlichen Außenwirkung, darauf abzielen, eine einheitliche Vollzugspraxis sicherzustellen.

⁵⁰ *Delmas-Marty*, Mise en état, Fiche n° 18; *Rassat*, Propositions, S. 164 ff.; *Léger*, Rapport, 5e proposition, S. 21 ff.; Ministère de la Justice et des Libertés, Avant-projet, Art. 431-1 ff CPP-E.

⁵¹ Zur Verfassungswidrigkeit der bis 2009 in Art. 728 CPP a.F. vorgesehenen Generalermächtigung an den Ordnungsgeber zur Regelung der Haftvollzugsbedingungen siehe C. const. 25.4.2014, n° 2014-393 QPC, §§ 4–7 (Gesetzgeber muss die für die Rechtsstellung der inhaftierten Personen wesentlichen Regelungen selbst treffen). Siehe dazu auch *Buisson*, Procédures 2014, Comm. n° 182 sowie oben I.A.2.b.aa.

⁵² Zu unterscheiden sind stets drei Arten von gefängnisrechtlichen Regelungen: solche, die für alle Häftlinge (*personnes détenues*), solche, die nur für Strafgefangene (*personnes condamnées*), und solche, die nur für Beschuldigte (*personnes prévenues*) gelten.

b) *Haft in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung*

Angesichts der systematischen Verortung der Materie in dem Kapitel über die gerichtliche Voruntersuchung, der dortigen Beschränkung des Adressatenkreises auf den förmlich Beschuldigten und der Tatsache, dass nur hier eine längerfristige Haft auch schon vor der Einleitung des eigentlichen Prozesses möglich ist, überrascht es nicht, dass die *détention provisoire* herkömmlich mit diesem Verfahrensstadium assoziiert wird, als deren „Schlüsselmoment“ sie gilt.⁵³ Der im Schrifttum bisweilen suggerierte Eindruck, der zeitliche Anwendungsbereich der Maßnahme sei schlechthin auf die Phase zwischen der Eröffnung einer *instruction* und dem rechtskräftigen Urteil beschränkt,⁵⁴ was bedeuten würde, dass sie in den heute ca. 98 % aller Verfahren, in denen keine gerichtliche Voruntersuchung stattfindet, per se ausscheiden müsste, ist indes in dieser Pauschalität unzutreffend.⁵⁵ Wenngleich in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung vor der Verurteilung *im Normalfall* keine Inhaftierung in Betracht kommt, sieht das Gesetz doch auch hier, im Zusammenhang mit speziellen Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung, punktuell weitere Erscheinungsformen einer – gegenüber ihrer klassischen Ausprägung in der *instruction* – vergleichsweise kurzen *détention provisoire* vor, deren normativ und empirisch wichtigste Ausprägung die Haft im Rahmen des Schnellverfahrens der *comparution immédiate* bildet (Art. 396, 397-3 f. CPP).

aa) Grundsatz: Keine Haft bei herkömmlicher Ladung

Während des polizeilichen Ermittlungsverfahrens selbst scheidet die Anordnung einer *détention provisoire* aus.⁵⁶ Entschließt sich die Staatsanwaltschaft zur Anklage eines Vergehens vor dem Korrekionalgericht, so bleibt der gemäß Art. 389 ff. CPP auf herkömmliche Weise zum Gerichtstermin geladene Angeklagte (*prévenu*) während der Dauer des Prozesses grundsätzlich auf freiem Fuß. Ein Haftbefehl kommt insoweit – abgesehen von der Möglichkeit einer sitzungspolizeilich verfügten Inhaftierung (Art. 404, 405 CPP) – nur im Fall einer Säumnis im Verhandlungstermin (Art. 410-1 i.V.m. Art. 135-2 CPP; Höchstdauer bis zur baldigst [*dans les meilleurs délais*] anzuberaumenden Verhandlung: ein Monat)⁵⁷ oder aber im Anschluss an die Verurteilung zu einer noch nicht rechtskräftigen Freiheitsstrafe von

⁵³ *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 9: „moment-clé de l’instruction“.

⁵⁴ Siehe etwa *Merle/Vitu*, Traité II, Rn. 451; *Pradel*, Instruction préparatoire, S. 587; *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 714; vgl. auch *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 9 ff.; *Matsopoulou*, D. 2008, 1494; zutreffend dagegen *Casorla*, in: *Pradel* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 176 f.

⁵⁵ Zu Recht krit. *Rassat*, Proc. pén., Rn. 487; vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2701.

⁵⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2493.

⁵⁷ *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 846-1, 899.

mindestens einem Jahr ohne Bewährung (Art. 465 CPP)⁵⁸ in Betracht. Dabei steht die Anordnung in beiden Fällen im Ermessen des Prozessgerichts. Neu hinzugekommen ist mit Gesetz n° 2014-896 vom 15.8.2014 die Möglichkeit des Prozessgerichts, den Strafausspruch zu vertagen, wenn es geboten erscheint, zusätzliche Ermittlungen zur Persönlichkeit oder zur materiellen, familiären oder sozialen Situation der verurteilten Person durchführen zu lassen (Art. 132-70-1 CP);⁵⁹ für diesen Fall eröffnet Art. 397-3-1 CPP dem Gericht nun ebenfalls die Möglichkeit zur Anordnung der *détention provisoire* oder ihrer Surrogate.

bb) Besonderheiten bei speziellen Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung

Mündet das polizeiliche Ermittlungsverfahren – in aller Regel im Anschluss an die *garde à vue*⁶⁰ – in eine Vorführung (*défèrement*) vor den Staatsanwalt, so kann dieser sich anstelle des herkömmlichen Ladungsverfahrens der Möglichkeit einer vereinfachten protokollarischen Ladung (*convocation par procès-verbal*) bedienen oder aber das Eilverfahren der *comparution immédiate* einleiten (Art. 393 ff. CPP) und auf diese Weise einen besonderen Anwendungsbereich der Haft bzw. Haftsurrogate eröffnen.

Bei der vom Staatsanwalt anlässlich der Vorführung zu Protokoll erklärten Ladung (*convocation par procès-verbal*) wird der Gerichtstermin innerhalb eines Zeitraums von mindestens zehn Tagen und maximal zwei Monaten festgesetzt und protokollarisch festgehalten. Zwar kann der Grundrechte- und Haftrichter hier auf Antrag des Staatsanwalts zur Sicherstellung des Erscheinens des Angeklagten gerichtliche Kontrollauflagen oder eine gerichtliche Aufenthaltsortszuweisung anordnen (Art. 394 Abs. 3 CPP); auch räumt das Gesetz dem Prozessgericht eine entsprechende Befugnis für die Dauer des weiteren Verfahrens ein (Art. 397-3 Abs. 1 CPP). Die Verhängung einer *détention provisoire* scheidet hingegen aus, es sei denn, der Angeklagte verstößt gegen die ihm auferlegten Pflichten des *contrôle judiciaire* bzw. der *assignation à résidence* (Art. 394 Abs. 3, 397-3 Abs. 1 jeweils i.V.m. Art. 141-2 CPP; siehe unten 4.a. zu dieser sog. *détention-sanction*).⁶¹

Entscheidet sich der Staatsanwalt stattdessen für die Einleitung des auf eine sofortige Verurteilung gerichteten Verfahrens der *comparution immédiate* (Art. 395 ff. CPP), so besteht – über die Befugnis zur Anordnung gerichtlicher Kontrollauflagen oder einer gerichtlichen Aufenthaltsortszuweisung hinaus – auch die Möglichkeit, eine *détention provisoire* anzuordnen. Dabei sind drei Situationen zu unterscheiden:

⁵⁸ Siehe dazu *Boulloc*, Proc. pén., Rn. 899; Crim. 11.1.1967, Bull. n° 22.

⁵⁹ Zur *enquête sociale rapide* im Ermittlungsverfahren siehe unten B.4.b.bb.

⁶⁰ *Ficara/Robert*, Dr. pén. 2012, Etude n° 6, 15.

⁶¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1220.

1. Gelingt es im Anschluss an den Vorführtermin nicht, das Prozessgericht noch am selben Tag einzuberufen, so kann der Grundrechte- und Haftrichter auf Antrag des Staatsanwalts die *détention provisoire* bis zum Erscheinen vor Gericht anordnen. Letzteres hat spätestens binnen dreier Werktage zu erfolgen (Art. 396 CPP).

2. Verweigert der Angeklagte im Gerichtstermin sein Einverständnis mit einer sofortigen Gerichtsentscheidung oder vertagt das Gericht die Sache von Amts wegen zur Fortsetzung der Verhandlung auf einen späteren Termin, so kann das Prozessgericht die *détention provisoire* anordnen. In diesem Fall muss das Urteil spätestens innerhalb von zwei bzw. vier Monaten ergehen (Art. 397-3 Abs. 2–4 CPP).

3. Ergeht eine Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung, so kann das Prozessgericht schließlich unabhängig von deren Höhe bis zum Eintritt der Rechtskraft die *détention provisoire* anordnen, wobei in diesem Fall spätestens nach vier Monaten über die Berufung zu entscheiden ist (Art. 397-4 CPP).

Die Bedeutung dieses Eilverfahrens für die Anwendungshäufigkeit der *détention provisoire* ist somit ambivalent: Indem es den umgehenden Ausspruch einer Haftstrafe ermöglicht, macht es einerseits längerfristige Inhaftierungen im Vorfeld des eigentlichen Prozesses – die nur im Rahmen der *instruction* in Betracht kommen – überflüssig.⁶² Auf der anderen Seite wird von den in seinem Zusammenhang vorgesehenen Möglichkeiten einer kurzfristigen Inhaftierung massiv Gebrauch gemacht. Die jährliche Gesamtzahl der *détention provisoire*-bedingten Neueintritte in eine Haftanstalt verteilt sich annähernd zu gleichen Teilen auf Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung und Verfahren der *comparution immédiate*.⁶³ 2010 wurden im Rahmen der *comparution immédiate* 15.291 Haftbefehle und 9.702 gerichtliche Kontrollauflagen ausgesprochen.⁶⁴

Im Zusammenhang mit der Schaffung des Konsensualverfahrens der *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* hat der Gesetzgeber 2004 einen weiteren Anwendungsfall der *détention provisoire* für Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung eingeführt: Fordert der Betroffene eine Bedenkzeit von zehn Tagen, bevor er sich zum Strafvorschlag des Staatsanwalts erklärt (Art. 495-8 Abs. 5 CPP), so kann dieser ihn dem Grundrechte- und Haftrichter vorführen lassen, der bis zu seinem nächsten Erscheinen vor dem Staatsanwalt – das in diesem Fall frühestens nach zehn, spätestens binnen 20 Tagen erfolgen muss – einen *contrôle judiciaire*, eine *assignation à résidence avec surveillance électronique* oder ausnahmsweise, falls der Strafvorschlag auf eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Monaten ohne Bewährung gerichtet ist, eine *détention provisoire* anordnen kann (Art. 495-10 CPP). Hinsichtlich des Verfahrens verweist die Vorschrift auf die Regelung über die *comparution immédiate* in Art. 396 CPP.⁶⁵

⁶² Commission de suivi de la détention provisoire, Rapport 2007, S. 72 ff.

⁶³ Siehe oben I.b. sowie *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2701.

⁶⁴ Ministère de la Justice, Annuaire statistique, S. 129.

⁶⁵ *Defferrard*, Le suspect, S. 92 f.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1248.

Angesichts ihrer faktischen Bedeutung und des normativen Modellcharakters, die den Regelungen über die *détention provisoire* in den Vorschriften über die *comparution immédiate* kraft der Verweisung in Art. 495-10 CPP (vgl. i.Ü. auch Art. 80 III, 397-3-1, 397-7 CPP) zuwachsen, sollen diese zugrunde gelegt werden, soweit im Folgenden die Besonderheiten bei der *détention provisoire* in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung in die Betrachtung einbezogen werden. Im Vordergrund stehen soll jedoch auch vorliegend die Analyse der Rechtslage im Rahmen der *instruction*, gilt der Haft in diesem Verfahrensstadium doch nicht nur das Hauptaugenmerk des Gesetzgebers, sondern auch das nahezu exklusive Interesse der haftrechtlich interessierten Lehre.⁶⁶ Soweit nicht anders gekennzeichnet, beziehen sich die folgenden Ausführungen daher auf die gerichtliche Voruntersuchung, wo die Behandlung der *détention provisoire* traditionell die größten Probleme bereitet.

c) Sonderregelungen bei bestimmten Straftaten und Schwerekriminalität

Auch wenn das ursprünglich bei Verbrechen einerseits und Vergehen andererseits grundlegend unterschiedlich ausgestaltete Haftregime durch das Gesetz vom 6.7.1989 in weiten Teilen vereinheitlicht wurde,⁶⁷ trägt das geltende Recht dieser an die abstrakte Schwere des Tatvorwurfs anknüpfenden Unterscheidung weiterhin Rechnung. Während die *détention provisoire* bei Verbrechen stets angeordnet werden kann, setzt sie bei Vergehen eine mit einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Straftat voraus.⁶⁸ Zwar bedarf es seit 1989 auch bei Verbrechen eines Haftgrundes; anders als bei Vergehen rechtfertigt insoweit jedoch auch die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung (Art. 144 Nr. 7 CPP) die Haftanordnung. Außerdem variieren etwa die Regelungen über die zulässige Höchstdauer der Maßnahme (Art. 145-1 f. CPP) und die Fortdauer der Haft bei Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung (Art. 179 ff. CPP).

Das mit der Loi Perben II vom 9.3.2004 in Art. 706-73 ff. CPP eingeführte Sonderregime zur Verfolgung organisierter Kriminalität enthält selbst – abgesehen von

⁶⁶ Die Darstellungen zur *détention provisoire* beschränken sich nahezu ausnahmslos auf die Rechtslage bei gerichtlicher Voruntersuchung, siehe nur Pradel, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 383 ff.; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2701 ff.; Dourneau-Josette, Détention provisoire, in: Rép. pén., Rn. 165 ff.; Leblois-Happe, AJ Pén. 2003, 9; Sessar, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 187. Siehe dagegen Casorla, in: Atteintes à la liberté, S. 176 f., und Grebing, Untersuchungshaft, S. 288 ff.

⁶⁷ Zur alten Rechtslage siehe Grebing, Untersuchungshaft, S. 256 ff.

⁶⁸ Besonderheiten gelten für Presse- und Kommunikationsdelikte: Eine *détention provisoire* kommt hier gemäß Art. 52 des Gesetzes vom 29.7.1881 über die Pressefreiheit (Loi sur la liberté de la presse), der durch Gesetz n° 2012-1432 vom 21.12.2012 neugefasst wurde, im Hinblick auf in Frankreich wohnhafte Personen nur bei den in Art. 23, 24 Abs. 2–4, 6 normierten Delikten in Betracht; siehe Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 30.

den konkurrierenden staatsanwaltschaftlichen und untersuchungsrichterlichen Sonderzuständigkeiten in örtlicher Hinsicht (Art. 706-76 f. CPP); speziell für terroristische Kriminalität bleibt es bei den Sonderbestimmungen in Art. 706-17 ff. CPP – keine abweichenden Bestimmungen für die *détention provisoire*. Allerdings sieht das Gesetz an anderer Stelle spezifische Regelungen für bestimmte Straftaten vor, die vor allem die zulässige Höchstdauer der Maßnahme zum Gegenstand haben: Zum einen enthalten die allgemeinen Vorschriften zu den zeitlichen Obergrenzen der Maßnahme in Art. 145-1, 145-2 CPP jeweils in ihrem Abs. 2 Satz 3 delikt-spezifische Sonderregelungen für bestimmte Straftaten bzw. Kriminalitätsbereiche (insb. Betäubungsmittelhandel, Terrorismus, kriminelle Vereinigung, Zuhälterei, Erpressung, organisierte Bandenkriminalität). Zum anderen formuliert die durch das Gesetz vom 9.9.2002 bei den Sonderbestimmungen für die Verfolgung terroristischer Kriminalität (Art. 706-16 ff. CPP) eingefügte Vorschrift des Art. 706-24-3 CPP eine abweichende Höchstdauer speziell für das Vergehen der Beteiligung an einer kriminellen terroristischen Vereinigung (Art. 421-5 i.V.m. Art. 421-2-1 CP).⁶⁹

Vereinzelt finden sich im Gesetz darüber hinaus Modifikationen der verfahrensrechtlichen Absicherungen, die an die Art bzw. Schwere des Tatvorwurfs anknüpfen. Die mit Gesetz vom 5.3.2007 speziell für Verbrechen geschaffene Pflicht zur audiovisuellen Aufzeichnung der untersuchungsrichterlichen Vernehmung im Vorfeld der *mise en examen* (*interrogatoire de première comparution*, Art. 116 CPP), die ihrerseits Voraussetzung für die Anordnung der *détention provisoire* ist, sollte gemäß Art. 116-1 Abs. 7 CPP bei bestimmten als besonders schwer eingestuften Verbrechen, unter anderem solchen i.S.v. Art. 706-73 CPP, ausgeschlossen sein; diese Ausnahmebestimmung wurde jedoch vom C. const. für verfassungswidrig befunden.⁷⁰ Hat das Verfahren eine im Katalog des Art. 706-73 CPP aufgelistete Straftat der organisierten Kriminalität zum Gegenstand, so kann die durch Gesetz vom 5.3.2007 eingeführte Öffentlichkeit bestimmter Gerichtstermine im Zusammenhang mit der *détention provisoire* auch unabhängig von einem der fünf vom Gesetz hierfür sonst für maßgeblich erachteten sachlichen Gesichtspunkte – also im Ergebnis: ohne weitere Begründung – ausgeschlossen werden (Art. 145 Abs. 6 Satz 3, 199 Abs. 2 Satz 2, 221-3 I Abs. 3 Satz 2 CPP).⁷¹

Mit Gesetz n° 2010-769 vom 9.7.2010 wurde schließlich eine Reihe abweichender Sonderregelungen im Zusammenhang mit der Bekämpfung häuslicher Gewalt (vgl. Art. 138 Abs. 2 Nr. 17 CPP) normiert: Art. 141-4 CPP gewährt der Polizei unter bestimmten Voraussetzungen ein eigenständiges Festnahme- und Festhalte-recht zur Überprüfung von Verstößen gegen bestimmte gerichtliche Kontrollaufla-

⁶⁹ Krit. *Garrigos-Kerjean*, APC 28 (2006), 206; siehe Crim. 11.3.2003, Bull. n° 61.

⁷⁰ C. const. 6.4.2012, n° 2012-228/229 QPC; *Courtin*, D. 2012, 1376.

⁷¹ *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 128.

gen;⁷² Art. 142-12-1 CPP verzichtet für die Anordnung der Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung auf das hier gemäß Art. 142-5 Abs. 1 CPP eigentlich erforderliche Einverständnis des Betroffenen.⁷³

3. Abgrenzung zu sonstigen justiziell veranlassten Freiheitsentziehungen

a) *Vorführ- und Haftbefehl (mandat d'amener und mandat d'arrêt)*

aa) Überblick über die verschiedenen Arten von mandats de justice

Die durch Gesetz n° 2004-204 vom 9.3.2004 weitreichend neugefassten Art. 122 bis 136 CPP (Sektion VI: *Des mandats et de leur exécution*) behandeln fünf unterschiedliche Formen von *mandats de justice*, d.h. schriftliche Verfügungen eines *magistrat*, die darauf gerichtet sind, die Anwesenheit einer tatverdächtigen Person sicherzustellen.⁷⁴ Die Komplexität der gesetzlichen Regelung beruht zum einen darauf, dass die verschiedenen Anordnungen – *mandat de recherche, de comparution, d'amener, d'arrêt* und *de dépôt* – sich im Hinblick auf Regelungszweck und -inhalt mitunter stark unterscheiden, dass in diesem Kapitel also grundverschiedene Instrumente zusammengefasst sind.⁷⁵ Zum anderen ist die Regelungstechnik insofern anspruchsvoll, als Vorschriften, die lediglich ein bestimmtes *mandat* betreffen, mit solchen, die entweder alle oder aber zumindest mehrere *mandats* regeln, teils ohne klar ersichtliche Systematik aufeinandertreffen. Hinzu kommt schließlich, dass die Art. 122 ff. CPP, deren Anwendungsbereich auf die gerichtliche Voruntersuchung beschränkt ist, infolge externer Verweisungen teils auch in anderen Verfahrensstadien zur Anwendung kommen. Soweit nicht anders gekennzeichnet, gelten die nachfolgenden Ausführungen jedoch der *instruction* als ihrem Hauptanwendungsbereich. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Instrumente:

1. Die Festnahmeanordnung zwecks Durchführung einer *garde à vue (mandat de recherche*, wörtlich in etwa: „Suchbefehl“): Zuständig für diese Anweisung an die Vollzugspolizei zur Festnahme und Anordnung der *garde à vue* ist grundsätzlich der Untersuchungsrichter (Art. 122 Abs. 1 CPP).⁷⁶ Es handelt sich hierbei um das einzige *mandat*, das – bei Straftaten, die mit einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind – auch im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens in Betracht kommt, wobei in diesem Fall der Staatsanwalt zustän-

⁷² Dazu und zu dessen kürzlich erfolgter Ausweitung auf andere Kontrollauflagen durch Gesetz n° 2014-896 vom 15.8.2014 siehe oben II.A.3.a.bb.

⁷³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2671.

⁷⁴ *Lesclous*, *Mandats*, in: *JCl.*, Rn. 1; *Guinchard/Buisson*, *Proc. pén.*, Rn. 1858; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 689; *Guéry*, *AJ Pén.* 2004, 356; *ausf. zur Historie Lesclous*, *Mandats*, in: *JCl.*, Rn. 2 ff.

⁷⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2621; *Rassat*, *Proc. pén.*, Rn. 478, 482.

⁷⁶ Darüber hinaus steht dem Vorsitzenden der Untersuchungskammer eine entsprechende Eilzuständigkeit zu (Art. 201 Abs. 3 Satz 2 CPP).

dig ist (Art. 70, 77-4 CPP).⁷⁷ Für die Anordnung reicht ein einfacher Tatverdacht zulasten der in ihm bezeichneten Person. Gegenüber förmlich Beschuldigten, unterstützten Zeugen und namentlich im Antrag auf die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung genannten Personen ist das *mandat de recherche* während der *instruction* ausgeschlossen (Art. 122 Abs. 2 Satz 2 CPP). Hintergrund ist, dass bei ihnen die Vernehmung – die ja gerade das Kernstück der *garde à vue* bildet – in diesem Verfahrensstadium dem Untersuchungsrichter vorbehalten bleiben soll (Art. 105, 113-1 CPP).⁷⁸ Einzelheiten zum Verfahren regelt Art. 135-1 CPP.

2. Die Vorladung zur richterlichen Vernehmung (*mandat de comparution*, wörtlich in etwa: „Befehl zum Erscheinen“): Zuständig für diese einfache Vorladung, mit der die in ihr bezeichnete Person aufgefordert wird, sich zur angegebenen Zeit bei Gericht einzufinden, ist der Untersuchungsrichter (Art. 122 Abs. 1, 4 CPP). Voraussetzung ist ein qualifizierter Tatverdacht dergestalt, dass entweder schwere oder aber übereinstimmende Verdachtsmomente gegen die betreffende Person vorliegen, die es wahrscheinlich machen, dass sie als Täter oder Teilnehmer an der Begehung einer Straftat mitgewirkt hat (Art. 122 Abs. 3 CPP). Eine zwangsweise Durchsetzung der Pflicht, vor Gericht zu erscheinen, ist bei diesem *mandat* ausgeschlossen.⁷⁹ Leistet der Betroffene der Vorladung Folge, so ist er umgehend (*immédiatement*) durch den Untersuchungsrichter zu vernehmen (Art. 125 Abs. 1 CPP).

3. Der Vorführbefehl zwecks richterlicher Vernehmung (*mandat d’amener*, wörtlich in etwa: „Bringbefehl“): Zuständig für diese an die Vollzugspolizei gerichtete Anweisung, ihm die darin genannte, im obigen Sinne qualifiziert tatverdächtige Person vorzuführen, ist im Regelfall der Untersuchungsrichter (Art. 122 Abs. 1, 3, 5, 141-2 Abs. 1 CPP).⁸⁰ Sie ist – wie das *mandat de comparution* – auf das Erscheinen der betroffenen Person zum Zwecke der Vernehmung gerichtet (Art. 125 Abs. 2 CPP), sieht hierzu aber – anders als das *mandat de comparution* – den Einsatz hoheitlichen Zwangs vor. Angesichts der Tatsache, dass im Anschluss an die Ergreifung unter Umständen und je nach Festnahmeort ein bis zu vier- bzw. sechstägiger Haftaufenthalt möglich ist, bevor die Person tatsächlich vor dem Untersuchungsrichter erscheint, bedarf es einer verfassungskonformen Auslegung dahingehend, dass – entsprechend der gesetzlichen Regelung beim *mandat d’arrêt* – die *Vollziehung* einer über 24 Stunden hinausgehenden Freiheitsentziehung (Art. 130

⁷⁷ Lesclous, Mandats, in: JCl., Rn. 16.

⁷⁸ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2499.

⁷⁹ Pradel, Proc. pén., Rn. 692.

⁸⁰ Spezialzuständigkeiten sind normiert zugunsten der Untersuchungskammer bzw. ihres Vorsitzenden (Art. 201 CPP), des Grundrechte- und Haftrichters (Art. 141-2 Abs. 2 CPP), des Prozessgerichts bzw. seines Vorsitzenden (Art. 310, 410-1, 512 CPP) sowie des Strafvollstreckungsrichters (Art. 712-17 CPP).

CPP) nur zulässig ist, wenn dem *mandat* eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Straftat zugrunde liegt.⁸¹ Einzelheiten regeln die Art. 125 Abs. 2 ff. CPP.

4. Der Haftbefehl zwecks Verhaftung und Vorführung vor den Richter (*mandat d'arrêt*, wörtlich in etwa: „Haftbefehl“): Hat der im obigen Sinne qualifizierte Tatverdacht eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Straftat zum Gegenstand und ist der Verdächtige flüchtig oder hält sich im Ausland auf, so kann der Untersuchungsrichter der Vollzugspolizei nach Anhörung des Staatsanwalts aufgeben, die Person zu suchen und sie ihm – ggf. im Anschluss an die Verbringung in die im *mandat* bezeichnete Haftanstalt – vorzuführen (Art. 122 Abs. 6, 131 CPP).⁸² Die gleiche Befugnis steht dem Untersuchungsrichter auch dann zu, wenn der förmlich Beschuldigte gegen gerichtliche Kontrollauflagen verstößt (Art. 141-2 Abs. 1 CPP; siehe unten 4.a.). Es handelt sich um einen qualifizierten Vorführbefehl (*mandat d'amener*), dessen Besonderheit darin besteht, dass er nicht nur die Suche, Festnahme und das vorläufige Festhalten des Betroffenen gestattet, sondern einen eigenständigen Hafttitel (*titre de détention*) beinhaltet, der auch die Unterbringung in einer Haftanstalt rechtfertigt. Ergeht anschließend die Anordnung einer *détention provisoire*, so bedarf es daher keiner zusätzlichen Inhaftierungsverfügung (*mandat de dépôt*) mehr (siehe sogleich).⁸³ So gesehen verbindet der *mandat d'arrêt* die Funktionen von *mandat d'amener* und *mandat de dépôt*.⁸⁴ Einzelheiten regeln die Art. 131 ff. CPP.

5. Die Inhaftierungsverfügung zwecks Invollzugsetzung der *détention provisoire* (*mandat de dépôt*, wörtlich in etwa: „Inhaftierungsbefehl“): Sie wird vom Grundrechte- und Haftrichter ausgestellt (Art. 122 Abs. 1 Satz 2 CPP)⁸⁵ und beinhaltet die Anweisung an die Anstaltsleitung, den in ihr bezeichneten förmlich Beschuldigten, gegen den die *détention provisoire* verhängt wurde, zu inhaftieren. Das Gesetz unterscheidet also zwischen der Anordnung der *détention provisoire* (*ordonnance de mise en détention provisoire*), mit der das Vorliegen ihrer Vorausset-

⁸¹ C. const. 24.6.2011, n° 2011-133 QPC, § 13; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2626. Legt man die Formulierung des C. const. zugrunde, so hindert die fehlende Freiheitsstrafandrohung – anders als beim *mandat d'arrêt* (Art. 131 CPP) – jedoch nicht schon die Anordnung, sondern lediglich den Vollzug (*mise en œuvre*) des *mandat d'amener*, soweit er gemäß Art. 130 CPP eine über 24 Stunden hinausgehende Freiheitsentziehung zur Folge hat. Krit. zu dieser *confusion*: *Chavent-Leclère*, *Procédures* 2011, Comm. n° 276.

⁸² Spezialzuständigkeiten sind normiert zugunsten der Untersuchungskammer bzw. ihres Vorsitzenden (Art. 196, 201, 207 CPP), des Grundrechte- und Haftrichters (Art. 141-2 Abs. 2 CPP), des Prozessgerichts bzw. seines Vorsitzenden (Art. 272-1, 379-2, 379-3, 410-1, 465, 469, 512, 519 CPP) sowie des Strafvollstreckungsrichters (Art. 712-17 CPP).

⁸³ *Lesclous*, *Mandats*, in: JCl., Rn. 83; *Crim.* 20.10.1987, Bull. n° 357; 16.2.1988, Bull. n° 76.

⁸⁴ *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 696; *Leroy*, *Proc. pén.*, Rn. 721.

⁸⁵ Spezialzuständigkeiten sind normiert zugunsten der Untersuchungskammer bzw. ihres Vorsitzenden (Art. 196, 201 CPP) sowie zugunsten des Prozessgerichts (Art. 272-1, 367, 465, 465-1, 469, 512 CPP).

zungen festgestellt wird, und der gemäß Art. 135 Abs. 1 CPP auf ihrer Grundlage ergehenden Inhaftierungsverfügung (*mandat de dépôt*), derer es zu ihrem Vollzug als Hafttitel bedarf, sofern nicht bereits ein *mandat d'arrêt* besteht.⁸⁶

Eine Klassifizierung dieser fünf Instrumente kann insbesondere an folgende Kriterien anknüpfen:

– Stellt man auf die unterschiedlichen Funktionen der *mandats* ab, so lassen sich drei Zielsetzungen unterscheiden: Die Ermöglichung der Durchführung einer *garde à vue* zwecks polizeilicher Vernehmung (oben 1), die Verbringung der Person vor den Richter zwecks richterlicher Vernehmung (oben 2, 3 und 4) und die Autorisierung des Haftvollzugs in einer Justizvollzugsanstalt (oben 4 und 5).⁸⁷

– Legt man die unterschiedliche Eingriffsqualität zugrunde, so ist zu differenzieren zwischen denjenigen *mandats*, die den Einsatz von Zwang durch die *force publique* gegen die in ihm bezeichnete Person zulassen (oben 1, 3, 4 und 5) und dem *mandat de comparution* (oben 2), das als einfache Vorladung bloßen Aufforderungscharakter hat und keine zwangsweise Durchsetzung ermöglicht.

– Hebt man auf die Anordnungszuständigkeit ab, so sind die *mandats*, deren Ausstellung dem Richter, also einem *magistrat du siège* vorbehalten ist (oben 2, 3, 4 und 5) von dem *mandat de recherche* abzugrenzen, das als einziges *mandat* auch im polizeilichen Ermittlungsverfahren zum Einsatz kommen kann und dort vom Staatsanwalt erlassen wird (Art. 70, 77-4 CPP).⁸⁸ Im Hinblick auf die richterliche Zuständigkeit lässt sich weiter nach dem funktional bzw. instanziiell zuständigem Organ unterscheiden, so etwa im Hinblick auf die Rolle, die dem Untersuchungsrichter zuwächst (ausschließliche Zuständigkeit: oben 2; geteilte Zuständigkeit: oben 1, 3, 4; Unzuständigkeit: oben 5).

– Hinsichtlich des Adressatenkreises der verschiedenen *mandats* kann differenziert werden danach, ob ein einfacher Tatverdacht ausreicht (oben 1), ob es eines qualifizierten Tatverdachts bedarf (oben 2, 3 und 4), ob die den Gegenstand des Verdachts bildende Straftat einer Mindeststrafandrohung unterliegen muss (oben 4 und – kraft verfassungskonformer Auslegung – oben 3 sowie, im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, oben 1) oder ob die Maßnahme auf den förmlich Beschuldigten beschränkt ist, gegenüber dem bereits die *détention provisoire* angeordnet ist (oben 5).

⁸⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2719; Art. 432-5 CPP-E des Avant-projet vom 1.3.2010 wollte diese Doppelung aufgeben und auf das zusätzliche Erfordernis eines *mandat de dépôt* neben der *ordonnance de mise en détention provisoire* verzichten.

⁸⁷ Vgl. *Lesclous*, *Mandats*, in: *JCl.*, Rn. 17–20.

⁸⁸ A.a.O., Rn. 16. Siehe aber Art. 394 Abs. 3 i.V.m. Art. 141 Abs. 2 CPP für weitere Ausnahmezuständigkeiten des Staatsanwalts im Rahmen des Eilverfahrens der *comparution immédiate*.

– Für die Zwecke der vorliegenden Untersuchung ist dagegen entscheidend, inwieweit die in Art. 122 ff. CPP geregelten *mandats* imstande sind, *selbstständige* Freiheitsentziehungen vorläufiger Art nach sich zu ziehen. Da dies lediglich bei dem *mandat d'amener* und dem *mandat d'arrêt* der Fall ist,⁸⁹ soll die rechtliche Ausgestaltung der in ihrem Zusammenhang möglichen Festhaltungssituationen kurz umrissen werden.⁹⁰

bb) Haft im Rahmen der Vollstreckung des Vorführbefehls (*mandat d'amener*)

Wird die in dem Vorführbefehl bezeichnete Person ergriffen,⁹¹ so ist sie nach Aushändigung einer Abschrift, die den Tatvorwurf schildert (Art. 123 Abs. 2, 4 CPP), umgehend dem Untersuchungsrichter vorzuführen (Art. 122 Abs. 5 CPP). Ist die sofortige Vernehmung durch diesen nicht möglich, so sehen die Art. 125 Abs. 2 ff. CPP ein Festhalterrecht eigener Art vor.⁹² Im Anschluss an ihre Ergreifung kann die Person zunächst durch die Polizeibeamten über einen Zeitraum von maximal 24 Stunden auf dem Polizeirevier festgehalten werden, bevor sie dem Untersuchungsrichter oder hilfsweise dem Präsidenten des Gerichts bzw. einem von ihm ernannten Richter zum Zwecke der Vernehmung vorgeführt wird.⁹³ Eine polizeiliche Vernehmung ist ausgeschlossen (vgl. Art. 122 Abs. 7 CPP).⁹⁴ Der Staatsanwalt des Festnahmeorts ist von Beginn der Haft an zu informieren (Art. 133-1 CPP). Für das Recht auf die Benachrichtigung von Angehörigen und das Recht auf eine ärztliche Untersuchung gelten die einschlägigen Regelungen aus dem Recht der *garde à vue* entsprechend (Art. 133-1 i.V.m. Art. 63-2 und 63-3 CPP). Weitere Garantien sind nicht vorgesehen. Ausweislich des ministeriellen Rundschreibens

⁸⁹ Das *mandat de comparution* erlaubt als einfache Vorladung keinen Einsatz von Zwang, eröffnet also weder ein Festnahme- noch – im Fall des freiwilligen Erscheinens – ein Festhalterrecht. Das *mandat de recherche* mündet im Erfolgsfall in die polizeiliche Anordnung einer *garde à vue*, ist also in deren Kontext mitzubehandeln. Das *mandat de dépôt* schließlich ist nur auf die Umsetzung der Anordnung der *détention provisoire* gerichtet und hat keine über diese Invollzugsetzungsfunktion hinausgehende, eigenständige Freiheitsentziehende Bedeutung. Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2621.

⁹⁰ Da es für die Ausgestaltung der in Art. 125 Abs. 2 ff. CPP geregelten Festhaltebefugnisse im Ergebnis unerheblich ist, auf wessen Anordnung das *mandat d'amener* oder das *mandat d'arrêt* beruht, kann nachfolgend zur besseren Übersichtlichkeit der gesetzliche Regelfall der untersuchungsrichterlichen Anordnung zugrunde gelegt werden.

⁹¹ Für Einzelheiten zu den zulässigen Modalitäten der Festnahme siehe Art. 134 CPP.

⁹² Trotz gewisser äußerlicher Gemeinsamkeiten handelt es sich dabei nicht etwa um eine *garde à vue*, siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2640. Deren Anordnung scheidet gemäß Art. 122 Abs. 7 CPP gegenüber den in einem *mandat d'amener* bezeichneten Personen gerade aus. Ungenau insoweit *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 693.

⁹³ Art. 803-2 CPP rechtfertigt keine Überschreitung der 24-Stunden-Frist, sondern enthält lediglich die Rechtsgrundlage für die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung während der bis zum Erscheinen vor dem Richter ggf. anfallenden Wartezeit im Justizpalast, *Lesclous*, *Mandats*, in: *JCl.*, Rn. 76; vgl. auch *Crim.* 14.2.2006, *Bull.* n° 39.

⁹⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2640.

zum Gesetz vom 27.5.2014 soll die aufgrund eines *mandat* festgenommene Person auch nicht die in Art. 803-6 CPP vorgesehene *déclaration des droits* erhalten.⁹⁵

Gelingt es innerhalb der 24-Stunden-Frist nicht, die Person dem Richter zur Vernehmung vorzuführen, so ist sie freizulassen (Art. 125 Abs. 2 Satz 2, 126 Abs. 1 CPP). Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Ergreifung an einem Ort erfolgt, der mehr als 200 Kilometer vom Amtssitz des den Vorführbefehl ausstellenden Untersuchungsrichters entfernt liegt und es nicht möglich ist, sie diesem Richter vor Ablauf der 24-Stunden-Frist vorzuführen. Für diese Situation sehen die Art. 127 ff. CPP eine weitergehende Festhaltungsmöglichkeit in einer Haftanstalt (*maison d'arrêt*) vor, die allerdings an die vorherige Intervention eines *magistrat* gekoppelt ist:

War die festgenommene Person in diesem Fall nach früherer Rechtslage lediglich dem nächsten Staatsanwalt vorzuführen, so ist dessen Kompetenz mit Gesetz n° 2011-392 vom 14.4.2011 durch die des am Festnahmeort zuständigen Grundrechte- und Haftrichters ersetzt worden (Art. 127 CPP n.F.). Dadurch sollten Bedenken im Hinblick auf die Vereinbarkeit der Regelung mit Art. 66 C und vor allem Art. 5 Abs. 3 EMRK ausgeräumt werden, die insofern nahelagen, als nach alter Rechtslage zwischen Ergreifung und tatsächlicher Vorführung vor einen Richter (*magistrat du siège*) eine Zeitspanne von bis zu sechs Tagen liegen konnte.⁹⁶ Der Grundrechte- und Haftrichter, dem die Person noch vor Ablauf der 24-stündigen polizeilichen Freiheitsentziehung zu präsentieren ist,⁹⁷ befragt den Betroffenen zu seiner Person und nimmt – nach einem im Protokoll zu vermerkenden Hinweis auf die Freiwilligkeit der Angaben – dessen Erklärungen auf. Eine Befragung zur Sache findet nicht statt, zumal keine Möglichkeit der Inanspruchnahme des Beistands eines Verteidigers besteht.⁹⁸ Der Termin vor dem Grundrechte- und Haftrichter schließt mit der Frage an den Betroffenen, ob er von sich aus mit einer Überstellung an den örtlich zuständigen Untersuchungsrichter einverstanden ist oder ob er es vorzieht, dass die Wirkungen des *mandat d'amener* bis zur Entscheidung des Untersuchungsrichters über die zwangsweise Anordnung der Überstellung verlängert werden (Art. 128 CPP). Im zuletzt genannten Fall wird die Person in eine Haftanstalt (*maison d'arrêt*) verbracht und der zuständige Untersuchungsrichter erhält eine Benachrichtigung mitsamt den einschlägigen Bestandteilen der Verfah-

⁹⁵ Circulaire vom 23.5.2014, JUSD1412016C, S. 11 Fn. 18.

⁹⁶ Vgl. EGMR, Urt. vom 23.11.2010, *Moulin ./.* Frankreich, Az.: 37104/06. Das Verfassungsgericht hingegen hatte in einer kurz nach der Reform noch zur alten Rechtslage ergangenen Entscheidung die bisherige Regelung für verfassungskonform befunden: Die erforderliche Kontrolle durch die *autorité judiciaire* (Art. 66 Abs. 2 C) sei gewährleistet, weil der Vollzug des Vorführbefehls der Kontrolle des Untersuchungsrichters unterliege, der jederzeit die Freilassung anordnen kann, C. const. 24.6.2011, n° 2011-133 QPC; krit. *Chavent-Leclère*, Procédures 2011, Comm. n° 276.

⁹⁷ Wird diese Frist überschritten, so ordnet der mit der Sache befasste Untersuchungsrichter die Freilassung der Person an, sofern der Verfahrensgang nicht durch unüberwindbare Umstände (*circonstances insurmontables*) verzögert worden ist (Art. 130-1 CPP).

⁹⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2642.

rensakte, um unverzüglich (*aussitôt*) über die Anordnung der Überstellung der Person oder die Aufhebung des *mandat* zu entscheiden. Offenbar für beide Fälle (Einverständnis oder Verweigerung bzgl. Überstellung) bestimmt Art. 130 CPP, dass die Überführung vor den Untersuchungsrichter binnen vier bzw. bei Überstellung aus oder in ein Überseedepartment binnen sechs Tagen zu erfolgen hat. Anderenfalls ist die Person auf Anordnung des Untersuchungsrichters freizulassen, sofern der Verfahrensgang nicht durch unüberwindbare Umstände (*circonstances insurmontables*) verzögert worden ist (Art. 130-1 CPP).⁹⁹ Trifft die Person im Gerichtsgebäude des örtlich zuständigen Untersuchungsrichters ein, so ist sie diesem noch am selben Tage vorzuführen (Art. 803-2 Satz 2 CPP).¹⁰⁰

Bei der Vernehmung durch den zuständigen Untersuchungsrichter genießt die in dem *mandat d'amener* bezeichnete Person den Status eines unterstützten Zeugen (*témoin assisté*), ihre Vernehmung richtet sich mithin nach Art. 113-3 ff. CPP. Strebt der Untersuchungsrichter dagegen eine förmliche Beschuldigung – als in diesem Verfahrensstadium unerlässliche Voraussetzung sowohl für die Aufrechterhaltung der Haft in Form der *détention provisoire* als auch für die Anordnung freiheitsbeschränkender Haftsurrogate (Art. 113-5 CPP) – an, so bestimmt sich die Vernehmung nach Art. 116 CPP (*interrogatoire de première comparution*, Art. 122 Abs. 7 CPP). Soll im Anschluss an die förmliche Beschuldigung eine *détention provisoire* verhängt werden, legt er die Sache dem für die Haftanordnung zuständigen Grundrechte- und Haftrichter vor (Art. 137-1 Abs. 4 CPP).¹⁰¹

cc) Haft im Rahmen der Vollstreckung des Haftbefehls (*mandat d'arrêt*)

Für die Freiheitsentziehung im Anschluss an die Ergreifung einer per Haftbefehl gesuchten Person gelten im Wesentlichen die soeben dargestellten Grundsätze: Gemäß Art. 133 Abs. 1 i.V.m. Art. 126 CPP ist die Person binnen 24 Stunden – allerdings anders als beim *mandat d'amener* nicht umgehend (vgl. Art. 125 Abs. 2 CPP: *immédiatement*)¹⁰² – dem Untersuchungsrichter vorzuführen, damit dieser die Vernehmung durchführen und ggf. eine Entscheidung über die Anordnung der *dé-*

⁹⁹ Siehe die Bsp. bei *Lesclous*, Mandats, in: JCl., Rn. 75: Krankheit, Naturkatastrophe etc.

¹⁰⁰ Diese Vorschrift erlaubt keine Überschreitung der in Art. 130 CPP vorgesehenen Höchstfrist von vier bzw. sechs Tagen, sondern enthält lediglich die Rechtsgrundlage für die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung während der bis zum Erscheinen vor dem Richter ggf. anfallenden Wartezeit im Justizpalast, *Lesclous*, Mandats, in: JCl., Rn. 76.

¹⁰¹ Ist die in dem *mandat* bezeichnete Person bereits förmlich beschuldigt, so kann der Untersuchungsrichter auf eine Anhörung des Betroffenen verzichten und die Sache sofort an den Grundrechte- und Haftrichter zwecks Anordnung der *détention provisoire* weitergeben, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2639; Crim. 10.7.2002, Bull. n° 151.

¹⁰² *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2639; *Lesclous*, Mandats, in: JCl., Rn. 94.

tention provisoire veranlassen kann.¹⁰³ Während dieser 24-Stunden-Frist besteht wie beim *mandat d'amener* ein polizeiliches Festhalterrecht eigener Art. Dabei sind für das Recht auf die Benachrichtigung von Angehörigen und das Recht auf eine ärztliche Untersuchung die einschlägigen Regelungen aus dem Recht der *garde à vue* entsprechend anwendbar (Art. 133-1 CPP). Eine Aushändigung der seit 2014 in Art. 803-6 CPP vorgesehenen *déclaration des droits* findet nicht statt.¹⁰⁴ Besonderheiten gelten auch hier, wenn der Festnahmeort mehr als 200 km vom Sitz des Untersuchungsrichters entfernt ist, der das *mandat* ausgestellt hat. Abgesehen davon, dass das Gesetz auf die Möglichkeit einer einverständlichen Überstellung verzichtet (vgl. Art. 128 CPP), entspricht das Verfahren im Hinblick auf die Anhörung durch den Grundrechte- und Haftrichter (Art. 133 Abs. 2 CPP n.F.),¹⁰⁵ die Einholung der Entscheidung des Untersuchungsrichters zur Überstellung (Art. 133 Abs. 3 CPP), die Dauer der Freiheitsentziehung (Art. 133 Abs. 4 i.V.m. Art. 130, 130-1 CPP), die Haftgarantien (Art. 133-1 CPP) und schließlich die Vernehmung und das weitere Verfahren vor dem Untersuchungsrichter (Art. 803-2 Satz 2, 122 Abs. 7 CPP) den Modalitäten, unter denen das *mandat d'amener* vollzogen wird.

Anders als der Vorführbefehl bleibt das *mandat d'arrêt* auch nach Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung in Kraft (Art. 74-2, 179 Abs. 2, 181 Abs. 7 CPP). Da jedoch in diesem Prozessstadium die Verfahrensherrschaft des Untersuchungsrichters beendet ist, enthält Art. 135-2 CPP eine Sonderregelung für den Fall, dass die gesuchte Person erst jetzt ergriffen wird: Das Verfahren entspricht weitgehend den soeben dargestellten Grundsätzen, an die Stelle der Vernehmungszuständigkeit des Untersuchungsrichters tritt jedoch die des Staatsanwalts, der den Grundrechte- und Haftrichter anruft, damit dieser über die Anordnung der *détention provisoire* bzw. eines Haftsurrogats befindet. Ist die in dem *mandat d'arrêt* bezeichnete Person bereits zu einer (nicht rechtskräftigen) Freiheitsstrafe verurteilt, so bedarf es für die Überführung in die *détention provisoire* keines gesonderten Ausspruchs des Grundrechte- und Haftrichters mehr (Art. 135-2 Abs. 7 CPP).¹⁰⁶

¹⁰³ Eine vorherige Anordnung der *détention provisoire* gegenüber der abwesenden Person scheidet aus, da der Anordnung zwingend eine – erst nach der Anhörung durch den Untersuchungsrichter mögliche (Art. 80-1 Abs. 2 CPP) – förmliche Beschuldigung (Art. 137 CPP) und eine kontradiktorische Verhandlung (*débat contradictoire*) vor dem Grundrechte- und Haftrichter vorauszugehen hat (Art. 145 CPP).

¹⁰⁴ Circulaire vom 23.5.2014, JUSD1412016C, S. 11 Fn. 18.

¹⁰⁵ Bis zum Gesetz vom 14.4.2011 war auch insoweit der Staatsanwalt anstelle des Grundrechte- und Haftrichters zuständig.

¹⁰⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2631 ff., 2646 ff.; *Bouloc*, *Proc. pén.*, Rn. 702.

b) Vorläufige Inhaftierung im Vorfeld der Haftanordnung

Art. 145 CPP, der die kontradiktorische Verhandlung vor dem Grundrechte- und Haftrichter im Hinblick auf die Anordnung der *détention provisoire* zum Gegenstand hat, sieht in seinen Abs. 7 bis 10 zwei Fälle einer „vorläufigen Inhaftierung“ (*incarcération provisoire*) im Zusammenhang mit der Möglichkeit einer kurzfristigen Vertagung der Verhandlung über die Haftentscheidung vor (*débat contradictoire différé*). Hinsichtlich der Haftentschädigung (Art. 149 CPP), der Berechnung der Höchstdauer der Haft (Art. 145-1, 145-2 CPP) und der Anrechnung auf eine Freiheitsstrafe (Art. 716-4 CPP) wird diese vorläufige Inhaftierung mit der *détention provisoire* gleichgestellt (Abs. 10).

aa) Gewährung einer Vorbereitungszeit für die Verteidigung

Begehrt der förmlich Beschuldigte oder sein Verteidiger anlässlich der kontradiktorischen Verhandlung vor dem Grundrechte- und Haftrichter eine Frist zur Vorbereitung seiner Verteidigung, so scheidet die sofortige Anordnung einer *détention provisoire* aus (Abs. 7). In diesem Fall räumt das Gesetz dem Richter die Möglichkeit ein, ihn – ohne dass es auf das Vorliegen eines Haftmotivs i.S.v. Art. 144 CPP ankäme¹⁰⁷ – mit einer begründeten, unanfechtbaren Anordnung bis zu einer Dauer von vier Werktagen vorläufig in Haft zu nehmen.¹⁰⁸ Binnen dieser Frist ist er dem Richter erneut vorzuführen, damit dieser entweder die *détention provisoire* anordnet oder aber ihn freilässt (Abs. 8).

bb) Ermöglichung weiterer Nachforschungen

Seit dem Gesetz vom 5.3.2007 kann der Grundrechte- und Haftrichter eine *incarcération provisoire* für die gleiche Dauer auch auf eigene Initiative verfügen, um dem Untersuchungsrichter Gelegenheit zur Vornahme von Überprüfungen im Hinblick auf die Person des förmlich Beschuldigten oder den ihm vorgeworfenen Sachverhalt zu geben, wenn diese Nachforschungen dazu geeignet erscheinen, dass anstelle der *détention provisoire* die Anordnung eines Haftsurrogats – oder, *a fortiori*, der Verbleib in Freiheit¹⁰⁹ – in Betracht kommt. Die Entscheidung ist zu begründen und kann vom Beschuldigten durch den Eilrechtsbehelf des Art. 187-1 CPP (*référé-liberté*) angefochten werden; mithin soll – über den Wortlaut von Art. 186 CPP hinaus – auch die Beschwerde (*appel*) zulässig sein.¹¹⁰ Zwar ist der Grundrechte- und Haftrichter auf die Kooperationsbereitschaft des Untersuchungsrichters angewiesen, da er diesen nicht zwingen kann, die entsprechenden Nachfor-

¹⁰⁷ *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 11.

¹⁰⁸ Zur Fristberechnung siehe *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 143.91 f.

¹⁰⁹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2720.

¹¹⁰ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 143.66.

schungen anzustellen. Art. D. 32-31 CPP erlaubt es ihm jedoch, bestimmte Träger der Gerichtshilfe direkt anzurufen, um diese zu Überprüfungen im Hinblick auf die persönliche Situation des Beschuldigten zu veranlassen.

4. Freiheitsbeschränkende Haftsurrogate

Das Gesetz trägt dem subsidiären Charakter der *détention provisoire* Rechnung, indem es in Art. 137 CPP eine dreistufige Rangfolge vorgibt, die bei der Entscheidung über die Haftanordnung zu beachten ist: Vorrangig in Erwägung zu ziehen ist die Verhängung von gerichtlichen Kontrollauflagen (Art. 138 ff. CPP) als einfache Freiheitsbeschränkung. Erweisen sich diese als ungenügend, so kommt die Anordnung einer Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung (Art. 142-5 ff. CPP) als qualifizierte Freiheitsbeschränkung in Betracht. Erst wenn diese beiden Haftalternativen für die „Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung“ (*nécessités de l'instruction*) oder als „Sicherungsmaßnahme“ (*mesure de sûreté*) nicht ausreichen, besteht ausnahmsweise (*à titre exceptionnel*) die Möglichkeit der Anordnung der *détention provisoire* (Art. 143-1 ff. CPP) als Freiheitsentziehung.¹¹¹

Im Hinblick auf die im Erhebungszeitraum erledigten Verfahren bewegt sich die Anzahl der während der gerichtlichen Voruntersuchung angeordneten Haftsurrogate seit einiger Zeit zwischen 20.000 und 25.000 Fällen pro Jahr;¹¹² 2011 belief sich dieser Wert auf 21.348 Anordnungen (im Vergleich: 15.871 *détention provisoire*-Anordnungen), darunter 457 Fälle einer elektronischen Überwachung.¹¹³ Im Rahmen der *comparution immédiate* – also in Verfahren ohne *instruction* – wurden 2010 insgesamt 9.702 gerichtliche Kontrollauflagen (zum Vergleich: 15.291 Haftbefehle angeordnet).¹¹⁴

a) Kontrollauflagen (*contrôle judiciaire*)

Aus ihrer Normierung in dem Abschnitt über die *instruction* wird ersichtlich, dass die Kontrollauflagen im polizeilichen Ermittlungsverfahren ausgeschlossen sind. Obwohl es sich bei der gerichtlichen Voruntersuchung um ihren klassischen Anwendungsbereich handelt, der auch im Folgenden zugrunde gelegt werden soll, kommen die Kontrollauflagen punktuell auch in Verfahren ohne *instruction* in Betracht. Dies gilt in erster Linie dort, wo das Gesetz den Einsatz der *détention provisoire* für zulässig erachtet (Art. 396, 397 CPP: *comparution immédiate*; Art. 495-10

¹¹¹ Vgl. Fourment, Proc. pén., Rn. 463 ff. sowie bereits Mériageau, in: Dünkel/Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 236.

¹¹² Ministère de la Justice, Annuaire statistique, S. 121.

¹¹³ Ministère de la Justice, Chiffres clés 2012, S. 16.

¹¹⁴ Ministère de la Justice, Annuaire statistique, S. 129.

CPP: CRPC-Verfahren), teilweise darüber hinaus jedoch auch in Situationen, in denen der Anwendungsbereich dieser Freiheitsentziehung gerade nicht eröffnet ist (*convocation par procès-verbal*, Art. 394 CPP).

Die Auflagen des *contrôle judiciaire* können dem förmlich Beschuldigten, dem eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Straftat zur Last gelegt wird, vom Untersuchungsrichter oder, falls er angerufen wurde, vom Grundrechte- und Haftrichter (Art. 137-2 Abs. 2 CPP) einzeln oder kumulativ auferlegt werden.¹¹⁵ Anders als die *détention provisoire* ist die Anordnung in der *instruction* also nicht dem *juge des libertés et de la détention* vorbehalten, sondern obliegt in erster Linie dem das Verfahren leitenden Untersuchungsrichter. Der abschließende Katalog in Art. 138 CPP umfasst gegenwärtig 17 Kontrollauflagen,¹¹⁶ die folgende Inhalte haben können:

- Nr. 1: das Verbot, ein richterlich festgelegtes Gebiet zu verlassen;
- Nr. 2: das Verbot, seine Wohnung oder den vom Richter festgesetzten Aufenthaltsort zu anderen als den von ihm bestimmten Bedingungen oder Zwecken zu verlassen;
- Nr. 3: das Verbot, sich zu bestimmten Örtlichkeiten zu begeben oder das Gebot, sich nur in den vom Richter bestimmten Örtlichkeiten aufzuhalten;
- Nr. 4: das Gebot zur Benachrichtigung des Richters über Ortsveränderungen, welche die von ihm festgelegten Grenzen überschreiten;
- Nr. 5: das Gebot, sich in regelmäßigen Abständen bei den vom Richter zu bestimmenden Behörden oder ermächtigten Vereinigungen zu melden, wobei diese im Hinblick auf den Sachverhalt, der dem förmlich Beschuldigten zur Last gelegt wird, zur Wahrung strengster Diskretion verpflichtet sind;
- Nr. 6: das Gebot, den Ladungen der vom Richter bestimmten Behörden, Vereinigungen oder Personen Folge zu leisten und sich ggf. berufs- oder ausbildungsbezogenen Kontrollmaßnahmen zu unterwerfen oder – seit Gesetz vom 15.6.2000 – sozio-educativen Maßnahmen, die auf seine Wiedereingliederung in die Gesellschaft und die Verhinderung der Wiederholung der Straftat zielen;
- Nr. 7: das Gebot, seine Ausweispapiere, insbesondere den Reisepass, im Austausch gegen eine dem Identitätsnachweis dienende Empfangsbescheinigung bei der Geschäftsstelle des Gerichts oder einer Polizeidienststelle zu hinterlegen;

¹¹⁵ Zur Zuständigkeit der Untersuchungskammer bzw. des Prozessgerichts im Zusammenhang mit Entscheidungen über Rechtsbehelfe siehe Art. 141-1 i.V.m. Art. 148-1 CPP.

¹¹⁶ Handelt es sich um eine juristische Person, deren Strafbarkeit in Art. 121-2, 121-4 ff. CP vorgesehen ist, so gelten die Spezialvorschriften des Art. 706-45 CPP: Zu den in Art. 138 Abs. 2 Nr. 11–13, 15 CPP geregelten Auflagen (Art. 706-45 Abs. 1 Nr. 1–4 CPP) tritt die Möglichkeit hinzu, die juristische Person für die – verlängerbare – Dauer von sechs Monaten im Hinblick auf diejenigen Aktivitäten, bei deren Ausübung oder Gelegenheit die Straftat begangen wurde, unter die Kontrolle eines gerichtlich bestellten Verwalters (*mandataire de justice*) zu stellen (Art. 706-45 Nr. 5 CPP). Ein Verstoß gegen die Auflagen ist ggf. seinerseits strafbewehrt (Art. 434-43 und 434-47 CP; Art. 706-45 Abs. 4 CPP).

- Nr. 8: das Verbot, Fahrzeuge aller oder bestimmter Art zu führen, ggf. verbunden mit dem Gebot, den Führerschein abzugeben, wobei der Richter für die Ausübung der beruflichen Aktivität Ausnahmen vom Fahrverbot zulassen kann;
- Nr. 9: das Verbot, bestimmte vom Richter bezeichnete Personen zu empfangen, zu treffen oder Beziehungen welcher Art auch immer zu ihnen aufzunehmen;
- Nr. 10: das Gebot, sich bestimmten Maßnahmen zur Untersuchung, Behandlung oder Pflege, insbesondere Entziehungskuren zu unterziehen, womit auch der Aufenthalt in einer Anstalt einhergehen kann (*sous le régime de l'hospitalisation*);
- Nr. 11: das Gebot, eine Kautions zu stellen, deren Betrag und Zahlungsmodalitäten vom Richter unter Berücksichtigung der Vermögensverhältnisse des Betroffenen festgesetzt werden;¹¹⁷
- Nr. 12: das Verbot, bestimmten beruflichen oder gesellschaftlichen Tätigkeiten – mit Ausnahme der Wahrnehmung eines Wahlmandats oder gewerkschaftlicher Aufgaben – nachzugehen, wenn die Straftat bei Ausübung oder bei Gelegenheit der Ausübung dieser Aktivitäten begangen wurde und zu befürchten steht, dass eine weitere Straftat begangen wird. Ist die Tätigkeit eines Anwalts betroffen, so steht die Befugnis zur Anordnung der Maßnahme ausschließlich der Anwaltskammer zu, die vom Richter angerufen werden kann und ihre Entscheidung binnen 15 Tagen trifft;
- Nr. 13: das Verbot, Schecks auszustellen, die nicht allein eine Geldabhebung des Scheckausstellers vom Bezogenen zum Gegenstand haben oder die nicht bestätigt sind, ggf. verbunden mit dem Gebot, das hiervon betroffene Scheckbuch zu hinterlegen;
- Nr. 14: das Verbot, eine Waffe zu besitzen oder zu tragen, ggf. verbunden mit dem Gebot, die im Besitz befindlichen Waffen zu hinterlegen;
- Nr. 15: das Gebot, innerhalb einer bestimmten Frist persönliche oder dingliche Sicherheiten zu stellen, deren Dauer und Höhe vom Richter zu bestimmen sind;
- Nr. 16: das Gebot, Nachweis darüber zu erbringen, dass der Betroffene die ihm kraft einer gerichtlichen Verurteilung obliegenden Unterhaltspflichten erfüllt;
- Nr. 17: im Fall einer Straftat gegen den aktuellen oder ehemaligen Ehegatten, Lebenspartner oder -gefährten oder die eigenen oder dessen Kinder: Das Gebot, außerhalb des Wohnsitzes des Paares zu leben, ggf. verbunden mit dem Verbot, dort oder in der unmittelbaren Umgebung vorstellig zu werden sowie, falls erforderlich, das Gebot, eine medizinische, soziale oder psychologische Unterstützung in Anspruch zu nehmen.

Die Aussagekraft der im Schrifttum vorgeschlagenen Klassifikationsversuche, die sich teils an formalen,¹¹⁸ teils an materiellen Kriterien¹¹⁹ orientieren, ist ange-

¹¹⁷ Einzelheiten regeln die Art. 142 bis 142-3 CPP.

sichts der Unterschiedlichkeit und Multifunktionalität der diversen Auflagen zwangsläufig begrenzt.¹²⁰ Die alte Streitfrage,¹²¹ ob der *contrôle judiciaire* in seiner Eigenschaft als *mesure de sûreté* – ähnlich wie Bewährungsauflagen – auch zur Resozialisierung und (Vor-)Behandlung des Beschuldigten einsetzbar ist, darf spätestens mit der durch Gesetz vom 15.6.2000 bewirkten, ausdrücklichen Erweiterung von Art. 138 Abs. 2 Nr. 6 CPP auf sozio-educative Maßnahmen, die auf die gesellschaftliche Wiedereingliederung des förmlich Beschuldigten oder – seit Gesetz vom 9.3.2004 – auf die Verhinderung der Wiederholung der Straftat zielen (sog. *contrôle judiciaire socio-éducatif*), als geklärt angesehen werden.¹²²

Für die Anordnung, Ergänzung, Abänderung, Aufhebung oder vorläufige Aussetzung der Maßnahme lässt das Gesetz dem im Regelfall zuständigen Untersuchungsrichter bewusst weite Spielräume, um ihm einen Anreiz dafür zu schaffen, dieses Haftsubstitut der *détention provisoire* vorzuziehen.¹²³ Die entsprechenden Entscheidungen sind jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen möglich, ggf. bedarf es allerdings einer Stellungnahme des Staatsanwalts (vgl. Art. 137-2 Abs. 1, 139, 140 CPP).¹²⁴ Nachdem die Haftgründe des Art. 144 CPP nicht anwendbar sind, verbleibt es in sachlicher Hinsicht bei den vagen Kriterien der „Notwendig-

¹¹⁸ Z.B. Unterscheidung zwischen Geboten (*injonctions/obligations de faire*), Verboten (*interdictions*) und gemischten Pflichten (*obligations mixtes*) bzw. Kontrollmaßnahmen (*mesures de contrôle*), vgl. *Guinhard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 2011; *Leroy*, Proc. pén., Rn. 726; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2660.

¹¹⁹ Abgestellt wird u.a. auf Funktion, Gegenstand oder Auswirkung der Maßnahme auf den Betroffenen, ohne dass dabei immer ersichtlich würde, welchen dieser Gesichtspunkte der jeweilige Autor für maßgeblich erachtet, vgl. z.B. *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 710 f.

¹²⁰ Zu weitergehenden Systematisierungsversuchen siehe *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 238 ff. Probleme bereitet wegen ihres funktionalen Mischcharakters vor allem die Einordnung von Kautions (Art. 138 Abs. 2 Nr. 11 CPP) und Sicherheitsleistung (Art. 138 Abs. 2 Nr. 15 CPP). Beide dienen gemäß Art. 142 CPP einerseits der Anwesenheitssicherung während des Verfahrens und der Sicherstellung der Einhaltung etwaiger sonstiger Kontrollauflagen, andererseits jedoch auch der Erfüllung von Schadensersatz- und Unterhaltsansprüchen sowie ggf. im Urteil ausgesprochenen Geldstrafen. Ihnen wird daher regelmäßig eine gesonderte Darstellung zuteil, siehe z.B. *Pradel*, Proc. pén., Rn. 730; *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 711; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2660, 2672 ff.

¹²¹ Siehe dazu *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 222 ff. m.w.N.

¹²² Zu dieser offiziellen Anerkennung durch den Gesetzgeber siehe *Cardet*, D. 2002, 1221. In diesem Sinne freilich bereits Justizminister *Pleven* bei den parlamentarischen Beratungen über die Normierung des *contrôle judiciaire* Anfang der 1970er Jahre: „comme un prétraitement auquel fera suite vraisemblablement, après le jugement, le régime de sursis avec mise à l'épreuve“, zit. nach *Pradel*, Proc. pén., Rn. 724; dies befürwortend auch *Jescheck*, in: Ancel (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 400. Als inoffizielle Geburtsstunde des *contrôle judiciaire socio-éducatif* gilt ein ministerielles Rundschreiben vom 4.8.1982, siehe *Athenont*, in: *Yagues/Larrouy* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 157. Die (funktionale) Nähe des *contrôle judiciaire* zur Strafaussetzung zur Bewährung wird im Schrifttum auch sonst häufig betont, siehe *Pradel*, Proc. pén., Rn. 724; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2652; krit. *Rassat*, Proc. pén., Rn. 523.

¹²³ *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 248 m.w.N. zum Gesetzgebungsverfahren.

¹²⁴ Siehe Crim. 22.1.2002, Bull. n° 7.

keiten der gerichtlichen Voruntersuchung“ und der „Sicherungsmaßnahme“ (Art. 137 Abs. 2 CPP), anhand derer die Erforderlichkeit der Maßnahme – auch im Hinblick auf ihren in Art. 137 Abs. 1, Art. préI. III Abs. 4 CPP postulierten Ausnahmecharakter – zu beurteilen ist.¹²⁵ Die Rechtsprechung begnügt sich damit, dass der Richter in der dem Betroffenen und dem Staatsanwalt mitzuteilenden Verfügung (Art. 183 Abs. 2, 185 CPP), gegen die Rechtsmittel zur Untersuchungskammer zulässig sind (Art. 186 Abs. 1 CPP), die Umstände darlegt, aus denen sich die Notwendigkeit der Maßnahme ergibt.¹²⁶ Eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle der Erforderlichkeit als solcher findet nicht statt, da deren Beurteilung der souveränen Einschätzung der Untersuchungsgerichtsbarkeit unterliegt (Opportunitätsprinzip).¹²⁷ Die Auswahl und Ausgestaltung der Kontrollauflagen müssen jedoch in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht hinreichend begründet werden.¹²⁸ Abgesehen von der ggf. erforderlichen Stellungnahme des Staatsanwalts sind in der *instruction* im Übrigen keine verfahrensrechtlichen Anforderungen, etwa eine Anhörung, vorgesehen;¹²⁹ eine solche ist hingegen dort vorgeschrieben, wo das Gesetz die Anordnung von Kontrollauflagen auch in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung zulässt (siehe Art. 394 Abs. 3, 396 Abs. 2 CPP).

Die gegenüber dem förmlich Beschuldigten angeordneten Kontrollauflagen gelten für die gesamte Dauer der gerichtlichen Voruntersuchung¹³⁰ und bei Verbrechen auch darüber hinaus (Art. 181 Abs. 5 CPP), sofern der Richter nicht von seiner jederzeitigen Abänderungsbefugnis Gebrauch macht oder die Untersuchungskammer als Rechtsmittelinstanz interveniert.¹³¹ Anders als bei der Regelung der Freiheitsentziehungen verzichtet das Gesetz also auf eine „Fristenlösung“ dergestalt, dass ein Richter in periodischen Intervallen mit der Verlängerungsentscheidung befasst wird. Entsprechend der bei der *détention provisoire* geltenden Grundsätze können die Kontrollauflagen kraft gesonderter Anordnung auch bei Vergehen über die Dauer der *instruction* hinaus bis zum Erscheinen vor dem zuständigen Gericht (Art. 179 Abs. 3 CPP), unter Umständen bis zur Rechtskraft

¹²⁵ Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 2010; vgl. Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 36: „une totale liberté d'appréciation“. Art. 411-3 CPP-E des Avant-projet vom 1.3.2010 schlägt dagegen die Anwendung der *détention provisoire*-Ziele auf die Haftsurrogate vor.

¹²⁶ Crim. 8.8.1995, Bull. n° 264; 13.2.2002, Bull. n° 28.

¹²⁷ Crim. 5.1.1995, Bull. n° 5; 16.2.2000, Bull. n° 71; 26.6.2000, Bull. n° 260; 19.3.2002, Bull. n° 64; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2655; Lelieur, ZStW 124 (2012), 468 f.

¹²⁸ Crim. 17.9.2014, Bull. n° 190 (Aufhebung zweier Kontrollauflagen wegen unzureichender Begründung); zust. Royer, AJ Pén. 2014, 538.

¹²⁹ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2659; Pradel, Proc. pén., Rn. 725.

¹³⁰ In den Fällen, in denen das Gesetz die Kontrollauflagen auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung zulässt, sind die Maßgaben für die im Regelfall ungleich kürzere Geltungsdauer den einschlägigen Vorschriften direkt zu entnehmen, z.B. Art. 396 Abs. 4 CPP: bis zum Erscheinen vor Gericht („jusqu'à sa comparution devant le tribunal“).

¹³¹ Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2676 ff.

einer Verurteilung (Art. 471 Abs. 3, 569 CPP), aufrechterhalten werden. Wird das Verfahren eingestellt (*ordonnance de non-lieu*), so treten die Kontrollauflagen außer Kraft (Art. 177 Abs. 3 Satz 2 CPP).¹³²

Der *contrôle judiciaire* endet außerdem, wenn eine *détention provisoire* in Vollzug gesetzt wird.¹³³ Deren nachträgliche Anordnung kommt insbesondere als Sanktion für einen Verstoß gegen gerichtliche Kontrollauflagen in Betracht (Art. 141-2 CPP). Entzieht sich die Person willentlich ihren darin angeordneten Pflichten, so kann der Grundrechte- und Haftrichter auf Antrag des Untersuchungsrichters die *détention provisoire* selbst dann anordnen, wenn sie unter normalen Umständen *nicht* zulässig wäre, etwa weil die gesetzlich geforderte Mindeststrafandrohung nicht erreicht ist (Art. 143-1 Abs. 1, 2 CPP), weil keiner der in Art. 144 CPP genannten Haftgründe einschlägig ist oder weil in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung die Ladung nach den Grundsätzen der *convocation par procès-verbal* bewirkt wurde (Art. 394 Abs. 3, 397-3 Abs. 1 Satz 3 CPP)¹³⁴ – die haftvermeidende Funktion des *contrôle judiciaire* verkehrt sich hier also in ihr Gegenteil. Die Freiheitsentziehung unterliegt in diesem Fall (*détention-sanction*) allerdings einer abweichenden Höchstdauer (Art. 141-3 CPP; siehe unten C.2.a.).

Abgesehen von der Möglichkeit einer Beschwerde (Art. 186 Abs. 1, 194 Abs. 3 CPP) gegen die Anordnung der Kontrollauflage kann der Betroffene auch den Untersuchungsrichter um deren Aufhebung ersuchen (Art. 140 CPP). Hilft dieser dem Begehren nicht oder nicht rechtzeitig (Fünf-Tages-Frist) ab, so kann auch insoweit die Untersuchungskammer angerufen werden (Art. 140 Abs. 3, 186 Abs. 1 CPP).

b) Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung

Die Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung, die das Gesetz vom 9.9.2002 noch als besondere Ausführungsmodalität der in Art. 138 Abs. 2 Nr. 2 CPP als Kontrollauflage geregelten Aufenthaltsortszuweisung konzipiert hatte (Art. 138 Abs. 3 CPP a.F.), ist seit der Neuregelung vom 24.11.2009 als eigenständiges Haftsurrogat in Art. 142-5 ff. CPP normiert.¹³⁵ Seither steht sie als qualifizierte Freiheitsbeschränkung zwischen den Kontrollauflagen, die als einfache Freiheitsbeschränkungen kumulativ zur Anwendung kommen können (Art. 142-5 Abs. 4 CPP), und der *détention provisoire* als Freiheitsentziehung (Art. 137 CPP).

¹³² Crim. 24.4.2013, Bull. n° 99; zust. *Lasserre Capdeville*, AJ Pén. 2013, 546 m.w.N.

¹³³ *Pradel*, Proc. pén., Rn. 727.

¹³⁴ Crim. 13.10.1998, Bull. n° 258.

¹³⁵ Sie war zwar bereits in dem Gesetz vom 15.6.2000 vorgesehen, wurde aber – offenbar aus technischen und finanziellen Gründen – zunächst nicht umgesetzt, *Rassat*, Proc. pén., Rn. 524; weiterführend zu Historie und Praxis *Camous*, Assignation à résidence, in: JCl., Rn. 1, 4.

Der intermediäre Charakter schlägt sich auch in der normativen Ausgestaltung nieder.¹³⁶

Für den Anwendungsbereich (primär: gerichtliche Voruntersuchung) und die Anordnungszuständigkeit (primär: Untersuchungsrichter) gilt im Wesentlichen das zu den gerichtlichen Kontrollauflagen Gesagte (Art. 142-5 Abs. 1 CPP). Im Übrigen sind die Anordnungsvoraussetzungen und Umsetzungsmodalitäten dieser gegenüber dem *contrôle judiciaire* subsidiären Überwachungsmaßnahme ungleich enger gefasst. Der Tatverdacht muss eine mit einer Mindesthöchststrafe von zwei Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Straftat zum Gegenstand haben. Außerdem setzt die Anordnung grundsätzlich das Einverständnis oder einen entsprechenden Antrag des förmlich Beschuldigten voraus (Art. 142-5 Abs. 1 CPP); beides ist jedoch seit 2010 entbehrlich, wenn ihm eine mit einer Mindesthöchststrafandrohung von fünf Jahren Freiheitsstrafe belegte Körperverletzung oder Bedrohung zum Nachteil seines aktuellen oder ehemaligen Ehegatten, Lebensgefährten oder Lebenspartners oder gegenüber seinen eigenen oder dessen Kindern vorgeworfen wird (Art. 142-12-1 CPP).¹³⁷ Während für Form, Begründung und Rechtsmittelfähigkeit der Anordnung auf die Ausführungen zum *contrôle judiciaire* verwiesen werden kann (Art. 142-8 Abs. 1 CPP), sieht das Gesetz im Hinblick auf das Verfahren die Durchführung einer kontradiktorischen Verhandlung vor, die sich nach der Regelung für die *détention provisoire* richtet (Art. 142-6 Abs. 1 i.V.m. Art. 145 CPP). Besonderheiten gelten auch für die Dauer der Maßnahme, die zunächst auf sechs Monate befristet ist und sodann in Sechs-Monats-Intervallen bis zu einer Maximaldauer von zwei Jahren verlängert werden kann (Art. 142-7 CPP). Sowohl die Anrechnung auf die Strafhaft im Fall der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe als auch die Entschädigung einer nicht-gerechtfertigten Maßnahme bestimmen sich ebenfalls nach den Vorschriften über die *détention provisoire* (Art. 142-10 i.V.m. Art. 149–150 CPP; Art. 142-11 i.V.m. Art. 716-4 CPP).

Für die Ausführung der Maßnahme verweist Art. 142-5 Abs. 3 CPP auf die entsprechenden Vorschriften aus dem Strafvollzugsrecht (Art. 723-7 ff. CPP). Eine mobile elektronische Überwachung mit einem Sender, der die Ermittlung des Aufenthaltsorts im gesamten Staatsgebiet – und nicht nur die Überprüfung der Einhaltung der gerichtlich festgelegten Aufenthaltszone (Art. 723-8 CPP) – ermöglicht (Art. 763-12 CPP), setzt voraus, dass die Beschuldigung eine Straftat mit einer Mindesthöchststrafandrohung von sieben Jahren Freiheitsstrafe und Führungsaufsicht (*suivi socio-judiciaire*) betrifft.¹³⁸ Verstöße gegen die aus der Maßnahme resultierenden Pflichten können auch hier mit der Anordnung der *détention provisoire* sanktioniert werden (Art. 142-8 Abs. 2 CPP).¹³⁹

¹³⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2829.

¹³⁷ *Roumier*, Dr. pén. 2010, Alerte n° 26.

¹³⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2830 f.; krit. *Rassat*, Proc. pén., Rn. 524.

¹³⁹ *Camous*, Assignation à résidence, in: JCl., Rn. 341 ff.

B. Anordnung

1. Zuständigkeit

Die Befugnis zur Anordnung der *détention provisoire* lag traditionell in den Händen des die gerichtliche Voruntersuchung beherrschenden Untersuchungsrichters. Nachdem sämtliche im Verlauf des 20. Jahrhunderts unternommenen Versuche, ihm dieses Privileg zu entziehen, gescheitert waren, ist es mit Gesetz vom 15.6.2000 schließlich gelungen, die Kompetenz auf einen neu geschaffenen Grundrechte- und Haftrichter zu übertragen, der – anders als der Untersuchungsrichter – selbst keine Ermittlungsbefugnisse hat und lediglich punktuell auf entsprechenden Antrag hin als Kontrollorgan interveniert.

In den Fällen, in denen die *détention provisoire* auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung – und damit außerhalb des Aktionsradius des Untersuchungsrichters – zulässig ist, stand die Anordnungscompetenz freilich schon bisher einem anderen Richter zu (insb. Gerichtspräsident oder von ihm delegierter Richter, Art. 396 CPP a.F.).¹⁴⁰ Ist das Prozessgericht bereits mit der Sache befasst, so entscheidet dieses über die Haftfrage (Art. 272-1, 397-3, 465 f. CPP).

a) Antragsbefugnis

Während der gerichtlichen Voruntersuchung bedarf es grundsätzlich eines Haftantrags des Untersuchungsrichters.¹⁴¹ Dieser ruft den Grundrechte- und Haftrichter durch eine begründete Verfügung an und übermittelt ihm die Verfahrensakten mit den ebenfalls zu begründenden Anträgen des Staatsanwalts (Art. 137-1 Abs. 4, 82 Abs. 3 CPP).¹⁴² Ursprünglich verblieb der Staatsanwaltschaft im Fall einer Verweigerung der von ihr begehrten Haftantragstellung durch den Untersuchungsrichter lediglich die Beschwerde zur Untersuchungskammer (Art. 137-4 Abs. 1 i.V.m. Art. 185 Abs. 1 CPP). Seit 2004 hat sie darüber hinaus die Möglichkeit, den Grundrechte- und Haftrichter unter bestimmten Voraussetzungen direkt anzurufen (Art. 137-4 Abs. 2 CPP): Zum einen muss das Verfahren ein Verbrechen oder ein mit einer Höchststrafe von zehn Jahren bedrohtes Vergehen zum Gegenstand haben; zum anderen kommen insoweit nur die in Art. 144 Nr. 4–7 CPP geregelten Haftgründe in Betracht, welche der Ausprägung der *détention provisoire* als

¹⁴⁰ Ursprünglich war der Staatsanwalt für die Ausstellung dieses – seinerzeit spätestens am Folgetag gerichtlich zu bestätigende – *mandat de dépôt* zuständig, siehe Grebing, Untersuchungshaft, S. 288–290.

¹⁴¹ Im Fall einer *co-saisine* (Art. 83-1 CPP) entscheidet der untersuchungsleitende Richter (Art. 83-2 CPP). Sollten die Neuregelungen über das *collège d'instruction* (Art. 83 CPP n.F.) 2017 in Kraft treten, stünde die Antragsbefugnis fortan diesem Kollegium zu.

¹⁴² Caron, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 109; krit. Matsopoulou, D. 2008, 1496, derzufolge die Beantragung der Haft Sache des Staatsanwalts sein sollte, da sie mit der Funktion des Untersuchungsrichters als neutraler Instanz nicht in Einklang zu bringen sei.

„Sicherungsmaßnahme“ (*mesure de sûreté*, siehe unten B.3.a.cc.) entsprechen.¹⁴³ Hintergrund für die Heraushebung dieser Haftgründe bzw. Haftfunktion dürfte der Umstand sein, dass die Beurteilung der „Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung“, also der Erfordernisse der Wahrheitsfindung und Beweissicherung (Art. 144 Nr. 1–3 CPP), in diesem Verfahrensstadium – anders als in der *enquête* – nicht dem Staatsanwalt, sondern allein dem Untersuchungsrichter als ermittelungsleitendem Organ zusteht.

Im Rahmen des Eilverfahrens der *comparution immédiate* ist zu unterscheiden zwischen der in Art. 396 CPP geregelten Situation, bei der das Prozessgericht nicht am selben Tage (der Vorführung vor den Staatsanwalt) zusammentreten kann, und der in Art. 397-3 Abs. 2–4 CPP umschriebenen Situation, in der das Prozessgericht die Haft bis zum Urteilerlass für erforderlich erachtet: Im ersten Fall steht die Antragsbefugnis dem Staatsanwalt zu, in letzterem Fall bedarf es keines Antrags.¹⁴⁴

b) Anordnungsbefugnis

Sieht man von der Anordnungskompetenz der Untersuchungskammer als Kontroll- und Rechtsmittelinstanz in Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung (z.B. Art. 201 Abs. 3 CPP) und den Zuständigkeiten des Prozessgerichts während des Hauptverfahrens (z.B. Art. 272-1, 397-3, 465 f. CPP) ab, so ist die Entscheidungshoheit über die Anordnung der Haft heute in der Funktion des Grundrechte- und Haftrichters gebündelt (Art. 137-1; siehe auch Art. 396, 495-10 CPP für den Zeitraum vor der Befassung des Prozessgerichts in Verfahren ohne *instruction*). Da dieser in der gerichtlichen Voruntersuchung über einen Antrag des Untersuchungsrichters befindet, dem seinerseits meist ein entsprechendes Begehren der Staatsanwaltschaft zugrunde liegt, gehen der Inhaftierungsverfügung (*mandat de dépôt*) regelmäßig die positiven Voten dreier Angehöriger der *autorité judiciaire*, darunter zweier Richter (*magistrats du siège*), voraus (Ausnahme: Art. 137-4 Abs. 2 CPP; siehe oben a.).

Beim Grundrechte- und Haftrichter handelt es sich um einen vom TGI-Präsidenten ernannten Richter mit dem Rang eines Präsidenten, Ersten Vizepräsidenten oder Vizepräsidenten, wobei im Verhinderungsfall der dienstälteste, ranghöchste Richter entscheidet (Art. 137-1 Abs. 2 CPP). Da seine Mitwirkung im späteren Prozess ausgeschlossen ist (Art. 137-1 Abs. 3 CPP),¹⁴⁵ kann es bei kleineren Ge-

¹⁴³ Zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung dieser Differenzierung C. const. 2.3.2004, n° 2004-492 DC, § 121.

¹⁴⁴ Vgl. Guéry, *Comparution immédiate*, in: Rép. pén., Rn. 43 f., 88.

¹⁴⁵ Die Inkompatibilität gilt trotz des Fehlens einer Verweisung in Art. 396 CPP auch für den Fall, dass der Grundrechte- und Haftrichter die Haft im Rahmen der *comparution immédiate* angeordnet hat Crim. 8.12.2009, Bull. n° 208; 23.9.2010, Bull. n° 140. Dass der Richter einer Untersuchungskammer, die über ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Grundrechte- und Haftrichters zu befinden hatte, später dem Prozessgericht angehört,

richten zu personellen Engpässen kommen. Das Gesetz trägt dem Rechnung, indem es die Möglichkeit der Abordnung des Grundrechte- und Haftrichters eines angrenzenden TGI vorsieht (Art. 137-1-1 CPP); außerdem kann ein Prozess, dessen Durchführung Inkompatibilitätsvorschriften entgegenstehen, vom Präsidenten des Berufungsgerichts einem anderen TGI zugewiesen werden (Art. 667-1 CPP).¹⁴⁶

Der Neuregelung vom 15.6.2000 lag die Annahme zugrunde, dass sich der Ausnahmecharakter der *détention provisoire* nur dann befriedigend verwirklichen lässt, wenn die Haftanordnung einem Richter obliegt, der anders als der Untersuchungsrichter („mi-Maigret, mi-Salomon“) in dem Verfahren nicht zugleich als Ermittlungsorgan involviert – und insofern am Ausgang des Verfahrens *interessiert* – ist. Mit der Übertragung der Haftentscheidung auf einen außenstehenden und erfahreneren Richter sollte nicht zuletzt einer schweigerechtswidrigen Zweckentfremdung der Haftandrohung zur Geständniserlangung vorgebeugt werden.¹⁴⁷

Wendet man sich der Frage zu, ob die mit diesem neuen Richter verbundenen Erwartungen erfüllt werden konnten, so ergibt sich ein geteiltes Bild. Auf der einen Seite hat sich die Institution als solche offensichtlich bewährt. Im Gegensatz zu früheren Reformversuchen ist es dem Grundrechte- und Haftrichter nicht nur gelungen, sich dauerhaft an der Seite des Untersuchungsrichters zu etablieren. Seine ursprünglich auf das Haftrecht beschränkten Kontrollkompetenzen wurden vielmehr sukzessiv auch auf andere Eingriffsmaßnahmen ausgedehnt.¹⁴⁸ Bei den jüngsten, auf die Abschaffung der Zweiteilung des Vorverfahrens gerichteten Reformvorschlägen diente der Grundrechte- und Haftrichter als Vorbild für die Einrichtung eines Ermittlungsrichters.¹⁴⁹

Auf der anderen Seite wird die Effektivität seiner Kontrolltätigkeit – nicht zuletzt vor dem Hintergrund der *Outreau*-Affäre – infrage gestellt: An den faktischen Abhängigkeiten habe sich wenig geändert, da der mit der Aktenlage nicht vertraute Grundrechte- und Haftrichter letztlich auf die Informationen der Ermittler angewiesen sei. Ihm fehle die erforderliche Sachnähe, weil er nicht selbst an Ermittlungshandlungen teilnehmen könne und über keinen hinreichenden Kontakt zum Beschuldigten verfüge. Für eine echte Kontrolle seien die materiellen Rahmenbedingungen unzureichend, weil er bei seiner Entscheidung auf sich allein gestellt

soll zumindest dann nicht zu beanstanden sein, wenn die Untersuchungskammer keine Belastungsbeweise erhoben hat Crim. 28.3.2012, n° 11-85.225; *Chavent-Leclère*, Procédures 2012, Comm. n° 190.

¹⁴⁶ *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 10 f.; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 104; siehe Ziff. 2.1.1.1.1 ff. des Circulaire CRIM 00-16 F1 vom 20.12.2000.

¹⁴⁷ *Guinchar/Buisson*, Proc. pén., Rn. 1936; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 141.53 f.; vgl. aber auch das „Gegenargument“ von *Pradel*, Proc. pén., Rn. 736, wonach die Beschuldigten häufig ohnehin nicht zu einem Geständnis zu bewegen seien.

¹⁴⁸ *Matsopoulou*, D. 2008, 1495 m.w.N.

¹⁴⁹ Vgl. Art. 211-3 CPP-E des Avant-projet vom 1.3.2010; so auch *Léger*, Rapport, S. 6 ff., 11 ff. (1. und 3. Vorschlag).

sei, zu einem relativ späten Zeitpunkt interveniere und die zeitlichen Zwänge einer eingehenderen Prüfung im Wege stünden; im Zweifel werde die Haft als vermeintlich sicherste Lösung (*principe de précaution*) angeordnet bzw. bestätigt. Die Tatsache, dass den Haftanträgen des Untersuchungsrichters in der Praxis in über 90 % der Fälle stattgegeben wird, belege seine strukturelle Überforderung.¹⁵⁰ Vereinzelt wird in der Tatsache, dass nunmehr regelmäßig zwei Richter im Zusammenhang mit der Haftanordnung involviert sind, gar eine faktische Verletzung der Unschuldsvermutung gesehen.¹⁵¹ Der Gesetzgeber ist den im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der *Outreau*-Affäre einmal mehr formulierten Forderungen, die Haftentscheidung einem Richterkollegium zu übertragen,¹⁵² nicht gefolgt. Stattdessen soll künftig lediglich die Haftantragsbefugnis in die Hände eines dreiköpfigen Untersuchungsrichterkollegiums gelegt werden (Art. 83 CPP n.F.).¹⁵³

2. Straftatbezug und Adressat

a) Tatverdacht (*indices de culpabilité*)

aa) Ungeschriebene, mittelbare Haftvoraussetzung

Anders als bei den Regelungen über die *garde à vue* und die *mandats* verhält sich das Gesetz seit jeher nicht zu der Frage, inwieweit ein Tatverdacht für die Entscheidung über die Haftanordnung relevant ist (Art. 137-3, 143-1, 144 CPP). Weite Teile des Schrifttums, denen die Praxis bisweilen folgt,¹⁵⁴ interessieren sich daher in diesem Kontext nicht für das Vorliegen eines Tatverdachts.¹⁵⁵ Soweit sich im Zusammenhang mit der *détention provisoire* überhaupt Ausführungen zu dem Problem finden, wird das Erfordernis eines Tatverdachts häufig als mehr oder weniger ungeschriebene, traditionelle Selbstverständlichkeit deklariert.¹⁵⁶ Es ergibt sich jedenfalls implizit aus dem Gesetz, da die Haft – zumindest im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung – nur gegenüber einem förmlich Beschuldigten zu-

¹⁵⁰ *Viout*, Rapport *Outreau*, S. 37–42; *Nord-Wagner*, AJ Pén. 2007, 115 Fn. 24; *Vallini/Houillon*, Rapport *Outreau*, S. 349 ff., 352; *Matsopoulou*, D. 2008, 1497; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 141.53 f.

¹⁵¹ *Pradel*, Proc. pén., Rn. 736.

¹⁵² *Vallini/Houillon*, Rapport *Outreau*, S. 352 ff.; *Matsopoulou*, D. 2008, 1497.

¹⁵³ Siehe dazu bereits oben I.C.1.a.bb. *Matsopoulou*, D. 2008, 1497 warnt insoweit vor Wertungswidersprüchen.

¹⁵⁴ Siehe die Kritik von *Guéry*, D. 2006, 1556.

¹⁵⁵ *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 9 ff.; *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 718 ff.; *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 1938 ff.; *Leroy*, Proc. pén., Rn. 733 ff.; *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. pén., Rn. 458 ff.; *Fourment*, Proc. pén., Rn. 473 f.; *Dourneau-Josette*, Détention provisoire, in: Rép. pén., Rn. 186 ff.

¹⁵⁶ *Hélie*, Traité IV, Rn. 1952–1954; *Jescheck*, in: Ancel (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 393 m.w.N.; ähnlich *Pradel*, Droit pénal comparé, Rn. 35: „la règle résulte d’une interprétation combinée des articles 63 al. 2 et 105 CPP, et de la jurisprudence“.

lässig ist (Art. 137 CPP) und der Strafraumen der Tat, die den Gegenstand der Haftanordnung bildet, qualifizierten Anforderungen unterliegt (Art. 143-1 CPP).¹⁵⁷

Damit ist allerdings noch keine Erkenntnis darüber gewonnen, *wem* die Prüfung dieses Tatvorwurfs obliegt. Seitdem die Zuständigkeit für die förmliche Beschuldigung (Untersuchungsrichter) und die Haftanordnung (Grundrechte- und Haftrichter) nicht mehr in den Händen des *juge d'instruction* vereint ist, kommt der Frage, ob – auch – der für die Haftentscheidung zuständige Richter zur Prüfung und ggf. Infragestellung des Vorliegens des Tatverdachts verpflichtet oder wenigstens berechtigt ist, besondere Brisanz zu. Allein der Umstand, dass der Tatvorwurf auf eine Straftat bestimmter Schwere gerichtet sein muss (Art. 143-1 CPP), sagt nichts darüber aus, ob vor dem Haftrichter über einen abstrakten Strafraumenvergleich hinaus eine rechtliche und tatsächliche Prüfung der Verdachtsmomente stattfindet. Die Frage ist schließlich unabhängig von der Kompetenzverteilung zwischen Untersuchungsrichter und (Grundrechte- und) Haftrichter insofern von Belang, als eine förmliche Beschuldigung auch ohne die untersuchungsrichterliche Feststellung des Vorliegens schwerer oder übereinstimmender Verdachtsmomente *kraft Gesetzes* eintritt, wenn der vom *Staatsanwalt* namentlich in dem Antrag auf die Eröffnung der gerichtlichen Voruntersuchung genannte *témoin assisté* (Art. 113-1 CPP) dies ausdrücklich wünscht (Art. 113-6 Abs. 1 CPP).

Für eine Prüfungsbefugnis des Grundrechte- und Haftrichters spricht insbesondere die Inkompatibilitätsvorschrift in Art. 137-1 Abs. 3 CPP, die auf der Vorstellung basiert, dass dieser sich bei seiner Haftentscheidung zwangsläufig eine Meinung über den Tatvorwurf bilden muss.¹⁵⁸ Folgerichtig beanstandet es die höchstrichterliche Rechtsprechung nicht, wenn der zur Haftentscheidung berufene Richter auf einen entsprechenden Einwand des Beschuldigten hin die Umstände der Tat darlegt und das Vorliegen der Belastungsmomente würdigt – solange das Ergebnis *positiv* ausfällt, die Schuldprognose also *nicht* infrage gestellt wird.¹⁵⁹

Umgekehrt jedoch wurde die Beschwerdeentscheidung einer Untersuchungskammer aufgehoben, die einem Freilassungsantrag mit der Begründung stattgegeben hatte, dass der subjektive Tatbestand des dem Beschuldigten vorgeworfenen Delikts *nicht* verwirklicht sei. Nach Auffassung der Cour de cassation ist die rechtliche Bewertung bzw. Subsumtion des Sachverhalts unter einen Straftatbestand *im Rahmen der Kontrolle einer Haftentscheidung* nicht Aufgabe des Gerichts.¹⁶⁰ Diese

¹⁵⁷ Pradel, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 385; Casorla, in: Pradel (Hrsg.), Atteintes à la liberté, S. 176; Grebing, Untersuchungshaft, S. 60, 75, 91, 257.

¹⁵⁸ Crim. 8.12.2009, Bull. n° 208 (zur Anwendbarkeit in der *comparution immédiate*).

¹⁵⁹ Crim. 15.3.2005, Bull. n° 87; Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 37 m.w.N.

¹⁶⁰ Crim. 1.6.1994, Bull. n° 221: „Attendu que, pour [...] faire droit à cette demande [de mise en liberté], la chambre d'accusation retient que [...] l'élément intentionnel du délit faisant ainsi défaut; Mais attendu qu'en prononçant ainsi, alors que [...] la chambre d'accusation, qui était saisie, non du règlement de la procédure impliquant le contrôle de la qualification des faits, mais de l'appel de l'ordonnance refusant la mise en liberté, a mé-

Rechtsprechung wird von der überwiegenden Auffassung im Schrifttum als Bestätigung ihres Standpunktes herangezogen, wonach der Tatverdacht als Bestandteil der förmlichen Beschuldigung zwar unentbehrliche, aber eben doch nur mittelbare Voraussetzung der *détention provisoire* sei. Die Prüfung der tatsächlichen Verdachtsmomente und ihre juristische Subsumtion obliege dem über die förmliche Beschuldigung befindenden Untersuchungsrichter und sei damit der Haftentscheidung vorgelagert (*e contrario* Art. 137-3 CPP: kein entsprechendes Haftbegründungserfordernis, siehe unten 4.a.). Im Übrigen müsse die Beurteilung der Schuld (*culpabilité*) dem Prozessgericht vorbehalten bleiben. Wolle der Betroffene die Zulässigkeit der Haft unter diesem Gesichtspunkt bestreiten, so müsse er die Entscheidung über die förmliche Beschuldigung angreifen, anstatt sich gegen die Haftanordnung zu wenden.¹⁶¹ Obwohl sich Teile gerade des praxisnahen Schrifttums mit Vehemenz und beachtlichen Gründen gegen dieses befremdliche Ergebnis wenden,¹⁶² soll der Ansatz der Rechtsprechung und wohl herrschende Lehre im Folgenden – jedenfalls für die *détention provisoire* im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung – als geltendes Recht zugrunde gelegt werden.¹⁶³

Dort, wo eine *détention provisoire* auch ohne gerichtliche Voruntersuchung und somit ohne förmliche Beschuldigung möglich ist (insb. also im Rahmen des Eilverfahrens der *comparution immédiate*), wird man – im wertungsmäßigen Umkehrschluss zu den oben vom Schrifttum vorgetragene Argumenten¹⁶⁴ – wohl kaum

connu le sens et la portée des textes susvisés.“ Ähnlich unlängst *Crim.* 9.4.2014, n° 14-80.833; zust. *Gallois*, *AJ Pén.* 2014, 482.

¹⁶¹ *Caron*, *Détention provisoire*, in: *JCl.*, Rn. 37; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2650, 2709, 2776; so wohl auch *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 385.

¹⁶² *Guéry*, D. 2006, 1156; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.21 ff. Vgl. auch *Pécheu*, *Indices de culpabilité*; das von ihm a.a.O. in Bezug genommene Urteil *Crim.* 6.6.2000, Bull. n° 211 lässt allerdings ebenfalls nur den Schluss zu, dass es höchstrichterlich nicht beanstandet wird, wenn im Rahmen der Überprüfung der Haftentscheidung das Vorliegen der Verdachtsmomente *positiv* festgestellt bzw. wörtlich „daran erinnert“ wird („après avoir rappelé les indices de culpabilité pesant sur l'intéressé“) – im Übrigen räumt der Autor selbst ein, dass es nur schwer vorstellbar erscheine, dass ein Grundrechte- und Haftrichter anlässlich der Prüfung der Haftvoraussetzungen ausdrücklich das Fehlen hinreichender Verdachtsmomente feststelle.

¹⁶³ I.d.S. auch *Guéry*, *AJ Pén.* 2014, 283: „Nous avons, à plusieurs reprises déjà, défendu l'idée selon laquelle la réunion d'indices graves ou concordants n'est que le socle indispensable à l'examen des critères de l'article 144 du code de procédure pénale. Leur existence nous semble pouvoir être discutée dès lors que la question de la détention se pose mais la jurisprudence de la Chambre criminelle est, depuis longtemps, en sens contraire: elle n'admet pas qu'à l'occasion du contentieux relatif à la liberté, la personne mise en examen demande que soient appréciées les charges pesant sur elle.“

¹⁶⁴ Die wenigen Autoren, die sich dezidiert mit dem Tatverdacht im Rahmen der *détention provisoire* befassen, beschränken ihre Ausführungen allesamt auf das Verfahrensstadium der gerichtlichen Voruntersuchung, vgl. *Guéry*, D. 2006, 1556; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2709, 2776; *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 385.

umhinkommen, dem über die Inhaftierung entscheidenden Grundrechte- und Haftrichter (Art. 396) bzw. Prozessgericht (Art. 397-3 CPP) über den strikten Gesetzeswortlaut hinaus, der auch hier lediglich auf Art. 137-3 CPP verweist, die Befugnis und Pflicht zur Überprüfung des Tatverdachts zuzugestehen. Anderenfalls nämlich würde die Beurteilung der strafrechtlichen Relevanz des dem Betroffenen zur Last gelegten Sachverhalts in der alleinigen Verantwortung des die Haft beantragenden Staatsanwalts verbleiben – was bedeuten würde, dass der Betroffene im Zusammenhang mit der Haftentscheidung zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit hätte, die vom Staatsanwalt gegen ihn erhobenen Tatvorwürfe in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht vor einem *Richter* infrage zu stellen. Eine gerichtliche Entscheidung, die dies für den Fall des Art. 396 CPP klarstellen würde, steht indes bis auf Weiteres nicht zu erwarten, da die Cour de cassation entschieden hat, dass gegen die auf Grundlage dieser Vorschrift ergangene Haftanordnung des Grundrechte- und Haftrichters Rechtsmittel nicht statthaft sind.¹⁶⁵

bb) Sonderfall: Strafausschlussgrund der Schuldunfähigkeit

Die Unklarheiten über die exakte normative Verortung des Tatverdachtserfordernisses setzen sich fort bei der Frage nach dem haftrechtlichen Schicksal vermeintlich schuldunfähiger Personen. Während die Art. 11 ff. Ordonnance n° 45-174 vom 2.2.1945 für Kinder und Jugendliche eine differenzierte, ihrer abgestuften strafrechtlichen Verantwortlichkeit Rechnung tragende Regelung enthalten, wirft die Behandlung geistiger Störungen ungleich größere Schwierigkeiten auf. Ihrer Feststellung geht häufig ein aufwendiges Verfahren voraus; unabhängig von der Frage der Strafbarkeit sind Begleit- und Anschlussmaßnahmen zum Schutz der Allgemeinheit oft unabdingbar.¹⁶⁶

Materiell-rechtlich ist eine die Einsichts- oder Kontrollfähigkeit ausschließende Geistesstörung zwar – ebenso wie etwa das Handeln unter Zwang, der unvermeidbare Rechtsirrtum oder die Notwehr (Art. 122-2 ff. CP) – als strafrechtlicher Haftausschlussgrund (*cause d'irresponsabilité pénale*) anerkannt (Art. 122-1 Abs. 1 CP). Anders jedoch als bei allen anderen Strafausschlussgründen, deren Annahme die Einstellung der gerichtlichen Voruntersuchung gebietet und die mit sofortiger Wirkung die Grundlage für den Fortbestand der *détention provisoire* entfallen lässt (Art. 177 Abs. 2, 3 CPP), ist es dem Untersuchungsrichter seit den Gesetzen vom 8.2.1995 und vom 25.2.2008 verwehrt, das Verfahren bei vermeintlicher Unzurechnungsfähigkeit im Wege einer *ordonnance de non-lieu* von sich aus einzustellen. Da Angehörige und Opfer nicht um ihren Zugang zur Wahrheitsfindung ge-

¹⁶⁵ Crim. Ord. prés., 1.2.2006, Bull. Nr. 1; Guéry, Comparution immédiate, in: Rép. pén., Rn. 57.

¹⁶⁶ Siehe die verwaltungsrechtliche Regelung zur Unterbringung in Art. L. 3213-1 ff. CSP.

bracht werden sollen,¹⁶⁷ ist die Sache vielmehr auf Antrag des Staatsanwalts oder Zivilklägers der Untersuchungskammer vorzulegen, die in einem eigenständigen, als „Ersatzprozess“ ausgestalteten Verfahren (Art. 706-119 ff. CPP) sowohl die Frage der Tatbegehung als auch das Vorliegen der Voraussetzungen des Strafausschlussgrundes prüft und, wenn beides der Fall ist, eine entsprechende Entscheidung über die fehlende strafrechtliche Verantwortung wegen Geistesstörung (*arrêt d'irresponsabilité pénale pour cause de troubles mentaux*) verkündet.¹⁶⁸

Erst diese Entscheidung der Untersuchungskammer beendet die *détention provisoire* kraft Gesetzes, wenn der *Untersuchungsrichter* die Maßnahme nicht vorher durch gesonderte Entscheidung aufgehoben hat (Art. 706-121, 706-126 CPP).¹⁶⁹ Mit anderen Worten: Allein der Umstand, dass der Untersuchungsrichter von der Schuldunfähigkeit, also von der Strafflosigkeit des inhaftierten Beschuldigten ausgeht, hindert weder den Fortbestand der Haft noch den der förmlichen Beschuldigung.¹⁷⁰ Immerhin muss die Entscheidung der Untersuchungskammer im Fall des Fortbestands der *détention provisoire* binnen vier bzw. sechs Monaten ergehen, anderenfalls ist der Betroffene freizulassen (Art. 706-121 CPP). Gemäß Art. 706-135 CPP kann die Untersuchungskammer auf Grundlage der Entscheidung über die fehlende strafrechtliche Verantwortung, unbeschadet der Vorschriften in Art. L. 3213-1 ff. CSP, eine Zwangsunterbringung (*hospitalisation d'office*) verfügen.¹⁷¹

Selbst wenn man also dem Grundrechte- und Haftrichter, entgegen der wohl h.M., auch in der *instruction* die Befugnis zur tatsächlichen und rechtlichen Prüfung des Tatverdachts zugestehen wollte,¹⁷² scheint es, als könnte eine Ablehnung der Haftanordnung bzw. eine Freilassungsentscheidung jedenfalls nicht auf den

¹⁶⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1761-1; krit. zur Überbewertung der Opfersicht Union des Jeunes Avocats de Nice et de Chartres, *Rapport*, S. 16 ff., 23; *Matsopoulou*, *Irresponsabilité pénale*, in: JCl., Rn. 20.

¹⁶⁸ Die Beurteilung der Schuldunfähigkeit unterliegt der souveränen, also einer höchst-richterlichen Kontrolle nicht zugänglichen Einschätzung der Untersuchungskammer, *Crim.* 21.3.2012, *Bull.* n° 77: „appréciation souveraine“.

¹⁶⁹ Kommt die Untersuchungskammer zu dem Ergebnis, dass der Betroffene schuldunfähig ist, so entbindet sie dies nicht von der weiteren Prüfung, ob hinreichende Belastungsmomente für die Tatbegehung durch ihn vorliegen. Erst wenn dies geklärt ist, kann der – die Haft kraft Gesetzes beendende – *arrêt d'irresponsabilité pénale* ergehen. Das ist insofern bemerkenswert, als bereits mit der Feststellung der Schuldunfähigkeit zweifelsfrei klargestellt ist, dass eine Strafbarkeit – und damit eine die *mise en examen* bzw. die *détention provisoire* legitimierende Verdachtsgrundlage – definitiv nicht besteht.

¹⁷⁰ Krit. *Matsopoulou*, *Irresponsabilité pénale*, in: JCl., Rn. 20. Im Fall von aktuellen psychischen Störungen i.S.v. Art. L. 3214-3 CSP darf der Aufenthalt in der Haftanstalt nicht fortgesetzt werden, sondern es ist vom Präfekten die Einweisung in eine psychiatrischen Anstalt (*hospitalisation*) anzuordnen (Art. D. 398 CPP, vgl. auch Art. 3213-1 CSP).

¹⁷¹ Außerdem kann sie Auflagen in Form von Sicherungsmaßnahmen (*mesures de sûreté*) anordnen (Art. 706-136 CPP), deren Missachtung – im Zustand der Schuldunfähigkeit – gemäß Art. 706-139 CPP mit bis zu zweijähriger Freiheitsstrafe bedroht ist.

¹⁷² In diesem Sinne *Guéry*, D. 2006, 1156; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.21 ff.; *Pécheu*, *Indices de culpabilité*.

Strafausschlussgrund der Unzurechnungsfähigkeit (Art. 122-1 Abs. 1 CP) gestützt werden, da anderenfalls das vom Gesetzgeber minutiös geregelte Verfahren zur Feststellung der Schuldunfähigkeit – in dessen Rahmen Untersuchungsrichter und Untersuchungskammer als prägende Akteure fungieren – leerlaufen würde.

cc) Verdachtsgrad

In seiner grundlegenden Abhandlung zum CIC entnahm *Hélie* einer Vorschrift aus dem Flagranzverfahren (Art. 40 CIC) im Wege eines Erst-recht-Schlusses den Rechtsgedanken, dass schwerwiegende bzw. naheliegende Anhaltspunkte (*indices graves ou prochains*) – also mehr als nur leichte bzw. entfernte (*indices légers ou éloignés*), aber nicht notwendigerweise schlagende bzw. zwingende Indizien (*indices violents ou nécessaires*) – für die Tatbegehung sprechen müssen, damit eine Haftanordnung in Betracht kommt.¹⁷³ Wenngleich sich im CPP potenziell analogiefähige Vorschriften mit vergleichbarem Regelungsgehalt finden (z.B. Art. 122 Abs. 3 CPP), wird heute zur Bestimmung der qualitativen Anforderungen an den Verdachtsgrad einheitlich – sowohl von den Befürwortern als auch von den Gegnern einer Prüfkompetenz des Haftrichters – auf die Regelungen über die förmliche Beschuldigung (*mise en examen*) abgestellt, ist diese doch zumindest in der gerichtlichen Voruntersuchung unabdingbare Voraussetzung für die Haftanordnung.¹⁷⁴

Gegen den Willen des Betroffenen kommt eine förmliche Beschuldigung seit dem Gesetz vom 15.6.2000 nur mehr beim Vorliegen schwerer oder übereinstimmender Anhaltspunkte (*indices graves ou concordants*) in Betracht, die eine Tatbeteiligung als Täter oder Teilnehmer wahrscheinlich (*vraisemblable*) machen (Art. 80-1 Abs. 1 CPP; so auch Art. 122 Abs. 3 CPP). Hält man sich strikt an den Gesetzeswortlaut, so wäre das Vorliegen schwerwiegender Verdachtsmomente entbehrlich, solange die Indizien nur übereinstimmen, während es umgekehrt unschädlich wäre, wenn den schweren Verdachtsmomenten der übereinstimmende Charakter fehlt, solange sie wenigstens schwerwiegend sind.¹⁷⁵ Da einander widersprechende Indizien jedoch gerade für die Unschuld des Betroffenen sprechen, werden die gesetzlichen Vorgaben in der Praxis so ausgelegt, dass es wenigstens

¹⁷³ *Hélie*, *Traité IV*, Rn. 1952–1954; siehe auch *Jescheck*, in: Ancel (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 392 f.

¹⁷⁴ *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 385; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 37; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.21; vgl. auch *Casorla*, in: *Pradel* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 176. Im Vagen bleiben dagegen die Ausführungen von *Pradel*, *Droit pénal comparé*, Rn. 35, der auf eine kombinierte Anwendung von Art. 63 Abs. 2 CPP (*garde à vue*; also einfacher Tatverdacht) und 105 CPP (*mise en examen*; also qualifizierter Tatverdacht) abstellt, dabei jedoch offenlässt, welcher der beiden Verdachtsgrade für die Anordnung der *détention provisoire* maßgeblich sein soll.

¹⁷⁵ Krit. *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 91.21; *Guéry*, D. 2006, 1556.

eines schwerwiegenden Indizes oder aber mehrerer übereinstimmender Indizien bedarf.¹⁷⁶

Da die *détention provisoire* im Rahmen der *comparution immédiate* nicht an eine förmliche Beschuldigung anknüpft, scheidet ein unmittelbarer Rückgriff auf das Kriterium der *indices de culpabilité* (Art. 80-1 CPP) aus. Lehnt man dessen analoge Anwendung ebenso ab, wie die von Art. 122 Abs. 3 CPP, so verbliebe letztlich wohl nur die Möglichkeit, die den Anwendungsbereich des Verfahrens der *comparution immédiate* definierende Vorschrift des Art. 395 CPP für die Bestimmung des Maßstabs zur Beurteilung des Verdachtsgrades heranzuziehen: Danach muss das Belastungsmaterial ausreichend und die Sache spruchreif erscheinen (Abs. 1) oder eine flagrante Straftat vorliegen (Abs. 2).¹⁷⁷

dd) Anforderungen an die Schwere der Strafandrohung

Während gerichtliche Voruntersuchung und förmliche Beschuldigung bei *allen* Arten von Straftaten – selbst bloßen Übertretungen (Art. 79, 80-1 CPP) – in Betracht kommen, setzt die *détention provisoire* grundsätzlich voraus, dass dem Beschuldigten ein Verbrechen oder ein mit einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen zur Last gelegt wird (Art. 143-1 Abs. 1 CPP).¹⁷⁸ Bei der Straffrahmenbestimmung bleiben Milderungsgründe und erschwerende Umstände, insbesondere die Rückfälligkeit (*récidive*), außer Betracht.¹⁷⁹

Eine wichtige Ausnahme formuliert jedoch Art. 143-1 Abs. 2 CPP, wonach die Haft – unabhängig von den in Abs. 1 normierten Schwellenwerten – auch dann angeordnet werden kann, wenn der Beschuldigte sich den ihm verordneten Auflagen des *contrôle judiciaire* oder einer gerichtlichen Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung vorsätzlich entzieht (vgl. Art. 141-2, 142-8 Abs. 2 CPP: „quelle que soit la peine d’emprisonnement encourue“). Im erstgenannten Fall kommt die Haft mithin im Ergebnis bei allen mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftaten in Betracht (vgl. Art. 138 Abs. 1 CPP), im zweitgenannten Fall bedarf es lediglich einer Mindesthöchststrafe von zwei Jahren (vgl. Art. 142-5 Abs. 1 CPP).¹⁸⁰

¹⁷⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1736; Ziff. 1.1.1.1.1 Circulaire n° 00-16 F1 vom 20.12.2000.

¹⁷⁷ Das Schrifttum äußert sich hierzu nicht, vgl. nur *Guéry*, *Comparution immédiate*, in: *Rép. pén.*, Rn. 55 ff., 81.

¹⁷⁸ Bis zum Gesetz vom 15.6.2000 genügte eine Strafandrohung von zwei Jahren, bei flagrantem Delikt eine einjährige Mindesthöchststrafe. Die mit diesem Gesetz eingefügten deliktsspezifischen Sonderregelungen, in deren Rahmen es teils auch auf das Bestehen von Vorverurteilungen ankam, wurden durch Gesetz vom 9.9.2002 abgeschafft.

¹⁷⁹ *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 143.41; *Dourneau-Josette*, *Détention provisoire*, in: *Rép. pén.*, Rn. 192; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2708; *Crim.* 25.5.2005, Bull. n° 160; 23.4.1992, Bull. n° 176.

¹⁸⁰ Die Regelungen über die Haftsurrogate – und damit auch die *détention-sanction* – gelten kraft Verweisungen auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung, insb. im

Obwohl das Gesetz in Art. 396, 397-3 CPP auf Art. 137-3 CPP verweist, der seinerseits auf Art. 143-1 CPP Bezug nimmt, sollen die Regelungen über die Mindeststrafbarkeitsanforderungen bei der *détention provisoire* im Rahmen der *comparution immédiate* von vornherein nicht anwendbar sein.¹⁸¹ Hintergrund ist, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich dieses beschleunigten Verfahrens in Art. 395 CPP eigenen Schwellenwerten – Freiheitsstrafe von mindestens zwei Jahren bzw. bei flagrantem Delikt sechs Monaten – unterwirft. Würde man für die Haft gleichwohl an den strengeren Vorgaben in Art. 143-1 CPP festhalten, so entfielen bei einem Teil der Verfahren nicht nur die Möglichkeit ihrer Anordnung; vielmehr würde der Anwendungsbereich des Eilverfahrens als solcher de facto verkürzt, da dieses gerade von der Möglichkeit lebt, auch in solchen Fällen einsetzbar zu sein, wo ein Zusammentreten des Prozessgerichts noch am selben Tage nicht möglich ist (z.B. am Wochenende) und es daher eines kurzfristigen Festhalterechts bedarf (vgl. Art. 396 CPP). Um der Einheitlichkeit der Handhabung dieses Schnellverfahrens willen nimmt die Cour de cassation daher eine Fragmentierung des Regimes der *détention provisoire* in Kauf, die ungeachtet etwaiger systematischer Bedenken unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten durchaus vertretbar erscheint. Den geringeren Anforderungen an den Strafrahmen trägt die ungleich kürzere Hafthöchstdauer in den Fällen der Art. 396, 397-3 CPP Rechnung.¹⁸²

Im Rahmen des CRPC-Verfahrens, das seit einem Gesetz vom 13.12.2011 grundsätzlich bei *allen* Vergehen anwendbar ist, das allerdings – im Gegensatz zum Verfahren der *comparution immédiate* – nach wie vor nur zu einer Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr führen kann, kommt die *détention provisoire* nur in Betracht, wenn der Strafvorschlag des Staatsanwalts auf eine Freiheitsstrafe von mindestens zwei Monaten ohne Bewährung gerichtet ist (Art. 495-10 CPP).

b) Förmlich Beschuldigter und Angeschuldigter bzw. Angeklagter als Adressat

In der gerichtlichen Voruntersuchung kommt die *détention provisoire* – ebenso wie *contrôle judiciaire* und gerichtliche Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung – ausschließlich gegenüber dem förmlich Beschuldigten in Betracht (Art. 137 CPP).¹⁸³ Der einfache Verdächtige scheidet dort als Adressat mithin ebenso aus wie der unterstützte Zeuge (Art. 113-5 CPP).

Rahmen der *convocation par procès-verbal*, der *comparution immédiate* und des CRPC-Verfahrens (Art. 394 Abs. 3, 396 Abs. 4, 397-3 Abs. 1, 397-3-1, 495-10 CPP).

¹⁸¹ Crim. 5.10.2011, n° 11-85.499 entgegen der Vorinstanz (CA Rennes, 21.6.2011).

¹⁸² Vgl. auch *Ficara/Robert*, Dr. pén. 2012, Etude n° 6, 15 ff.; *Lasserre Capdeville*, AJ Pén. 2012, 487.

¹⁸³ Zu den für Parlamentarier und Minderjährige – als sog. *personnes protégées* – geltenden Besonderheiten, die hier nicht behandelt werden sollen, siehe *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 19 ff.

Soweit das Gesetz den Einsatz der *détention provisoire* auch in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung zulässt, entfallen die Möglichkeit und das Erfordernis einer förmlichen Beschuldigung. Da es sich dabei im Grunde stets um Situationen handelt, in denen der Staatsanwalt die Entscheidung über die Erhebung der öffentlichen Anklage (i.w.S.) bereits getroffen hat (*comparution immédiate*, CRPC-Verfahren; siehe auch Art. 410-1 CPP), ist der Adressat der *détention provisoire* in diesen Fällen i.E. stets ein Angeschuldigter bzw. Angeklagter (*prévenu*).¹⁸⁴

c) Erlangung der Verfügungsgewalt über den Verdächtigen

Sowohl die förmliche Beschuldigung, für die es einer vorherigen Vernehmung durch den Untersuchungsrichter bedarf (Art. 80-1 CPP), als auch die Anordnung und Invollzugsetzung der Haft, die nur nach Durchführung einer Verhandlung im Beisein des förmlich Beschuldigten (Art. 145 CPP) bzw. des Angeschuldigten/Angeklagten (Art. 396 Abs. 2, 397-3 f. CPP) in Betracht kommt, setzen die körperliche Präsenz des Betroffenen voraus (anschaulich insoweit die Regelung für den ausgebliebenen Angeklagten in Art. 410-1 i.Vm. Art. 135-2, Art. 144 CPP).¹⁸⁵

Deren Erlangung bestimmt sich im polizeilichen Ermittlungsverfahren, das der Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung bzw. der Anklageerhebung – und damit auch einer etwaigen Haftentscheidung – häufig unmittelbar vorgelagert ist, nach den Vorschriften über die polizeilichen Festnahme- und Festhaltebefugnisse (siehe oben II.A.3.). Namentlich die *garde à vue* mündet häufig direkt in eine Vorführung vor den Staatsanwalt. Dieser befindet nach der Anhörung des Betroffenen, die seit dem Gesetz vom 27.5.2014 als kontradiktorische Verhandlung ausgestaltet ist (siehe oben II.C.1.c.), über das weitere Verfahren (z.B. Antrag auf *instruction* oder Einleitung eines Verfahrens der *comparution immédiate*, vgl. Art. 393 CPP). In diesem Kontext stellen insbesondere die Zwischen-Festhaltebefugnisse aus Art. 803-2 f. und Art. 395 Abs. 3 CPP eine ununterbrochene Anwesenheit im Gerichtsgebäude (*dépôt*) sicher.

Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung kommt darüber hinaus der Anspruch eines auf die Vorführung vor den Richter zielenden *mandat d'arrêt* oder *mandat d'amener* in Betracht (siehe oben A.3.a.), wenn der Verdächtige bzw. förmlich Beschuldigte (siehe Art. 122 Abs. 3 CPP) sich nicht bereits in den Händen der Justiz befindet.

Steht ein – zur Haftanordnung berechtigender – Verstoß gegen gerichtliche Kontrollauflagen oder eine Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung im Raum, so besteht seit 2010 – über die Möglichkeit der Anordnung eines *mandat d'arrêt* oder *mandat d'amener* hinaus (Art. 141-2 Abs. 1 CPP) – für bestimmte

¹⁸⁴ Vgl. *Defferrard*, *Le suspect*, S. 91 ff.

¹⁸⁵ Vgl. *Leroy*, *Proc. pén.*, Rn. 723 speziell im Hinblick auf das *mandat de dépôt*.

Kontrollauflagen ein spezielles polizeiliches Festnahme- und Festhalterrecht nach Art. 141-4 CPP. Nachdem die Art. 396, 397-3 CPP auf Art. 141-2 CPP verweisen, welcher sich seinerseits auf Art. 141-4 CPP bezieht, ist von einer entsprechenden Anwendbarkeit dieser Vorschriften im Rahmen des Eilverfahrens der *comparution immédiate* und damit auch im CRPC-Verfahren (Art. 495-10 CPP) auszugehen.

3. Zulässige Haftzwecke

a) Vom (haftrechtlichen) Opportunitätsprinzip zum Legalitätsprinzip

Ogleich die Formulierung gesetzlicher Haftgründe bereits im 16. und 17. Jahrhundert und dann vor allem in der Aufklärungszeit gefordert worden war,¹⁸⁶ sollten solche bei der *détention provisoire* erst in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts Eingang in das positive Recht finden.¹⁸⁷ Bis 1970 lag der gesetzlichen Regelung stattdessen ein haftrechtliches Opportunitätsprinzip zugrunde, kraft dessen die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Haftanordnung (und -verlängerung) in das freie, da einer gerichtlichen Kontrolle mangels Begründungspflicht weitgehend entzogene Ermessen des Richters gestellt war.¹⁸⁸ Im Schrifttum hingegen hatte sich bereits ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein weitgehender Konsens über die ungeschriebenen Ziele der Haft herausgebildet, der die Materie bis heute prägt.

aa) Entwicklung ungeschriebener Haftgründe im Anschluss an Hélie

Ausgehend von dem Grundkonflikt zwischen individueller Freiheit und Aufklärungsinteresse der Allgemeinheit sowie der Erkenntnis, dass der Haft im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung kein Strafcharakter zukommen könne, entnahm Hélie der Regelung der Haftbefehle im CIC und der Natur dieser Freiheitsentziehung drei grundlegende Funktionen (*triple nécessité*): Als Sicherungsmaßnahme (*mesure de sûreté*) präventiv-polizeilicher Prägung (*mesure de police*) diene sie nicht nur der Verhinderung der Wiederholung der Tat, sondern – namentlich bei flagranten oder schweren Straftaten – auch der Beruhigung der aufgebrachtten Öffentlichkeit, also dem Rechtsfrieden, und entfalte zugleich eine Schutzwirkung

¹⁸⁶ Grebing, Untersuchungshaft, S. 54, 60, 63; Delmas Saint-Hilaire, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 17 f.

¹⁸⁷ Erste Ansätze fanden sich allerdings bereits in den – 1939 aufgehobenen – Neuregelungen der 1933–1935 ergangenen Gesetze. Hiernach konnte die Verlängerung der Haft nach Ablauf einer bestimmten Haftdauer nur mehr auf drei Motive gestützt werden (Art. 113 CIC): die Befürchtung, der Beschuldigte werde versuchen, sich der Justiz zu entziehen; die Beeinträchtigung der Wahrheitsfindung im Fall der Freilassung; seine Gefährlichkeit für die öffentliche Sicherheit. Siehe dazu Carbonnier, *Liberté individuelle*, S. 51 ff.

¹⁸⁸ Caron, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 36; Carbonnier, *Liberté individuelle*, S. 83; Grebing, *Untersuchungshaft*, S. 90.

zugunsten des Beschuldigten. Noch größere Relevanz komme ihr in ihrer Eigenschaft als Garantie der Urteilsvollstreckung (*garantie de l'exécution du jugement*) zu, indem sie sicherstellen solle, dass der Beschuldigte sich der ihm drohenden Bestrafung nicht durch Flucht entziehe. Ihre Hauptbedeutung liege schließlich darin, als „Untersuchungsmittel“ (*moyen d'instruction*) die Gewinnung neuer Beweise und Erkenntnisse, vor allem durch Vernehmungen und Gegenüberstellungen zu ermöglichen sowie den Verlust vorhandener Beweise durch missbräuchliche Einwirkungen auf Zeugen, sachliche Beweismittel oder Absprachen mit Komplizen zu verhindern.¹⁸⁹

Die kritischen Studien von *Carbonnier* aus der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts bauen auf dieser traditionellen *triple nécessité* auf, stellen sie und ihre praktischen Erscheinungsformen jedoch zugleich auch partiell infrage: Eignung und Nutzen der Haft zum Zwecke der Vollstreckungssicherung (*garantie de l'exécution de la peine*) werden bestritten, der Aspekt der Fluchtverhinderung allerdings im Hinblick auf die Durchführung des Strafprozesses mit dem Ziel der Wahrheitsfindung (*moyen d'instruction*) für legitim befunden. Als „Untersuchungsmittel“ diene die Haft zwar de facto der Anwesenheitssicherung, der Verhinderung von Beweismanipulationen und der Förderung der Geständnisbereitschaft – legitimes Ziel sei jedoch nur der erstgenannte Gesichtspunkt. Im Hinblick auf die Eigenschaft der Haft als Sicherungsmaßnahme sei die *détention préventive* im klassischen Sinne von der *détention préventive* als antizipierter Sicherungsmaßnahme gegenüber gefährlichen Straftätern zu unterscheiden und eigenständig zu regeln (*dualité de la détention préventive*). Das Haftmotiv der Beruhigung der Öffentlichkeit wird schließlich nur insoweit akzeptiert, als der Verdächtige vor der Lynchjustiz einer aufgebrachten Öffentlichkeit geschützt oder tumultartigen Zuständen vorgebeugt werden soll.¹⁹⁰

Trotz im Einzelnen unterschiedlicher Auffassungen über den legitimen Anwendungsbereich der Haft bestand seit *Hélie* im Prinzip Einigkeit darüber, dass der Richter sich an diesen ungeschriebenen Haftzielen zu orientieren hatte. Da die Maßnahme als *notwendiges* Übel nur dann gerechtfertigt sein sollte, wenn sie für die Verwirklichung einer ihrer drei Funktionen unentbehrlich war, musste ihre Anordnung unterbleiben, wenn sie weder zum Schutz der öffentlichen Ordnung, noch zur Vollstreckungssicherung oder zur Wahrheitsfindung erforderlich war.¹⁹¹ Ob allerdings von einer normativen Bindung des Richters an diese ungeschriebenen

¹⁸⁹ *Hélie*, *Traité* IV, Rn. 1948 ff.; zur richtungsweisenden Bedeutung dieser Arbeiten *Doucet*, *Gaz. Pal.* 1966, I, *Doctrine*, 130, Rn. 3; *Carbonnier*, *Liberté individuelle*, S. 51.

¹⁹⁰ *Carbonnier*, *Liberté individuelle*, S. 51–80.

¹⁹¹ *Doucet*, *Gaz. Pal.* 1966, I, *Doctrine* 130, Rn. 3 f.; vgl. *Pradel/Varinard*, *Grands arrêts*, Nr. 35, S. 378.

Haftgründe bzw. Haftfunktionen gesprochen werden konnte,¹⁹² erscheint zweifelhaft, da dessen Entscheidungen insoweit weder zu begründen noch einer höchstrichterlichen Kontrolle unterworfen waren.¹⁹³ Es lag ja vielmehr gerade im Wesen des *principe d'opportunité*, dass dem Richter die souveräne Beurteilung der Notwendigkeit der Maßnahme zustehen sollte.¹⁹⁴ Im Ergebnis hing damit letztlich alles von der Qualität, der Unabhängigkeit und der gewissenhaften Amtsführung des für die Haftanordnung zuständigen (Untersuchungs-)Richters ab, in die der Gesetzgeber lange Zeit uneingeschränkt vertraut hat.¹⁹⁵ Im Schrifttum wurden zwar bisweilen präzisere gesetzliche Vorgaben und die Aufgabe des haftrechtlichen Opportunitätsprinzips gefordert, weil die Materie zu eingriffintensiv sei, als dass sie dem Gewissen des einzelnen Richters überlassen bleiben dürfe.¹⁹⁶ Zugleich schwang jedoch stets auch noch die Idee mit, dass sich die *détention préventive* bzw. *provisoire* einer (als rigide befürchteten) gesetzlichen Durchnormierung ihrer Anwendungsfälle und damit der Formulierung konkreter Haftgründe entziehe, wenn man nicht Gefahr laufen wolle, die für ein reibungsloses Funktionieren im Einzelfall erforderliche Flexibilität preiszugeben.¹⁹⁷

bb) Einführung gesetzlicher Haftmotive durch Gesetz vom 17.7.1970

Hatten die Bedenken gegen die Einführung gesetzlicher Haftmotive beim Erlass der CPP noch die Oberhand behalten, so bewirkte die große Haftrechtsreform von 1970 den inzwischen auch unter dem Eindruck ansteigender Haftzahlen als überfällig erachteten Übergang zum *principe de légalité*.¹⁹⁸ In Art. 137 CPP werden seither die beiden zentralen Funktionen bzw. übergeordneten Ziele (*objectifs*, vgl. Abs. 2, 3) der Maßnahme vorangestellt: Sie ist entweder aufgrund der Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung (*nécessités de l'instruction*) oder aber als Sicherungsmaßnahme (*mesure de sûreté*) zulässig.¹⁹⁹ Der Einfluss der Lehren von

¹⁹² So Grebing, Untersuchungshaft, S. 91 ff., ohne freilich zu leugnen, dass in der Gerichtspraxis über die traditionell anerkannten Haftgründe hinaus auch Haftmotive gebilligt wurden, bei denen jeder Zusammenhang mit den klassischen Haftfunktionen fehlte.

¹⁹³ Merle/Vitu, Traité II, Rn. 505; Pradel/Varinard, Grands arrêts, Nr. 35, S. 377 m.w.N.

¹⁹⁴ Pradel, Proc. pén., Rn. 738; Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 36.

¹⁹⁵ Hélie, Traité IV, Rn. 1991; Delmas Saint-Hilaire, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), Atteintes à la liberté, S. 16 ff., 20; Grebing, Untersuchungshaft, S. 90 f.

¹⁹⁶ Hélie, Traité IV, Rn. 1950; Carbonnier, Liberté individuelle, S. 83 ff.

¹⁹⁷ Vgl. Hélie, Traité IV, Rn. 1950; Carbonnier, Liberté individuelle, S. 84.

¹⁹⁸ Doucet, Gaz. Pal. 1966, I, Doctrine 130, Rn. 7; Delmas Saint-Hilaire, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), Atteintes à la liberté, S. 23 ff.; Pradel/Varinard, Grands arrêts, Nr. 35, S. 377.

¹⁹⁹ Weshalb Knapen/van der Linden, in: van Kalmthout u.a. (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 371 die Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung als primäres Ziel („primary objective“) der Haft ansehen, erschließt sich nicht.

Hélie ist nicht nur in terminologischer Hinsicht unverkennbar, auch wenn wegen des Verzichts auf den Aspekt der Vollstreckungssicherung die von ihm angedachte *triple nécessité* zugunsten einer *double finalité* aufgegeben wurde. In sachlicher Hinsicht ergeben sich daraus keine Unterscheide, da das hinter dem Ziel der Vollstreckungssicherung stehende Motiv der Anwesenheitssicherung entweder – mit *Carbonnier* – den *nécessités de l'instruction* zugeordnet oder aber – so die Vorstellung des (historischen) Gesetzgebers (siehe sogleich) – als Ausprägung des Sicherungscharakters der Haft (*mesure de sûreté*) angesehen werden kann.

Komplettiert und konkretisiert werden die beiden Zielvorgaben in Art. 137 CPP durch die Aufzählung gesetzlicher Haftgründe in Art. 144 CPP. In ihrer gegenwärtigen Ausgestaltung besagt die Vorschrift, dass die Haft nur angeordnet oder verlängert werden darf, wenn im Hinblick auf präzise und ausführlich dargelegte Elemente des Verfahrens erwiesen ist, dass sie das einzige Mittel darstellt, um eines oder mehrere der sieben nachfolgend genannten Ziele zu erreichen:

- Nr. 1: Bewahrung der Beweise oder materiellen Indizien, die zur Wahrheitsfindung erforderlich sind;
- Nr. 2: Verhinderung eines Drucks auf Zeugen oder Opfer sowie deren Familie;
- Nr. 3: Verhinderung eines betrügerischen Zusammenwirkens zwischen dem förmlich Beschuldigten und seinen Mittätern oder Komplizen;
- Nr. 4: Schutz des förmlich Beschuldigten;
- Nr. 5: Gewährleistung des Verbleibs des förmlich Beschuldigten zur Verfügung der Justiz;
- Nr. 6: Beendigung der Straftat oder Verhinderung ihrer Wiederholung;
- Nr. 7: Beendigung einer außergewöhnlichen und anhaltenden Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung, welche durch die Schwere der Straftat, die Umstände der Tatbegehung oder die Bedeutung des von ihr verursachten Schadens hervorgerufen wurde. Die Beeinträchtigung darf nicht allein auf dem Medienecho über die Angelegenheit beruhen. Bei Vergehen ist diese Ziffer nicht anwendbar.

cc) Kategorisierung der Haftgründe in Art. 144 CPP

Die in Art. 137 CPP vom Gesetzgeber zugrunde gelegte *double finalité* (*nécessités de l'instruction – mesure de sûreté*) bildet den übergeordneten Bezugsrahmen bzw. die Oberkategorien für die in Art. 144 CPP näher bezeichneten Haftgründe.²⁰⁰ Der Versuch liegt daher nahe, die verschiedenen dort aufgezählten Haftmotive zu unterteilen in solche, die den Notwendigkeiten der Untersuchung dienen, und solche, in denen sich der Charakter der Haft als Sicherungsmaßnahme manifestiert.

²⁰⁰ *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 476.

In der ursprünglichen, aus der Reform vom 17.7.1970 hervorgegangenen Gesetzesfassung bereitete eine entsprechende Klassifikation keine Schwierigkeiten, da der Gesetzgeber die in Art. 137 CPP zugrunde gelegte Dichotomie der Haftfunktionen bei der systematischen Ordnung der Haftgründe in Art. 144 CPP direkt aufgegriffen hatte: In Art. 144 Nr. 1 CPP, der den *nécessités de l'instruction* zugeordnet wurde, waren die heutigen Haftgründe der Nr. 1 bis 3 zusammengefasst; in Art. 144 Nr. 2 CPP, der als Ausdruck der Natur der Haft als *mesure de sûreté* verstanden wurde, fanden sich die heute in den Nr. 4 bis 7 aufgeführten Haftmotive versammelt.²⁰¹ Das Motiv der Anwesenheitssicherung bzw. der Fluchtverhinderung, das *Hélie* als Ausprägung der Vollstreckungssicherung einer eigenständigen, dritten Haftfunktion hatte zuweisen wollen, fand sich also – entgegen der von *Carbonnier* befürworteten Einordnung als der Wahrheitsfindung dienendes Untersuchungsmittel (*moyen d'instruction*) – nicht bei den *nécessités de l'instruction* wieder, sondern wurde unter dem Aspekt der Haft als Sicherungsmaßnahme eingeordnet.²⁰²

Mit den späteren Reformen wurde diese Klassifikation erschwert, da die von der Doppelfinalität des Art. 137 CPP inspirierte, äußerlich sichtbare Zweiteilung der Haftgründe in Art. 144 CPP zunehmend aufgegeben wurde. In einem ersten Schritt hat das Gesetz vom 30.12.1996 das inzwischen als problematisch erkannte Kriterium des *trouble à l'ordre public* aus Art. 144 Nr. 2 CPP herausgenommen und als eigenständige Nr. 3 angeführt, wo es in der Folge mehrfach neugefasst wurde.²⁰³ Mit dem der gegenwärtigen Ausgestaltung der Haftmotive zugrunde liegenden Gesetz vom 5.3.2007 wurde die Gruppierung in zwei bzw. seit 1996 drei Blöcke schließlich vollständig aufgegeben und stattdessen jedes einzelne der sieben Ziele einer gesonderten Ziffer zugewiesen.²⁰⁴ Trotz aller gesetzessystematischen Umbrüche und Unterschiede in der Formulierung stimmen die Haftgründe in der Sache freilich im Wesentlichen noch immer mit den 1970 kodifizierten und bereits im 19. Jahrhundert von *Hélie* herausgearbeiteten Haftzielen überein.²⁰⁵

Soweit sich die Literatur um eine systematische Ordnung der sieben in Art. 144 CPP genannten Haftgründe bemüht,²⁰⁶ lassen sich zwei Tendenzen ausmachen:

²⁰¹ *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 258 f.

²⁰² A.A. diesbezüglich soweit ersichtlich nur *Merle/Vitu*, *Traité* II, Rn. 476 Ziff. 2.

²⁰³ Siehe *Guéry*, D. 1997, *Jurisprudence*, 593, Rn. 4 ff.; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.31 f.

²⁰⁴ Hierdurch soll eine präzisere Begründung der richterlichen Haftentscheidung erreicht werden, *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 738.

²⁰⁵ *Pradel/Varinard*, *Grands arrêts*, Nr. 35, S. 378; vgl. auch Art. 411-3 CPP-E des Avant-projet vom 1.3.2010.

²⁰⁶ Auf eine solche Unterteilung verzichten *Ambroise-Castérot/Bonfils*, *Proc. pén.*, Rn. 460; *Fourment*, *Proc. pén.*, Rn. 474; *Leroy*, *Proc. pén.*, Rn. 735; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 738; *Vergès*, *Proc. pén.*, Rn. 373; *Dourneau-Josette*, *Détention provisoire*, in: *Rép. pén.*, Rn. 196 ff.

Teile des Schrifttums halten an der in Art. 137 CPP angelegten Doppelfinalität fest und legen dabei die in der ursprünglichen Gesetzesfassung von 1970 mit der Zweiteilung der Haftgründe in Art. 144 CPP a.F. verwirklichte Unterscheidung zwischen der Haft aufgrund der Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung (Art. 144 Nr. 1 CPP a.F.; heute: Art. 144 Nr. 1 bis 3 CPP) und der Haft als Sicherungsmaßnahme (Art. 144 Nr. 2 bzw., ab 1996, Nr. 2 und 3 CPP a.F.; heute: Art. 144 Nr. 4 bis 7 CPP) zugrunde.²⁰⁷ Von anderen Autoren wird – offensichtlich unter dem Einfluss der von 1996 bis 2007 geltenden Fassung des Art. 144 CPP – eine dreifache Unterteilung bevorzugt, indem zwischen einem Beweiszweck (*finalité probatoire*), einem Sicherungszweck (*finalité protectrice*) und einem Schutzzweck im Hinblick auf die öffentliche Ordnung (*finalité protectrice de l'ordre public*) unterschieden wird.²⁰⁸ Das Festhalten an dieser dreiteiligen Klassifikation erscheint zwar insofern plausibel, als damit die fortbestehende Sonderrolle des Kriteriums des *trouble à l'ordre public* klar herausgestellt wird. Im Hinblick auf die vom Gesetzgeber in Art. 137 CPP zugrunde gelegte *double finalité* erweist es sich jedoch als unbefriedigend, da die Regelungskohärenz gebietet, dass jeder der in Art. 144 CPP aufgeführten Haftgründe wenigstens einer der beiden übergeordneten Haftfunktionen zugeordnet werden kann.

Die Forderung von *Carbonnier* nach einer Unterscheidung zwischen einer *détention préventive* bzw. *provisoire* im herkömmlichen Sinne und einer solchen als antizipierte Sicherungsmaßregel (*dualité de la détention préventive*)²⁰⁹ konnte sich nicht durchsetzen. Immerhin findet sich die Überlegung in abgewandelter Form in einem jüngeren Reformvorschlag wieder, der *de lege ferenda* – aufbauend auf der Differenzierung zwischen *nécessités de l'instruction* und *mesure de sûreté* – eine funktionale Zweiteilung des Regimes der *détention provisoire* postuliert: Danach sei die *détention provisoire* zum Zwecke der Wahrheitsfindung in die alleinige Zuständigkeit des Untersuchungsrichters zu überführen und müsse einer absoluten zeitlichen Obergrenze von sechs Monaten unterworfen werden. Daneben sei gesondert eine – wörtlich als „Präventivhaft“ zu verstehende – *détention préventive* zum Zwecke der Gewährleistung der öffentlichen Sicherheit vorzusehen, über die ohne Beteiligung des Untersuchungsrichters der Grundrechte- und Haftrichter auf Antrag des Staatsanwalts entscheiden solle, die zeitlich unbegrenzt bis zum Abschluss des Verfahrens möglich sein müsse, im Gegenzug aber nur bei Gewaltdelikten und schweren Straftaten zuzulassen sei.²¹⁰ Auch diesem Reformvorschlag

²⁰⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2709.

²⁰⁸ *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 718; *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 35, S. 378; *Rassat*, Proc. pén., Rn. 490 Ziff. 2; vgl. auch *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 1941 (zur Rechtslage vor 2007).

²⁰⁹ *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 80.

²¹⁰ *Rassat*, Proc. pén., Rn. 517 mit Verweis auf *dies.*, Propositions, S. 207 f. Es handelt sich soweit ersichtlich um die derzeit einzige Stimme, die die (unterschiedslose) Einbeziehung der präventiven Haftgründe in das Recht der *détention provisoire* kritisch beurteilt.

scheint kein Erfolg beschieden, hält doch etwa das Avant-projet vom 1.3.2010 (vgl. Art. 411-3, 431-1 ff. CPP-E) im Wesentlichen an der bisherigen Regelung fest.

dd) Haftmotivation als formelles oder materielles Kriterium?

Die augenscheinlichste Konsequenz der Entscheidung des Gesetzgebers zugunsten des haftrechtlichen *principe de légalité* ist die mit der Existenz gesetzlicher Haftmotive einhergehende Begründungspflicht. Teile des Schrifttums scheinen daraus den Schluss zu ziehen, dass den in Art. 144 CPP formulierten Haftgründen weniger die Bedeutung einer sachlichen Haftvoraussetzung (*condition de fond*) zukomme, als vielmehr die eines (bloßen) Formerfordernisses (*condition de forme*).²¹¹ Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass Art. 144 CPP – über die Begründungspflicht in Art. 137-3 CPP hinaus – den *Nachweis* darüber verlangt (*s'il est démontré*), dass die Haft das einzige Mittel ist, um eines oder mehrere der in dieser Vorschrift aufgeführten Ziele zu erreichen. Die h.M. geht daher ungeachtet der eingeschränkten Rechtskontrolle durch die Cour de cassation (siehe unten E.2.b.cc.) davon aus, dass es sich jedenfalls *auch* um eine materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Haft handelt,²¹² d.h. um eine solche, die *tatsächlich* – und nicht nur auf dem Papier – erfüllt sein muss.

ee) Anwendungsbereich der Haftgründe und Gesetzssystematik

Das auf der Existenz geschriebener Haftgründe basierende *principe de légalité* gilt zwar bis heute nicht für die Haftalternativen des *contrôle judiciaire* und der *assignation à résidence*, deren Anordnung nach wie vor im freien Ermessen des (i.d.R. Untersuchungs-)Richters steht. Abgesehen davon ist das haftrechtliche Legalitätsprinzip jedoch grundsätzlich für das gesamte Recht der *détention provisoire* maßgeblich, seitdem 1989 die Beschränkung auf den Bereich der Vergehen entfallen ist. Der Richter ist mithin unabhängig von der Schwere des Tatvorwurfs gehalten, die Haftanordnung anhand der in Art. 144 CPP genannten Kriterien zu begründen. Einzig in dem Fall, dass die *détention provisoire* als Sanktion für die Missachtung gerichtlicher Kontrollauflagen oder einer elektronisch überwachten Aufenthaltsortszuweisung angeordnet wird (*détention-sanction*), bedarf es keines

²¹¹ Merle/Vitu, Traité II, Rn. 475 f. etwa erörtern die *motifs* der *détention provisoire* in dem Kapitel über die *formalen* Voraussetzungen (*conditions de forme*) der Haft.

²¹² Vgl. Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2707; Dourneau-Josette, *Détention provisoire*, in: Rép. pén., Rn. 196 ff.; Chambon/Guéry, *Instruction préparatoire*, Rn. 143.36; Bouloc, Proc. pén., Rn. 718; Leroy, Proc. pén., Rn. 733 ff.; Fourment, Proc. pén., Rn. 473 ff.; Rassat, Proc. pén., Rn. 490; offenlassend Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 1938 ff., 1941; Vergès, Proc. pén., Rn. 373.

über den Verstoß als solchen hinausgehenden Haftgrundes i.S.v. Art. 144 CPP (siehe Art. 141-2, 142-8 CPP).²¹³

Ungeachtet ihres Regelungsstandorts in den Vorschriften über die gerichtliche Voruntersuchung gelten die in Art. 144 CPP formulierten Haftgründe kraft gesetzlicher Verweisungen zumeist auch dort, wo das Gesetz den Einsatz der *détention provisoire* in anderen Verfahrensstadien zulässt (siehe z.B. Art. 135-2 Abs. 4, 410-1 Abs. 2 CPP). Insbesondere verweisen die im Verfahren der *comparution immédiate* einschlägigen Regelungen in Art. 396 Abs. 3 und 397-3 Abs. 2 CPP auf Art. 144 Nr. 1–6 CPP – dass Art. 144 Nr. 7 CPP fehlt, ist konsequent, da die Art. 393 ff. CPP nur bei Vergehen anwendbar sind, wohingegen der Haftgrund des *trouble à l'ordre public* auf Verbrechen beschränkt ist. Soweit das Gesetz in anderem Kontext – etwa im CRPC-Verfahren (Art. 495-10 CPP); siehe außerdem Art. 80 III, 397-7 CPP – auf die Haftvorschriften der *comparution immédiate* Bezug nimmt, gelten die Haftgründe des Art. 144 CPP mithin kraft doppelter Verweisung entsprechend. Lediglich in dem Fall, in dem das Prozessgericht gleichzeitig mit der Verurteilung zu einer Haftstrafe die Anordnung (oder Aufrechterhaltung) der *détention provisoire* ausspricht (Art. 397-4, 465 f. CPP), steht die Entscheidung mangels Verweisung auf Art. 144 CPP in dessen – begründungspflichtigem – Ermessen.²¹⁴ Bemerkenswert ist, dass der 2014 neu geschaffene Art. 397-3-1 CPP, der einen Sonderfall der Haft nach nicht-rechtskräftiger Verurteilung regelt (Vertagung des Strafausspruchs zwecks nachträglicher *enquête sociale*, siehe oben A.2.b.aa.), nur auf die Haftgründe in Art. 144 Nr. 2, 3, 5 und 6 verweist. Während der Ausschluss der Verdunkelungsgefahr (Nr. 1) sinnvoll ist, leuchtet nicht unmittelbar ein, warum der Haftgrund des Schutzes des Betroffenen (Nr. 4) nicht genannt ist.

Teils unter Abweichungen²¹⁵ gelten die für die Anordnung der Haft maßgeblichen Motive des Art. 144 CPP auch in anderem Zusammenhang, namentlich bei der Entscheidung über ihre Verlängerung und über die Freilassung des Betroffenen (vgl. Art. 137-3 CPP). Während Freilassungsgesuche und Rechtsmittel im Hinblick auf sämtliche Haftgründe des Art. 144 CPP zu untersuchen sind (Art. 148, 187-1 CPP), kann dem *gegen* eine Freilassung gerichteten Eilrechtsbehelf der Staatsanwaltschaft (*réfère-détention*) nur stattgegeben werden, wenn *mindestens zwei* der in Art. 144 CPP genannten Kriterien offensichtlich einschlägig sind (Art. 187-3 Abs. 4 CPP). Die Anordnung der Fortdauer der Haft im Anschluss an die gerichtliche Voruntersuchung ist bei Vergehen nur aufgrund der in Art. 144 Nr. 2, 4, 5 und 6 CPP genannten Kriterien und damit nicht zur Beweissicherung i.e.S. (denn Nr. 2 dient, anders als die Nr. 1 und 3, auch dem Zeugen- und Opferschutz) mög-

²¹³ Crim. 13.10.1998, Bull. n° 258; 25.11.2003, Bull. n° 220.

²¹⁴ Crim. 13.4.2010, Bull. n° 65 (Art. 397-4 CPP); 14.11.2007, n° 06-83.393 (Art. 465 CPP): „Notwendigkeit eines ununterbrochenen *Strafvollzugs*“ („nécessité de l'exécution continue de la *peine*“) reicht als Begründung (H.d.d.A.); *Roussel*, AJ Pén. 2010, 450.

²¹⁵ Zur Ausnahmebefugnis des Staatsanwalts, den Haftrichter bzgl. der Haftgründe in Nr. 4–7 direkt um die Haftanordnung zu ersuchen (Art. 137-4 Abs. 2 CPP), siehe oben I.a.

lich (Art. 179 Abs. 3 CPP).²¹⁶ Bei Verbrechen, wo die Haft für die Dauer eines Jahres ab Anklageerhebung vor dem Geschworenengericht automatisch fortbesteht, kann eine darüber hinausgehende Verlängerung hingegen mittels *sämtlicher* der in Art. 144 CPP aufgeführten Haftmotive gerechtfertigt werden (Art. 181 Abs. 7 bis 9 CPP).

b) Einzelheiten zu den gesetzlichen Haftgründen des Art. 144 CPP

Angesichts der Reichweite ihres Anwendungsbereichs und der mit ihnen einhergehenden Begründungspflicht gelten die in Art. 144 CPP aufgeführten Haftgründe als eine der wichtigsten Regelungen im Recht der *détention provisoire*. Zugleich wird freilich betont, dass die vom Gesetzgeber gewählten Formulierungen – ganz im Sinne von *Hélie* und *Carbonnier* – hinreichend weit gefasst sind, um dem Richter einen großen Beurteilungsspielraum im Einzelfall zu belassen.²¹⁷

aa) Bewahrung der zur Wahrheitsfindung nötigen Beweise oder Indizien (Nr. 1)

Während der Wortlaut („conserver“)²¹⁸ dieses – in der Praxis heute offenbar weniger bedeutsamen – Haftgrundes darauf hinzudeuten scheint, dass es nicht so sehr um die Erlangung neuen, als vielmehr um die Sicherung bereits vorhandenen Beweismaterials geht, interpretiert das Schrifttum den Begriff der Beweisbewahrung großzügiger. Er soll auch das Auffinden unbekannter oder fehlender Beweisstücke sowie die Durchführung bislang unterbliebener Untersuchungshandlungen ermöglichen.²¹⁹ Aus dem Zusammenhang mit der Beweissammlung wird abgeleitet, dass die zeitliche Zulässigkeit einer allein auf dieses Motiv gestützten Haft notwendigerweise begrenzt sein müsse.²²⁰

²¹⁶ Krit. *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.37, die allerdings irrig annehmen, das Gesetz schließe den Haftgrund der Beendigung der Straftat (Nr. 6 Alt. 1) aus.

²¹⁷ *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.31: „large pouvoir d’appréciation“. Ausf. zu den Haftgründen *Guéry*, *Détention provisoire*, in: *Rép. Pén.*, Rn. 38 ff.

²¹⁸ Vgl. allerdings Art. 411-3 CPP-E des Avant-projet vom 1.3.2010, der die Ersetzung von „conserver“ (bewahren) durch „éviter la disparition“ (verhindern des Verlusts) vorschlägt.

²¹⁹ *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.73; *Caron*, *Détention provisoire*, in: *JCl.*, Rn. 40. In diesem Sinne wohl auch bereits *Hélie*, *Traité IV*, Rn. 1948 sowie *Carbonnier*, *Liberté individuelle*, S. 61 f., 65 ff.: Haft zur Vernehmung und Gegenüberstellung, u.U. auch zur medizinisch-psychologischen Beobachtung des Beschuldigten; krit. *Sessar*, in: *Jescheck/Krümpelmann* (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 195.

²²⁰ *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.73; *Caron*, *Détention provisoire*, in: *JCl.*, Rn. 40.

bb) Verhinderung von Druck auf Zeugen oder Opfer bzw. deren Familie (Nr. 2)

Angesichts der Beliebtheit dieses Haftzwecks in der Praxis, wo opferlose Straftaten die Ausnahme bilden, wird vor einem quasi-systematischen Rückgriff auf dieses Kriterium, insbesondere gegenüber dem nicht geständigen Beschuldigten, gewarnt. Die vorrangig in Erwägung zu ziehende Möglichkeit der Verhängung von Kontrollauflagen sei hier mit besonderer Sorgfalt zu prüfen. Mit Gesetz vom 12.12.2005 wurde der Schutzbereich des Haftgrundes gleichwohl ausgedehnt und erfasst seither, ohne weitere Eingrenzung, auch „die Familie“ der Zeugen oder Opfer. Neben der Beweissicherung i.e.S. bezweckt dieses Haftmotiv auch den Zeugen- und Opferschutz (arg.: Art. 179 Abs. 3 CPP; siehe oben a.ee.). Als Indikatoren für die Beurteilung der Erforderlichkeit der Haft werden die Natur des Sachverhalts, der Ermittlungsstand, die Haltung des Betroffenen zur Tat (namentlich die Geständnisbereitschaft) und seine Persönlichkeit genannt. Aus der Verknüpfung dieses Haftgrundes mit der Beweislage wird auch hier eine begrenzte zeitliche Haltbarkeit abgeleitet.²²¹

cc) Verhinderung betrügerischen Zusammenwirkens mit Tatbeteiligten (Nr. 3)

Obwohl der Gesichtspunkt des Zeugen- oder Opferschutzes vorliegend keine Rolle spielt, finden sich im Schrifttum zu Anwendungshäufigkeit, Subsidiarität gegenüber *contrôle judiciaire*, Indikatoren und zeitlichen Grenzen ähnliche Erwägungen wie soeben zu Nr. 2 dargelegt,²²² in der älteren Literatur werden beide Haftmotive noch einheitlich erörtert.²²³ Sind sämtliche der sonstigen tatverdächtigen Personen in Haft oder räumen sie den ihnen zur Last gelegten Sachverhalt ein, so soll die Haftanordnung wegen Kollusionsgefahr „theoretisch“ ausscheiden.²²⁴

dd) Schutz des Beschuldigten (Nr. 4)

Wenn auch der Ausnahmeharakter dieses präventiv-polizeilichen²²⁵ Haftgrundes betont wird, steht seine grundsätzliche Berechtigung außer Frage. Üblicherweise wird die drohende Lynchjustiz, teils auch die Suizidgefahr, als möglicher Anwendungsfall aufgeführt. Jedenfalls bedürfe es einer konkreten Gefahr, die etwa

²²¹ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 142.72; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 41; krit. *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 69 ff., 71, der diesem Haftgrund generell ablehnend gegenübersteht.

²²² *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 142.71; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 42.

²²³ *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 69 ff.

²²⁴ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 142.71: „devrait théoriquement disparaître“.

²²⁵ Vgl. TC 19.10.1998, Bull. civ. n° 11.

aus der Androhung von Repressalien abgeleitet werden könne.²²⁶ Etwaige Wertungswidersprüche, die sich daraus ergeben könnten, dass dieser Haftgrund auch gegen den Willen des Beschuldigten in Betracht kommt, wohingegen ein entsprechender, „aufgedrängter Sicherheitsgewahrsam“ mangels Rechtsgrundlage ausscheidet, wenn der Betroffene ersichtlich unschuldig und damit kein tauglicher Adressat von *mise en examen* bzw. *détention provisoire* ist, werden nicht diskutiert.²²⁷ Immerhin wird im älteren Schrifttum teilweise für eine strikte zeitliche Begrenzung auf wenige Stunden bzw. Tage plädiert.²²⁸

ee) Gewährleistung des Verbleibs zur Verfügung der Justiz (Nr. 5)

Die Anwesenheitssicherung stellt eines der am häufigsten bemühten Haftmotive dar. Seine Berechtigung sei offensichtlich bei Obdachlosen, Ausländern ohne Wohnsitz in Frankreich oder Personen, die bereits einen Fluchtversuch unternommen haben; im Übrigen komme es zur Beurteilung des – vom Gesetz stillschweigend vorausgesetzten – Fluchtrisikos auf die konkrete persönliche, familiäre und berufliche Situation des Beschuldigten an.²²⁹ Der alleinige Hinweis auf die Ausländereigenschaft oder die Höhe der Strafandrohung genüge nicht; Letztere kann jedoch zur Beurteilung des Fluchtrisikos herangezogen werden.²³⁰ An der Praxis kritisiert werden die Überbewertung der Schwere des Tatvorwurfs, formelhafte Begründungen, die sich in einer Wiedergabe des Gesetzeswortlauts erschöpfen, sowie vor allem die Tatsache, dass Unschuldsbeteuerungen und mangelnde Kooperation oftmals explizit oder implizit zulasten des Betroffenen gewertet werden.²³¹

ff) Beendigung der Straftat oder Verhinderung ihrer Wiederholung (Nr. 6)

Während präventiv-polizeilichen Freiheitsentziehungen *im Vorfeld* eines Tatverdachts (*arrestations préventives*) seit jeher der Verdacht der Willkür anhaftet, werden gegen den Haftgrund der Beendigung und Verhinderung der Wiederholung der Tat bei der *détention provisoire* keine grundsätzlichen Bedenken erhoben.²³²

²²⁶ Caron, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 43.

²²⁷ Siehe immerhin die Andeutung einer Kritik bei *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.74.

²²⁸ *Carbonnier*, *Liberté individuelle*, S. 74.

²²⁹ *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.61; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 44.

²³⁰ Ausländer: Crim. 26.7.1994, Bull. n° 284; Strafhöhe: Crim. 6.3.1986, Bull. n° 94; 2.5.1988, Bull. n° 187; 21.8.1990, Bull. n° 304; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2709.

²³¹ *Vallini/Houillon*, *Rapport Outreau*, S. 252 ff., 333 m.w.N.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2709.

²³² Vgl. aber *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.36, wo auf das Konfliktpotenzial im Hinblick auf die Unschuldsvermutung hingewiesen wird.

Hintergrund ist, dass die Freiheitsentziehung nicht durch die Verwaltung, sondern auf Anordnung der *autorité judiciaire* erfolgt und durch das Erfordernis eines Tatverdachts eingegrenzt ist.²³³ Anders als das Ziel der Beendigung einer laufenden (Dauer-)Straftat, etwa der Zuhälterei, soll der Haftgrund der Wiederholungsgefahr – namentlich bei bestimmten Deliktstypen (Betäubungsmittelkriminalität, Sexualstraftaten) und strafrechtlich vorbelasteten Personen – in der Praxis eine beachtliche Rolle spielen.²³⁴ Das Gesetz formuliert keine spezifischen Anforderungen an die Anlasstat;²³⁵ die Wiederholungsgefahr muss sich allerdings auf denselben Tatbestand beziehen.²³⁶ Als wichtigste Anhaltspunkte für die richterliche Prognose werden im Schrifttum die Art der vorgeworfenen Straftat und die kriminelle Vorgeschichte des Beschuldigten genannt; gleichzeitig wird vor einer pauschalen Betrachtung gewarnt, da es auf die Umstände des konkreten Falls ankomme.²³⁷

gg) Beendigung einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung (Nr. 7)

Die Rechtfertigung der Freiheitsentziehung mit dem durch die Straftat verursachten *trouble à l'ordre public* ist ohne Zweifel dasjenige Haftmotiv, dessen grundsätzliche Legitimation, konkrete Formulierung und praktische Handhabe seit seiner theoretischen Fundierung durch *Hélie* die meisten Schwierigkeiten bereitet. Für Letzteren erschien es noch selbstverständlich, dass die Verhaftung des Tatverdächtigen bei flagranten oder schwerwiegenden Straftaten auch als Instrument zur Beruhigung einer aufgebrachtten Öffentlichkeit eingesetzt werden könne, um dem Gewissen der Allgemeinheit eine erste Befriedigung zu verschaffen und so den öffentlichen Frieden aufrechtzuerhalten.²³⁸ *Carbonnier* dagegen verurteilte bereits die gängige Praxis von Verhaftungen, die mit dem alleinigen Ziel angeordnet wurden, die öffentliche Meinung zu befriedigen: Freiheitsentziehungen zum Zwecke der Bändigung einer aufgebrachtten Menschenmenge seien – als maximal mehrstündige Maßnahmen – nur zu rechtfertigen, soweit es um den Schutz des Be-

²³³ *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 77.

²³⁴ *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 45; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 142.51, 141.36: „l'un des critères le [sic] plus utilisé [sic]“. Vgl. Art. 411-3 CPP-E des Avant-projet vom 1.3.2010, der vorschlägt, dieses Motiv als Nr. 1 an der Spitze des Katalogs der gesetzlichen Haftgründe zu platzieren.

²³⁵ Soweit ersichtlich fordert einzig *Rassat*, Proc. pén., Rn. 518, eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf schwere Straftaten in Form von Gewaltdelikten.

²³⁶ Vor der Reform von 1970 verzichteten Schrifttum und Praxis auf eine entsprechende Einschränkung, siehe *Hélie*, Traité IV, Rn. 1947; *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 78; *Sessar*, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 195 sowie *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 92, 261.

²³⁷ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 142.51; ähnlich *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 78.

²³⁸ *Hélie*, Traité IV, Rn. 1948.

troffenen gehe.²³⁹ Der Gesetzgeber ist dieser Ansicht offensichtlich nicht gefolgt, da beide Aspekte – der Schutz des Verdächtigen und der *trouble à l'ordre public* – seit der Normierung der Haftmotive 1970 gesondert im Gesetz aufgeführt werden.

Das zeitgenössische Schrifttum begegnet dem offenbar noch immer überaus praxisrelevanten Haftgrund des *trouble à l'ordre public* nicht erst seit Bekanntwerden der *Outreau*-Affäre mit anhaltender Skepsis: Wegen seiner Unbestimmtheit konterkariere er den im Gesetz proklamierten Ausnahmecharakter der Haft. Da die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung im Wesen einer *jeden* Straftat liege, belasse das Gesetz dem Richter erhebliche Spielräume für subjektive Wertungen. Dies beinhalte die Gefahr willkürlicher Haftentscheidungen und provoziere Missbräuche. Stelle man auf das Ziel einer „ersten Befriedigung der Allgemeinheit“ (*Hélie*) ab, so drohe eine Kollision mit der Unschuldsvermutung, weil das in der Haftanordnung liegende Vor-Urteil dann recht unverhohlen dem Zweck einer Vor-Sanktion diene.²⁴⁰ Nachdem die Gerichte in aller Regel auf eine juristische Subsumtion verzichten und stattdessen entweder allein auf die Schwere der Tat abheben oder aber sich mit einer schlichten Wiedergabe von Sachverhalt und Gesetzeswortlaut begnügen,²⁴¹ stelle sich der Haftgrund im Ergebnis als eine Art Rumpelkammer und Auffangtatbestand (*fourre-tout/motif passe-partout*) für all diejenigen Fälle dar, in denen die Haftbegründung anhand eines anderen Haftmotivs nicht gelinge.²⁴²

Vereinzelt Forderungen nach einer Abschaffung des Haftgrundes ist der Gesetzgeber bis heute nicht gefolgt; zu stark scheint der grundsätzliche Konsens über das Bedürfnis nach einer sofortigen Reaktionsmöglichkeit gerade in solchen Fällen, in denen kein anderes Haftziel einschlägig ist.²⁴³ Stattdessen hat man sich seit 1996 um eine tatbestandliche Eingrenzung bemüht: Genügte ursprünglich noch das Anliegen, die öffentliche Ordnung vor der durch die Straftat verursachten Beeinträchtigung zu schützen („pour préserver l'ordre public du trouble causé par l'infraction“), so muss nach geltendem Recht die durch die Schwere der Straftat, die Umstände ihrer Begehung oder die Bedeutung des von ihr verursachten Schadens bedingte Störung der öffentlichen Ordnung, die es durch die Haft zu beseitigen gilt, außergewöhnlichen und anhaltenden Charakter haben und darf – in Reaktion auf

²³⁹ *Carbonnier*, Liberté individuelle, S. 74 ff.

²⁴⁰ Siehe zum Ganzen *Beauchamps*, Garanties, Rn. 38–45; *Chambon*, JCP G 1989, I, n° 3417, Rn. 16, 48 ff.; *Delmas-Marty*, Mise en état, Fiche n° 18; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 46; vgl. auch *Ambroise-Castérot/Bonfils*, Proc. Pén., Rn. 469; *Vergès*, Proc. pén., Rn. 373; *Merle/Vitu*, Traité II, Rn. 476 Fn. 4; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2702, 2709; *Guéry*, D. 1997, Jurisprudence, 593; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 738.

²⁴¹ Siehe die Beispiele in *Vallini/Houillon*, Rapport *Outreau*, S. 255; siehe auch *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 142.41 ff., 142.43: „critère de gravité déguisé“.

²⁴² Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2702; *Merle/Vitu*, Traité II, Rn. 476.

²⁴³ *Chambon*, JCP G 1989, I, n° 3417, Rn. 51 m.w.N.; bezeichnend *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2709; *Vallini/Houillon*, Rapport *Outreau*, S. 334.

die *Outreau*-Affäre – nicht mehr allein auf dem Medienrummel über die Angelegenheit beruhen. Ein Rückgang der Anwendungshäufigkeit dürfte sich aus dieser Neufassung wohl ebenso wenig ergeben wie aus der Tatsache, dass das Gesetz den Haftgrund seit 1996 aus symbolischen Gründen an letzter Stelle der Aufzählung in Art. 144 CPP führt.²⁴⁴ Immerhin kommt der Haftgrund seit dem Gesetz vom 5.3.2007 nur mehr bei Verbrechen in Betracht.²⁴⁵ Wenngleich die im Schrifttum oft beanstandete Vermischung des Haftgrundes mit dem Gesichtspunkt der Schwere der Tat hierdurch noch verstärkt wurde, ist so zumindest eine klare Einschränkung seines sachlichen Anwendungsbereichs bewirkt worden.

In der Rechtsprechung finden sich kaum Beiträge zur Klärung des Bedeutungsgehalts der Vorschrift; die im Schrifttum vereinzelt anzutreffenden Definitionsversuche werden von der Cour de cassation nicht gewürdigt.²⁴⁶ Dem vor einer Untersuchungskammer unternommenen Versuch der Verteidigung, den Fortfall des *trouble à l'ordre public* anhand einer Meinungsumfrage zu belegen, aus der hervorging, dass die Bevölkerung vor Ort der Freilassung eines Beschuldigten nach 18-monatiger Haft mehrheitlich gleichgültig gegenüberstand, war kein Erfolg beschieden – ein Beispiel, das anschaulich macht, in welchem Maße der Beschuldigte der gerichtlichen Einschätzungsprärogative ausgeliefert ist.²⁴⁷ Auch rechtlich substantiiert vorgetragene Rügen werden von der Cour de cassation regelmäßig ohne nähere sachliche Begründung zurückgewiesen.²⁴⁸ In räumlich-zeitlicher Hinsicht ist immerhin klargelegt worden, dass die Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung im Moment der Haftentscheidung noch aktuell sein muss; nicht erforderlich sei hingegen ihre Lokalisierung gerade in Frankreich.²⁴⁹ Der EGMR hat diesen Haftzweck dem Grunde nach für konventionskonform befunden.²⁵⁰

²⁴⁴ Krit. insb. Guéry, D. 1997, Jurisprudence, 593, Rn. 10, sowie Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 142.32, weil das Gesetz nunmehr die Schwere der dem Beschuldigten vorgeworfenen Straftat zum entscheidenden Kriterium erhebe.

²⁴⁵ So bereits Delmas-Marty, Mise en état, Fiche n° 18. Mit Gesetz vom 15.6.2000 wurde ein entsprechender Vorstoß unternommen; es wurde jedoch in diesem Punkt durch das Gesetz vom 9.9.2002 revidiert.

²⁴⁶ Guéry, D. 1997, Jurisprudence, 593. Bisweilen wird angenommen, der Haftgrund könne nur einschlägig sein, wenn der Verdacht auf eine *vollendete*, also auf eine nicht lediglich versuchte Straftat gerichtet ist, *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 10.

²⁴⁷ CA Montpellier, 6.10.2009: JurisData n° 2009-014367; *Tricoire*, JCP G 2009, 508.

²⁴⁸ So geschehen etwa in der *Outreau*-Affäre, als ein Kläger plausibel vorgetragen hatte, die Begründung einer Untersuchungskammer habe den Wortlaut von Art. 144 CPP überdehnt, weil hiernach allein entscheidend sei, ob die Haft den *trouble* beseitige, wohingegen es keine Rolle spiele, ob die Freilassung den einmal beseitigten *trouble* wieder aufleben lasse, siehe *Vallini/Houillon*, Rapport *Outreau*, S. 255 f.

²⁴⁹ Crim. 6.3.1986, Bull. n° 84 (*actualité*); 15.10.1985, Bull. n° 313 (*hors France*).

²⁵⁰ EGMR, Urt. vom 26.6.1991, *Letellier ./.* *Frankreich*, § 51, Az.: 12369/86.

c) *Sonderfall: Haft als Sanktion für Verstöße gegen Haftsurrogate*

Verletzt der Beschuldigte vorsätzlich (*volontairement*)²⁵¹ die ihm im Wege eines *contrôle judiciaire* oder einer *assignation à résidence avec surveillance électronique* auferlegten Verhaltenspflichten, so kann die *détention provisoire* abweichend von Art. 143-1 Abs. 1 CPP unabhängig von der Höhe der Strafanordnung nach freiem richterlichen Ermessen (*pouvoir d'appréciation*)²⁵² angeordnet werden, ohne dass es auf das Vorliegen eines Haftmotivs i.S.v. Art. 144 CPP ankommt (Art. 141-2, 142-8, 143-1 Abs. 2 CPP; siehe z.B. auch die Verweisungen für das Eilverfahren der *comparution immédiate* in Art. 394 Abs. 3, 396 Abs. 3, 397 Abs. 1 CPP).²⁵³ Diese Möglichkeit ist umso beachtlicher, als auch für die (i.d.R. untersuchungs-)richterliche Anordnung dieser beiden Haftersatzmaßnahmen selbst nach wie vor das haftrechtliche Opportunitätsprinzip gilt (freies Ermessen), um dem Richter einen Anreiz zum Verzicht auf die Inhaftierung zu geben. Im Ergebnis ist der potenzielle Anwendungsbereich der *détention provisoire* auf diese Weise erheblich erweitert, kommt sie hier als Sanktion (*détention-sanction*) – wenn auch mit modifizierter Dauer (Art. 141-3 CPP) – doch auch und gerade dort in Betracht, wo sie ansonsten unzulässig wäre.²⁵⁴

d) *Versteckte Haftziele (fonctions cachées)*

Die herkömmlicherweise zur Identifikation der Ziele der *détention provisoire* herangezogenen Haftmotive in Art. 144 CPP geben lediglich einen Ausschnitt der funktionalen Vielseitigkeit der Maßnahme wieder, sind doch die dort aufgeführten Kriterien – so sie überhaupt anwendbar sind (siehe oben c.) – teilweise ganz bewusst derart vage gehalten, dass einer effektiven Zweckbindung von vornherein Grenzen gezogen sind.²⁵⁵ Die mit der späten Einführung des haftrechtlichen Legalitätsprinzips intendierte Einschränkung der hafrichterlichen Machtvollkommenheit erscheint vor diesem Hintergrund – und vor allem im Hinblick auf die eingeschränkte rechtliche Kontrolle durch die Cour de cassation (siehe unten E.2.b.cc.) – nur in rudimentärer Form verwirklicht. Als in der Praxis teils unausgesprochene, teils kaschierte Funktionen der *détention provisoire* werden im Schrifttum insbesondere die Ziele der Erleichterung der Ermittlungsarbeit durch die Förderung der Geständnisbereitschaft und der Instrumentalisierung der Haft zu Sanktionszwecken ausgemacht.²⁵⁶

²⁵¹ Daran fehlt es bei höherer Gewalt und Fahrlässigkeit, *Boulloc*, Proc. pén., Rn. 713.

²⁵² Ebda.; krit. *Bonis-Garçon*, JCP G 2002, I, n° 159, Rn. 32.

²⁵³ Crim. 13.10.1998, Bull. n° 258; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2688.

²⁵⁴ Krit. *Bonis-Garçon*, JCP G 2002, I, n° 159, Rn. 3 f. Bei juristischen Personen drohen indes ggf. strafrechtliche Sanktionen (Art. 706-45 CPP i.V.m. Art. 434-43, 434-47 CP).

²⁵⁵ Vgl. *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 142.31.

²⁵⁶ Vgl. *Delmas Saint-Hilaire*, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 28, der allerdings als dritte *fonction cachée* unter Rückgriff auf die Lehren von *Foucault* auch noch eine soziologische Herrschaftsfunktion (*fonction de domination*) identifiziert.

aa) Détention provisoire als Druckmittel

Im Zuge der Aufwertung der Rechtsstellung des förmlich Beschuldigten hat sich zwar im Verlauf des 20. Jahrhunderts die – noch bis Anfang der 1990er Jahre als weitgehend garantiefreie Zone konzipierte – *garde à vue* zum Hauptschauplatz für die Erlangung eines Geständnisses im Rahmen einer strafprozessualen Freiheitsentziehung entwickelt.²⁵⁷ Gelingt es der Polizei dort jedoch nicht, den Betroffenen zur Einräumung der ihm zur Last gelegten Tat zu bewegen, so verbleibt den Ermittlern mit der *détention provisoire* ein weiteres – zumal längerfristig – wirkkräftiges Instrument, um ihn ggf. zu einem Umdenken zu veranlassen.²⁵⁸

Zwar wird der Gebrauch der *détention provisoire* zur Erleichterung der Ermittlungsarbeit und erst recht der Geständniserlangung – anders als bei der *garde à vue* – offiziell weithin für unzulässig erachtet.²⁵⁹ Die großzügige Auslegung des Haftgrundes der Beweissicherung (Nr. 1), der auch die Erlangung neuer Beweise, namentlich im Wege von Vernehmungen umfassen soll, sowie die gesetzliche Umschreibung des Motivs der Anwesenheitssicherung (Nr. 5), dem das Erfordernis einer Fluchtgefahr lediglich implizit zu entnehmen ist, da ohne weitere funktionale Vorgaben allein auf den Verbleib des Betroffenen in den Händen der Justiz abgestellt wird, legen jedoch beide den Schluss nahe, dass der Einsatz der Haft durchaus auch als Mittel zur Aufklärung der Straftat und aktiven Wahrheitssuche – und nicht etwa nur zur Verfahrenssicherung oder zur materiellen Prävention – in Betracht kommt.²⁶⁰ Bedenklich erscheint in diesem Zusammenhang vor allem, dass man sich in Haftbegründungen vielfach nicht davor scheut, ausdrücklich auf die fehlende Geständnisbereitschaft abzuheben, ohne dass dies von der Cour de cassation in der Vergangenheit je beanstandet wurde.²⁶¹ Durch die Übertragung der Haftanordnungs-kompetenz auf den Grundrechte- und Haftrichter ist seit dem Gesetz vom 15.6.2000 immerhin sichergestellt, dass nicht mehr der unmittelbar am Verfahrensausgang interessierte, weil die Ermittlungen leitende Untersuchungsrichter selbst über den Einsatz dieses potenziellen Druckmittels (*détention-pressure*) bestimmt.²⁶²

²⁵⁷ Pradel, Proc. pén., Rn. 464; vgl. bereits Carbonnier, Liberté individuelle, S. 72.

²⁵⁸ Siehe zu diesem Missbrauchspotenzial Carbonnier, Liberté individuelle, S. 71 ff.; Bouloc, RSC 1991, 235; Merle/Vitu, Traité II, Rn. 466; Delmas Saint-Hilaire, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), Atteintes à la liberté, S. 28; Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 141.51, 141.54.

²⁵⁹ Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 141.51 (auch mit ernüchternden Gegenbeispielen); Grebing, Untersuchungshaft, S. 80, 200 ff. m.w.N.

²⁶⁰ Vgl. dagegen den vorsichtigen Optimismus bei Sessar, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 195 ff., 197.

²⁶¹ Insb. „attendu que les faits sont niés par l’inculpé“, „compte tenu du regard porté sur les faits par la personne mise en examen“. Aussagekräftige Beispiele finden sich bei Vallini/Houillon, Rapport Outreau, S. 249 ff., die angesichts der Verbreitung derartiger Haftbegründungen eine explizite gesetzliche Klarstellung fordern, wonach im Rahmen des Haftgrundes der Anwesenheitssicherung die Fluchtgefahr nicht auf die Verweigerung der Einräumung des Sachverhalts gestützt werden dürfe (S. 333). Siehe im Übrigen Delmas Saint-Hilaire, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), Atteintes à la liberté, S. 28 m.w.N.

²⁶² Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 141.51, 141.54.

bb) *Détention provisoire* als Sanktions- und Korrekturmittel

Der Sanktionscharakter der *détention provisoire* manifestiert sich vor allem darin, dass ihre Anordnung sich in bestimmten Fällen als Ahndung entweder eines erwiesenen prozessualen oder aber eines vermuteten materiell-rechtlichen Fehlverhaltens darstellt. Ersteres ist – ganz offenkundig – dort der Fall, wo das Gesetz die Verhängung der Haft zur Sanktionierung eines vorsätzlichen Verstoßes gegen die Auflagen der beiden Haftsurrogate zulässt (Art. 143-1 Abs. 2 CPP). Anlass der Haft ist hier ein über die vermutete Verletzung der strafrechtlichen Verbotsnorm hinausgehender Verstoß gegen prozessuale Pflichten (*détention-sanction*).²⁶³ Letzteres ist – zumindest insgeheim – dann anzunehmen, wenn das vor allem im Haftgrund des *trouble à l'ordre public* (Art. 144 Nr. 7 CPP) verkörperte Interesse an der Beruhigung der öffentlichen Meinung höher bewertet wird als das Recht auf persönliche Freiheit des unter dem Schutz der Unschuldsvermutung stehenden Verdächtigen. Dahinter verbirgt sich letzten Endes nichts anderes als der Wille, vor allem bei schweren Straftaten und Gewaltdelikten über ein zeitnahes Reaktionsmittel zu verfügen, um den tatsächlichen oder unterstellten Wunsch der Allgemeinheit nach einer sofortigen Bestrafung des mutmaßlichen Straftäters zu befriedigen.²⁶⁴

Fastet man die Verfolgung positiv-spezialpräventiver Gesichtspunkte als ein typisches Erkennungsmerkmal der Strafe auf,²⁶⁵ so trägt die *détention provisoire* auch insoweit sanktionsähnliche Züge, als offenbar bereits in ihrem Zusammenhang auf die gesellschaftliche Wiedereingliederung gerichtete Besserungszwecke (*pré-traitement; assistance; correction*) verfolgt werden können. Bei den gerichtlichen Kontrollauflagen, deren Missachtung wie gesehen die Anordnung der *détention provisoire* nach sich zieht, wird das Ziel der (*ré*)*intégration sociale* des Beschuldigten inzwischen explizit im Gesetz ausgewiesen (Art. 138 Nr. 6 CPP, sog. *contrôle judiciaire socio-éducatif*) und damit – ebenso wie die Motive der Untersuchung, Behandlung und Pflege (vgl. Art. 138 Nr. 10 CPP) – als Ausprägung(en) der das gesamte Haftrecht überspannenden Figur der *mesure de sûreté* (Art. 137 CPP) anerkannt.²⁶⁶ Die Subsumtion dieser Zwecke unter die in Art. 144 CPP genannten Haftmotive – derer es bei der *détention-sanction* i.S.v. Art. 143-1 Abs. 2 CPP bekanntlich gar nicht bedarf – fällt zwar auf den ersten Blick schwer; es er-

²⁶³ *Bonis-Garçon*, JCP G 2002, I, n° 159, Rn. 4.

²⁶⁴ *Delmas Saint-Hilaire*, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 28; *Robert*, in: ders. (Hrsg.), *Détention provisoire*, S. 264; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 141.52; bezeichnend die Zitate bei *Chambon*, JCP G 1989, I, n° 3417, Rn. 51 und *Vallini/Houillon*, *Rapport Outreau*, S. 334; siehe auch *Grebing*, *Untersuchungshaft*, S. 189 ff.

²⁶⁵ *Rassat*, *Proc. pén.*, Rn. 523; offenlassend *Grebing*, *Untersuchungshaft*, S. 222 ff.; vgl. dagegen aber auch *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 465, 475; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 725; *Jescheck*, in: *Ancel* (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 400.

²⁶⁶ Siehe *Delmas Saint-Hilaire*, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 29; *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 475.

scheint indes nicht ausgeschlossen, diese *détention-correction* unter das sehr weit und funktionsneutral formulierte Motiv der Anwesenheitssicherung (Art. 144 Nr. 5 CPP) zu fassen.²⁶⁷

4. Form und Verfahren

a) Form, insbesondere Begründung und Bekanntgabe

Die Begründung der Haftanordnung (*ordonnance de mise en détention provisoire*) hat sich in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht und unter *alleiniger* Bezugnahme auf die Vorschriften der Art. 143-1, 144 CPP zu dem Haftgrund und der Frage, warum gerichtliche Kontrollauflagen nicht ausreichen, zu verhalten (Art. 137-3 Abs. 1 CPP; vgl. die Verweisungen in Art. 396 Abs. 3, 397-3 Abs. 2 CPP). Aus der Bezugnahme auf Art. 143-1 CPP wird gefolgert, dass sich bei Vergehen außerdem Ausführungen zum gesetzlichen Strafrahmen finden müssen.²⁶⁸ Während bei der Haftanordnung wegen Missachtung der Auflagen eines Haftsurrogats (Art. 143-1 Abs. 2 CPP) keine über die Feststellung des bewussten Verstoßes hinausgehende Begründung erforderlich ist, bedarf es im Übrigen einer – seit 2007: „präzisen und ausführlichen“²⁶⁹ – Auseinandersetzung mit den Verfahrenselementen, aus denen sich ergibt, dass die Haft das einzige Mittel ist, um mindestens eines der Haftziele zu erreichen und – nicht ohne eine gewisse Redundanz – dass diese Zwecke sich nicht auch mit einem Haftsurrogat verwirklichen ließen (Art. 144 CPP). Ob sich die Haftanordnung darüber hinaus in rechtlicher und/oder tatsächlicher Hinsicht mit dem Tatverdacht als solchem befassen – anders ausgedrückt: eine Beziehung zwischen der Person und dem verfolgten Sachverhalt herstellen – *muss*,²⁷⁰ erscheint im Hinblick auf die eindeutige Formulierung von Art. 137-3 CPP fraglich, auch wenn in der Praxis häufig entsprechende verdachtsbejahende Ausführungen vorhanden sind (siehe oben B.2.a.aa.). Eine von den gesetzlichen Höchst- bzw. Zwischenfristen (Art. 145-1 f. CPP) abweichende Haftdauer darf nicht bereits im Voraus bei der Haftanordnung festgesetzt werden.²⁷¹ Diese ist dem förmlich Beschuldigten und seinem Verteidiger sogleich mündlich mitzu-

²⁶⁷ Vgl. Carbonnier, Liberté individuelle, S. 64 ff.

²⁶⁸ Pradel, Proc. pén., Rn. 744.

²⁶⁹ Mit dieser Verschärfung wurde einer der Vorschläge der Untersuchungskommission zur Aufarbeitung der Outreau-Affäre aufgegriffen, wo sich massive Begründungsdefizite in der Praxis gezeigt hatten, siehe Vallini/Houillon, Rapport Outreau, S. 249 ff. mit diversen Beispielen.

²⁷⁰ In diesem Sinne Guinchard/Buisson, Proc. pén., Rn. 1960 sowie Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 143.96, die allerdings einräumen, dass das Gesetz selbst dies nicht fordert; a.A. die wohl überwiegende Literatur, siehe Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 143 i.V.m. Rn. 37; Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 2719 i.V.m. Rn. 2709 ff.; so *e contrario* auch Leblois-Happe, AJ Pén. 2003, 11; Pradel, Proc. pén., Rn. 744.

²⁷¹ Crim. 21.11.2006, Bull. n° 291.

teilen; darüber hinaus erhalten sie eine vollständige Abschrift der schriftlichen Verfügung (*ordonnance*, vgl. Art. 137-3 Abs. 2 CPP sowie den Verweis in Art. 396 Abs. 3 CPP).

Von dieser Haftanordnung zu unterscheiden ist die auf ihrer Grundlage ergehende Inhaftierungsverfügung (*mandat de dépôt*, siehe oben A.3.a.aa.), die der Invollzugsetzung der Haft dient. Sie unterliegt nur geringen formalen Vorgaben und muss dem Beschuldigten *nicht* mitgeteilt werden (siehe Art. 123 Abs. 1, 2 CPP).²⁷²

b) Verfahren

aa) Verfahren der mise en examen vor dem Untersuchungsrichter

Die materiell an einen qualifizierten Tatverdacht anknüpfende förmliche Beschuldigung, die im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung notwendige Grundlage einer *détention provisoire* bzw. eines Haftsurrogats ist, setzt in formeller Hinsicht die vorherige Durchführung einer Anhörung bzw. die Einräumung einer Anhörungsmöglichkeit durch den Untersuchungsrichter voraus. Diese bestimmt sich nach den Vorschriften des Art. 116 CPP (*interrogatoire de première comparution*), sofern der Betroffene nicht zuvor schon in der Eigenschaft als unterstützter Zeuge gemäß Art. 113-1 ff. CPP von ihm vernommen worden ist (Art. 80-1 Abs. 1, 2 CPP). In beiden Situationen stattet das Gesetz den Betroffenen mit besonderen Verfahrensgarantien aus, die mit dem Gesetz vom 27.5.2014 signifikant erweitert wurden und später gesondert gewürdigt werden sollen (siehe unten D.). Im Gegensatz zur Vernehmung als einfacher Zeuge (Art. 101 ff. CPP), die nur zulässig ist, solange keine schwerwiegenden *und* übereinstimmenden Verdachtsmomente zu seinen Lasten vorliegen (Art. 105 CPP), besteht in beiden Fällen keine Eidespflicht (Art. 113-7 CPP). Ist die Person bereits in Haft, so kann die Vernehmung auch auf Distanz im Wege des Einsatzes sonorer *oder* audiovisueller Telekommunikationsmittel durchgeführt werden, wenn die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ dies rechtfertigen (Art. 706-71 Abs. 3, R. 53-33 Abs. 1 CPP).²⁷³ Nachdem für den Ablauf der Vernehmung in beiden prozessualen Situationen ähnliche Grundsätze gelten, beschränkt sich der vorliegende Überblick auf eine Skizzierung des Verfahrens bei dem *interrogatoire de première comparution*.

Einer förmlichen Ladung (Art. 80-2 CPP) bedarf es selbstverständlich nicht, wenn der Verdächtige dem Richter, etwa im Anschluss an eine *garde à vue* oder nach der Ergreifung in Ausführung eines *mandat*, direkt vorgeführt werden kann.²⁷⁴

²⁷² Lesclous, Mandats, in: JCl., Rn. 132.

²⁷³ Nach ständiger Rechtsprechung bedarf der Einsatz der Videokonferenztechnik keiner Begründung und setzt insbesondere nicht die Unmöglichkeit eines persönlichen Erscheinens voraus, siehe z.B. Crim. 2.3.2011, n° 10-88.524; *Danet*, RSC 2011, 419 m.w.N.

²⁷⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1752, 1754; missverständlich insoweit die gesetzliche Formulierung sowie *Pfefferkorn*, Einführung, S. 149 f.

Der Ablauf des Termins vor dem Untersuchungsrichter ist in Art. 116 CPP minutiös geregelt.²⁷⁵ Anders als die nach Erhalt sämtlicher Belehrungen jederzeit mögliche Abgabe von Erklärungen kommt eine Vernehmung nur nach einem im Beisein des Verteidigers abgegebenen Einverständnis in Betracht (Art. 116 Abs. 5 CPP). Etwas anderes gilt nur, wenn dem Termin eine förmliche Ladung vorausgegangen *und* ein Verteidiger zugegen ist (Art. 116 Abs. 4 CPP) oder wenn ein Notfall i.S.v. Art. 117 CPP vorliegt (*interrogatoire immédiat*; siehe unten D.1.a.).²⁷⁶ Die förmliche Beschuldigung ist freilich unabhängig davon möglich, ob der Betroffene Erklärungen abgibt oder nicht (vgl. Art. 80-1 Abs. 2, 116 Abs. 6 CPP), sofern nur der hierfür erforderliche Tatverdacht festgestellt wird. Sie ist dem Betroffenen – mit samt weiterer Belehrungen (siehe unten D.1.a.) – sogleich mitzuteilen (Art. 116 Abs. 6 CPP). Zwar ist nach dieser Vorschrift auf Änderungen in der tatsächlichen oder rechtlichen Bewertung der Tat hinzuweisen; eine schriftliche oder mündliche Begründung des Tatverdachts findet jedoch nicht statt.²⁷⁷

bb) Durchführung einer vorherigen sozialen Prüfung

Grundsätzlich steht es Staatsanwaltschaft und Untersuchungsrichter im Ermittlungsverfahren frei, eine der im Gesetz bezeichneten Stellen (Polizeibeamte, Bewährungshelfer, Erziehungshelfer oder ermächtigte Vereinigung) um die Überprüfung der materiellen, familiären und sozialen Situation des Beschuldigten und die Formulierung von Vorschlägen für Maßnahmen, die seine gesellschaftliche (Wieder-)Eingliederung fördern sollen, zu ersuchen.²⁷⁸ *Zwingend* noch vor der Stellung eines Haftantrags (Art. 41 Abs. 7, 81 Abs. 7 CPP) bzw. noch vor der Entscheidung über die Haft (Art. 396 Abs. 2, Art. 145-5 CPP) ist eine solche *enquête sociale rapide* (ESR) in drei Fällen durchzuführen: Erstens, wenn der Betroffene im Zeitpunkt der Tat volljährig, aber noch keine 21 Jahre alt war und der Tatvorwurf nicht auf eine Straftat mit einer Höchststrafe von über fünf Jahren gerichtet ist (Art. 41 Abs. 7, 81 Abs. 7 CPP); zweitens, wenn das Verfahren der *comparution immédiate* gewählt wurde (Art. 396 Abs. 2 CPP); drittens, wenn der Betroffene dem Untersuchungsrichter während seiner im Vorfeld der Anrufung des Grundrechte- und Haft-

²⁷⁵ Die Inanspruchnahme eines Dolmetschers bestimmt sich nach Art. 121 Abs. 2, 102 CPP. Zur Umsetzung der RL 2010/64/EU über das Recht auf Dolmetschleistungen und Übersetzungen in Strafverfahren sehen die mit Gesetz n° 2013-711 vom 5.8.2013 eingefügten und durch Dekret vom 25.10.2013 in Vollzug gesetzten Art. préI. III Abs. 3 n.F., Art. 803-5 CPP nunmehr darüber hinaus einen allgemeinen Dolmetsch- und Übersetzungsanspruch zugunsten „verdächtigter Personen“ vor, siehe *Buisson*, Procédures 2015, Comm. n° 357; *Daoud/Rennuit-Alezra*, AJ Pén. 2013, 527.

²⁷⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1756; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 712.

²⁷⁷ *Léna*, D. 2010, 268.

²⁷⁸ Zu der 2014 neu hinzugekommenen Möglichkeit des Prozessgerichts, den Strafausspruch zunächst zu vertagen, um die nachträgliche Durchführung einer *enquête sociale* zu ermöglichen (Art. 132-70-1 CP), siehe oben A.2.b.aa.

richters erfolgten Vernehmung eröffnet, dass er die ausschließliche elterliche Sorge für ein bei ihm wohnhaftes, höchstens 16-jähriges Kind innehat, und die Haft nicht wegen eines Verbrechens, eines Vergehens gegen den Minderjährigen oder wegen Verstößen gegen gerichtliche Kontrollauflagen angeordnet werden soll (Art. 145-5 CPP).²⁷⁹ Da die Verdächtigen häufig direkt im Anschluss an die *garde à vue* in das Gerichtsgebäude verbracht werden, existieren dort mit den *permanences d'orientation pénale* (POP) eigene Bereitschaftsdienste, deren Vertreter binnen weniger Stunden ein Gespräch mit dem Betroffenen führen, die Angaben überprüfen und einen Bericht verfassen, der nicht zuletzt Aufschluss über die Frage des Bestehens einer Fluchtgefahr geben soll.²⁸⁰

cc) Mündliche Verhandlung (*débat contradictoire*)

Wird der Grundrechte- und Haftrichter durch begründete Verfügung und unter Übergabe der Verfahrensakten zum Zwecke der Haftanordnung angerufen, so hat er das persönliche Erscheinen des förmlich Beschuldigten vor ihm zu veranlassen, um die einer – positiven – Haftentscheidung seit 1984 zwingend vorgelagerte mündliche Verhandlung durchführen zu können (Art. 145 CPP).²⁸¹ So soll dem Beschuldigten und seinem Anwalt, dessen Inanspruchnahme seit 2007 nicht mehr zu seiner Disposition steht, eine effektive Verteidigung vor einer weiteren neutralen Instanz im Beisein der Anklagebehörde gewährleistet werden (*double regard*).

Ist die Person bereits wegen einer anderen Sache in Haft, so kann die Verhandlung im Wege einer audiovisuellen *oder* sonoren Telekommunikation erfolgen. Während der Einsatz der Videokonferenztechnik bislang auch insoweit im freien Ermessen des keinem Begründungszwang unterworfenen Gerichts stand, kann der Betroffene ihm in Haftsachen seit Gesetz n° 2011-467 vom 14.3.2011 widersprechen, es sei denn, sein Transport ist wegen der schweren Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung (*trouble à l'ordre public*) oder einer Flucht nicht zu verantworten (Art. 706-71 Abs. 1, 3, Art. R. 53-33, Art. D. 47-12-1 ff. CPP).²⁸²

²⁷⁹ *Leblois-Happe*, AJ Pén. 2003, 12 f.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2714.

²⁸⁰ *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 642 m.w.N. zu empirischen Untersuchungen; siehe das Musterformular bei *de Combles de Nayves/Mercinier*, AJ pén. 2011, 22.

²⁸¹ Zur Anwendbarkeit dieser Vorschrift auch auf die Haftanordnung wegen Verstoßes gegen die Auflagen eines Haftsurrogats siehe Crim. 20.12.1983, Bull. n° 349; 12.9.2007, Bull. n° 200 sowie *Bonis-Garçon*, JCP G 2002, I, n° 159, Rn. 21. Kann eine per *mandat d'arrêt* gesuchte Person erst *nach* Abschluss der *instruction* ergriffen werden, so sind gemäß Art. 135-2 Abs. 4 CPP ebenfalls die Maßgaben des Art. 145 CPP zu beachten.

²⁸² Die Neuregelung begrüßend *Danet*, RSC 2011, 420 f.; zur strengen Handhabung der neuen Kriterien in der Rspr. siehe Crim. 11.10.2011, Bull. n° 197; *Roth* u.a., D. 2013, 124, Ziff. II; zum Erfordernis eines ausdrücklichen Widerspruchs des Betroffenen Crim. 15.2.2012, n° 11-88.289. Allg. zu Bedenken gegen diese Technik in Haftsachen *Contrôleur général des lieux de privation de liberté*, avis du 14.10.2011, JO 9.11.2011, n° 65.

Wird von der Möglichkeit der Inanspruchnahme einer Frist zur Vorbereitung der Verteidigung Gebrauch gemacht, so scheidet zwar die sofortige Anordnung der *détention provisoire* aus. Der Richter kann den Beschuldigten jedoch bis zur Fortsetzung der Verhandlung, die binnen vier Werktagen durchzuführen ist, vorläufig festhalten lassen (*incarcération provisoire*, Art. 145 Abs. 4, 7 bis 8 CPP; siehe oben A.3.b.aa.).

Die Befugnisse des Grundrechte- und Haftrichters zur Veranlassung weiterer Ermittlungen im Vorfeld der Haftentscheidung sind begrenzt: Zwar kann er die Verhandlung im Interesse des Betroffenen für die Dauer von maximal vier Werktagen aussetzen und währenddessen eine vorläufige Freiheitsentziehung (*incarcération provisoire*) anordnen, um dem Untersuchungsrichter Gelegenheit zu weiteren Nachforschungen darüber einzuräumen, ob anstelle der Haft auch gerichtliche Kontrollauflagen ausreichen (Abs. 9). Anders als die Untersuchungskammer hat er jedoch keine Möglichkeit, diese Überprüfung mit bindender Wirkung anzuordnen. Er ist daher auf den guten Willen des Untersuchungsrichters angewiesen – dessen Einsatzbereitschaft umso geringer sein wird, je mehr ihm selbst an der Haft gelegen ist.²⁸³

Im Rahmen der kontradiktorischen Debatte, in welcher der Richter von einem Urkundsbeamten unterstützt wird (Art. 137-1 Abs. 2 CPP), erhalten der Staatsanwalt, dessen Anwesenheit zwingend ist,²⁸⁴ und der Beschuldigte sowie sein Anwalt Gelegenheit, ihre Standpunkte vorzutragen (Art. 145 Abs. 6 CPP). Die Tatsache, dass der Beschuldigte gegenüber dem Untersuchungsrichter sein Schweigerecht in Anspruch genommen hat, hindert den Grundrechte- und Haftrichter nicht an der Aufnahme seiner Erklärungen.²⁸⁵ Der Privatkläger ist seit Gesetz vom 26.11.1955 nicht mehr einzubeziehen.²⁸⁶ Seit 2007 gilt der Grundsatz der Öffentlichkeit (siehe unten D.5.b.). Die Haftentscheidung ergeht unmittelbar am Ende der Verhandlung.

dd) Besonderheiten bei der Haftanordnung in Verfahren ohne instruction

Kann das Gericht im Rahmen der *comparution immédiate* nicht am selben Tag zusammentreten (Art. 396 CPP) oder nimmt der Betroffene im CRPC-Verfahren eine Bedenkzeit in Anspruch (Art. 495-10 CPP), so richtet sich der Ablauf der auf

²⁸³ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 143.66; *Matsopoulou*, D. 2008, 1500. Art. D. 32-31 CPP erlaubt es dem Grundrechte- und Haftrichter immerhin, bestimmte Träger der Gerichtshilfe direkt anzurufen, um sie zu den entsprechenden Überprüfungen zu veranlassen.

²⁸⁴ Zu den Grenzen dieser Anwesenheitspflicht siehe Crim. 28.4.2009, Bull. n° 78: Entbehrlichkeit der Anwesenheit bei Verkündung der Haftentscheidung; 12.5.2009, Bull. n° 91: Keine Pflicht zur weiteren Anwesenheit nach Stellung seiner Anträge.

²⁸⁵ Crim. 30.1.2007, Bull. n° 22; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2718.

²⁸⁶ *Matsopoulou*, D. 2008, 1495.

die Haftanordnung gerichteten Verhandlung vor dem Grundrechte- und Haftrichter nicht nach Art. 145 CPP, sondern nach Art. 396 CPP. Sie findet im Beisein des Angeklagten statt, ist nicht öffentlich, die Inanspruchnahme eines Verteidigers disponibel, die Präsenz des Staatsanwalts wegen der Möglichkeit einer schriftlichen Haftantragstellung entbehrlich und die in Art. 145 Abs. 7–10 CPP geregelten Verlegungsmöglichkeiten (*incarcération provisoire*) entfallen.²⁸⁷

Wird die Verhandlung im Verfahren der *comparution immédiate* durch das Prozessgericht verlagt, nachdem die Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme hatten (Art. 397-1 Abs. 1 CPP), so ist ebenfalls nicht Art. 145 CPP einschlägig, sondern es gelten die Grundsätze der erstinstanzlichen Verhandlung vor dem *tribunal correctionnel* (Art. 398 ff. CPP): Die Verhandlung ist im Normalfall öffentlich (Art. 400 CPP), die Hinzuziehung eines Verteidigers fakultativ (Art. 417 CPP) und die Anwesenheit des Staatsanwalts obligatorisch. Spezifische verfahrensrechtliche Vorgaben im Zusammenhang mit der Haftentscheidung stellt das Gesetz nicht bereit.

5. Verhältnismäßigkeit und Ermessen

a) Verhältnismäßigkeit, insbesondere Subsidiarität gegenüber Haftsurrogaten

Das durch den Ausnahmecharakter der Haft (Art. 137 CPP) akzentuierte Erfordernis der Verhältnismäßigkeit zieht sich heute wie ein roter Faden durch die gesetzliche Regelung der *détention provisoire* und konkretisiert damit den allgemeinen, in Art. préI. III CPP formulierten Grundsatz, wonach *alle* Zwangsmaßnahmen strikt auf die Notwendigkeiten des Verfahrens begrenzt und verhältnismäßig zur Schwere des Tatvorwurfs sein müssen.²⁸⁸ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz spiegelt sich in den drei zentralen tatbestandlichen Anordnungsvoraussetzungen der Haft wider: der Beschränkung auf Straftaten mit einer bestimmten Mindestschwere, dem *ultima ratio*-Grundsatz im Hinblick auf die Verwirklichung eines Haftziels (*l'unique moyen*) und der Subsidiarität gegenüber den beiden freiheitsbeschränkenden Haftsurrogaten (Art. 137-3, 143-1, 144 CPP).²⁸⁹ Auf der Rechtsfolgenseite der Haftentscheidung wird der Verhältnismäßigkeit dagegen keine Bedeutung beigemessen. Auch dem in Art. 137 Abs. 2 CPP neben der Eigenschaft als *mesure de sûreté* als Grundfunktion der Maßnahme ausgewiesenen Kriterium der *nécessité de l'instruction* wird kein Erforderlichkeitsgedanke entnommen.²⁹⁰

²⁸⁷ Guéry, Comparution immédiate, in: Rép. pén., Rn. 47–50.

²⁸⁸ Zur Bedeutung der Idee der *nécessité* siehe bereits Hélie, Traité IV, Rn. 1949–1951.

²⁸⁹ Zur Unanwendbarkeit dieser drei Voraussetzungen im Fall einer *détention-sanction* wegen Verstoßes gegen gerichtliche Kontrollauflagen (Art. 143-2 CPP) siehe oben 3.c.

²⁹⁰ Vgl. bereits Grebing, Untersuchungshaft, S. 89.

In Kontrast zu dem in Art. 137 CPP formulierten Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Haftsurrogaten und Haft steht die Regelungstechnik in Art. 396 CPP (*comparution immédiate*): Hier formuliert das Gesetz zunächst die Eingriffsgrundlage für die Anordnung der *détention provisoire* (Abs. 1–3 CPP) und zieht lediglich in einem zweiten Schritt die Möglichkeit der Anordnung eines Haftsurrogats in Erwägung (Abs. 4; anders dagegen Art. 397-3 CPP).

b) *Ermessen*

Liegen die materiellen tatbestandlichen Voraussetzungen – namentlich Straffrahmen i.S.v. Art. 143-1 CPP, Haftgrund i.S.v. Art. 144 CPP und kein Entgegenstehen der Subsidiarität gegenüber *contrôle judiciaire* und elektronischem Hausarrest; oder anstelle von alledem: Verstoß gegen gerichtliche Kontrollauflagen – vor, so steht die Entscheidung über die Haft im freien Ermessen (Art. 143-1, 144 CPP: „peut“) des Grundrechte- und Haftrichters. Da eine gerichtliche Kontrolle nur im Hinblick auf die gesetzlichen Tatbestandsvoraussetzungen der Haft (*légalité*) erfolgt, nicht aber die Rechtsfolgenseite (*opportunité*) erfasst, ist im Schrifttum von einer richterlichen Einschätzungsprärogative hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit (*pouvoir d'appréciation de l'opportunité*) die Rede.²⁹¹

C. Dauer

1. Grundsätzliches zum Ablauf der Haft

a) *Durchführung des Hafivollzugs im Überblick*

aa) Allgemeines zum régime pénitentiaire

Der Vollzug der *détention provisoire* ist Gegenstand einer vielschichtigen Regelung. Die Vorschriften der Art. 714 ff., Art. D. 53 ff. und Art. A. 40-1 CPP werden durch spezialgesetzliche Bestimmungen in der Loi pénitentiaire vom 24.11.2009 ergänzt, die sich ihrerseits in untergesetzlichen Ausführungsvorschriften (Art. R. 57-5 ff., Art. D. 403 ff., Art. A. 40-2 CPP) verzweigen und durch zahlreiche ministerielle Rundschreiben komplettiert werden. Mit Dekret n° 2013-368 vom 30.4.2013 wurde zudem als Annex zu Art. R. 57-6-18 CPP eine Muster-Anstaltsordnung (*règlement intérieur type des établissements pénitentiaires*) beschlossen, die eine Reihe der bis dato anwendbaren Dekretbestimmungen (z.B. Art. D. 61 ff. CPP) ersetzt und konsolidiert hat. Obwohl der C. const. inzwischen ausdrücklich festgestellt hat, dass der Gesetzgeber die für die Rechtsstellung inhaftierter Personen we-

²⁹¹ Vgl. Bonis-Garçon, JCP G 2002, I, n° 159, Rn. 20 m.w.N.; Pradel, Proc. pén., Rn. 744.

sentlichen Regelungen selbst treffen muss und nicht an die Exekutivgewalt delegieren darf,²⁹² sind für weite Teile des Haftvollzugs auch nach Erlass der Loi pénitentiaire weiterhin untergesetzliche Bestimmungen maßgeblich.²⁹³ Auffällig ist, dass die diversen gefängnisrechtlichen Regelungen grundsätzlich für alle Häftlinge (*personnes détenues*) gelten, sofern ihr Anwendungsbereich nicht explizit entweder auf Strafgefangene (*personnes condamnées*) oder Personen in *détention provisoire* (*personnes prévenues*) beschränkt ist.²⁹⁴

Die *détention provisoire* wird in einer Haftanstalt (*maison d'arrêt*) vollzogen (Art. 714 Abs. 1 CPP).²⁹⁵ Die Unterbringung erfolgt grundsätzlich getrennt von den rechtskräftig verurteilten Häftlingen in einem sogenannten *quartier des prévenus*. Die Betroffenen behalten grundsätzlich ihre persönlichen Kleidungsstücke (ex-Art. D. 61 CPP; Art. 10, 43 Muster-Anstaltsordnung); ein Arbeitszwang besteht nicht (ex-Art. D. 62 CPP; Art. 15, 44 Muster-Anstaltsordnung).²⁹⁶ Seit 2003 gilt das Prinzip der Einzelunterbringung (Art. 716 Abs. 1 CPP), von dem nur abgewichen werden darf, wenn der Betroffene dies beantragt (Nr. 1), wenn seine Persönlichkeit es im eigenen Interesse rechtfertigt, ihn nicht alleinzulassen (Nr. 2), oder wenn er die Erlaubnis zu einer Arbeit bzw. einer Bildungsmaßnahme erhalten hat und organisatorische Zwänge die Unterbringung in Gemeinschaftszellen gebieten (Nr. 3). Nachdem allerdings bereits das Gesetz vom 12.6.2003 für eine Frist von fünf Jahren in Nr. 4 eine weitere Ausnahme für den Fall unzureichender Kapazitäten formuliert hatte, sah auch Art. 100 Loi pénitentiaire in seiner ursprünglichen Fassung vor, dass für eine erneute Dauer von fünf Jahren ab Verkündung des Gesetzes – also bis Ende 2014 – aus Platzgründen vom Grundsatz der Einzelunterbringung abgewichen werden darf; mit Gesetz n° 2014-1655 vom 29.12.2014 wurde diese Frist bis zum 31.12.2019 verlängert (siehe auch Art. 38 Muster-Anstaltsordnung und Art. D. 58 CPP). Angesichts der Überbelegung der Haftanstalten läuft Art. 716 Abs. 1 CPP in der Praxis also weiterhin leer.²⁹⁷

²⁹² C. const. 25.4.2014, n° 2014-393 QPC, §§ 4–7: Verfassungswidrigkeit der bis 2009 geltenden Fassung von Art. 728 CPP a.F., der eine Generalermächtigung an den Verordnungsgeber zur Regelung der Haftvollzugsbedingungen enthielt. Siehe dazu oben A.2.a.

²⁹³ Krit. *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 005.71. Die Verletzung untergesetzlicher Rechtsvorschriften kann als solche keine Nichtigkeit begründen (Crim. 5.5.1997, Bull. n° 166; 20.6.1996, Bull. n° 270); *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 198, 2007.

²⁹⁴ Bezeichnend *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 387: „Le régime pénitentiaire est dans l'ensemble le même pour les prévenus et pour les condamnés.“ Bemerkenswert ist im Übrigen, dass nicht nur das strafprozessuale Schrifttum wenig Interesse für den Vollzug der *détention provisoire* zeigt, sondern dass auch die gefängnisrechtlichen Abhandlungen ihrerseits den Schwerpunkt eindeutig auf den *Strafvollzug* legen.

²⁹⁵ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 148.14.

²⁹⁶ *Duroché/Pédrón*, Droit pénitentiaire, Rn. 390.

²⁹⁷ Krit. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2724; *Duroché/Pédrón*, Droit pénitentiaire, Rn. 383 ff.; siehe auch *Knapen/van der Linden*, in: van Kalmthout u.a. (Hrsg.),

Als unabhängiges Kontrollgremium zur Wahrung der Grundrechte durch die Gefängnisverwaltung fungiert der durch Gesetz n° 2007-1545 vom 30.10.2007 eingerichtete *Contrôleur général des lieux de privation de liberté* (Art. 4 Loi pénitentiaire), dessen Aufgaben und Befugnisse mit Gesetz n° 2014-528 vom 26.5.2014 ausgeweitet wurden.²⁹⁸ Weitere Kontrollinstanzen sind der Vorsitzende der Untersuchungskammer, Untersuchungsrichter und Staatsanwalt (Art. D. 177 ff. CPP).

bb) Individuelle Ausgestaltung

Der für die Sache zuständige *magistrat* – in der *instruction* also in erster Linie der Untersuchungsrichter, im Übrigen der Staatsanwalt – kann der Gefängnisverwaltung ausweislich der Generalklausel in Art. 715 CPP alle für das Strafverfahren erforderlichen Anweisungen erteilen, die in der Haftanstalt auszuführen sind (Art. D. 55 ff. CPP).²⁹⁹ Kraft gesetzlich gesondert geregelter Anordnungen können spezifische Vergünstigungen (z.B. Ausgangserlaubnis mit Begleitung, Art. 148-5 CPP) gewährt oder Verschärfungen der Haftbedingungen (insb. Kommunikationsverbot, Art. 145-4 Abs. 1 CPP; Isolationshaft, Art. 145-4-1 CPP) auferlegt werden. Anders als bei Strafgefangenen, wo insoweit die Gefängnisverwaltung zuständig ist, ist *stets* auch die *autorité judiciaire* in die Bewilligung von Besuchserlaubnissen (Art. 145-4 Abs. 2–4 CPP; Art. 35 Loi pénitentiaire), Einschränkungen des Post- (Art. 40 Loi pénitentiaire) und Telefonverkehrs (Art. 39 Loi pénitentiaire) sowie Haftunterbrechungen (Art. D. 57 CPP) involviert.

Die Isolationshaft, welche – anders als das Kommunikationsverbot (siehe unten D.2.b.cc.) – die Rechte auf Besuch, Post- und Telefonverkehr, Aufenthalt im Freien etc. unberührt lässt, beinhaltet das Verbot, an gemeinsamen Aktivitäten teilzunehmen (Art. R. 57-5-8 i.V.m. Art. R. 57-7-62 CPP). Sie kann zur Trennung von den anderen Häftlingen jederzeit vom Untersuchungsrichter, auf Antrag auch vom Grundrechte- und Haftrichter verfügt werden, wenn dies unerlässlich für die Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens ist (*isolement judiciaire*, Art. 145-4-1 CPP).³⁰⁰ Der Beschluss ist zu begründen und gilt, wenn nichts anderes bestimmt ist (Art. R. 57-5-3 CPP), maximal bis zum Ende der jeweiligen Geltungsdauer des

Pre-trial detention, S. 378 f. m.w.N. zur Kritik vonseiten des Europarats und des CPT. Der – dementsprechend ernüchternde – Bericht, den der Abgeordnete *Raimbourg* der frz. Justizministerin am 2.12.2014 vorgelegt hat, ist im Internet abrufbar unter www.justice.gouv.fr/publication/rapport_raimbouge_encellulemeent_individuel.pdf [Stand: 12/2014].

²⁹⁸ *Buisson*, Procédures 2014, Comm. n° 213; *Roumier*, Dr. pén. 2014, Alerte n° 11, n° 22 und n° 33; *Senna*, AJ Pén. 2014, 408.

²⁹⁹ Nach *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 148.13 soll die Anwendung von Zwang auf dieser Grundlage nicht zulässig sein.

³⁰⁰ Die Normierung in ex-Art. D. 56-1 CPP durch Dekret vom 21.3.2006 war vom CE 31.10.2008, n° 293785 wegen Missachtung der für das Strafverfahrensrecht geltenden Parlamentsgesetzgebungskompetenz und wegen des bei untergesetzlichen Vorschriften nur unzureichend gewährleisteten Rechtsschutzes aufgehoben worden.

Hafttitels (*mandat de dépôt*), welche in periodischen Abständen zu verlängern ist (siehe unten 3.a.). Sowohl der Untersuchungsrichter als auch der Grundrechte- und Haftrichter können den Beschluss jederzeit auf Antrag oder von Amts wegen aufheben.

Soweit es nicht um die Belange des Strafverfahrens, sondern um Schutz- oder Sicherungsmaßnahmen und die Aufrechterhaltung der Anstaltsordnung geht, sind die Entscheidungen über den Haftvollzug – vorbehaltlich einer anderweitigen gesetzlichen Regelung (siehe unten D.2.b. für die verschiedenen Einschränkungen des Rechts auf Kontakt mit der Außenwelt) – nicht der *autorité judiciaire* vorbehalten, sondern es ist die Gefängnisverwaltung zuständig (vgl. Art. 3 Abs. 2, 22 Loi pénitentiaire).³⁰¹ Dies gilt insbesondere für den Bereich des Disziplinarverfahrens (Art. R. 57-7 ff. CPP), aber auch für die Anordnung der nicht strafverfahrensrechtlich motivierten Isolationshaft (*isolement administratif*, Art. 726-1, Art. R. 57-7-62 ff. CPP).

*b) Automatische Kontrolle und Freilassung von Amts wegen
(mise en liberté d'office)*

Die *autorité judiciaire* kann die *détention provisoire* jederzeit auch unabhängig von einem Antrag des Betroffenen – und ohne Begründung³⁰² – beenden. Fordert der Staatsanwalt die Freilassung der Person, so muss der Untersuchungsrichter, wenn er dem Begehren *nicht* stattgibt, die Verfahrensakte mitsamt einer begründeten Stellungnahme binnen fünf Tagen dem Grundrechte- und Haftrichter vorlegen, der innerhalb von drei Werktagen über den Fortbestand der Haft entscheidet (Art. 147 Abs. 2 CPP). Im Übrigen kann der Untersuchungsrichter die Freilassung, ggf. in Verbindung mit gerichtlichen Kontrollauflagen, jederzeit auch auf eigene Initiative und von Amts wegen anordnen, wenn er zuvor die Stellungnahme des Staatsanwalts eingeholt hat³⁰³ und der Beschuldigte versichert, Aufforderungen zur Teilnahme an Verfahrenshandlungen unverzüglich Folge zu leisten und den Untersuchungsrichter über sämtliche Veränderungen des Aufenthaltsorts zu informieren (Art. 147 Abs. 1 CPP).³⁰⁴ Der Untersuchungsrichter oder, sofern angerufen der Grundrechte- und Haftrichter, muss eine sofortige Freilassung nach Maßgabe die-

³⁰¹ Zur Unzulässigkeit systematischer Ganzkörperdurchsuchungen (*fouilles intégrales systématiques*) von Häftlingen gem. Art. 57 Loi pénitentiaire siehe CE 6.6.2013, n° 368.816 und n° 368.875; *Péchillon*, AJ Pén. 2013, 497. Zum Dekret n° 2014-477 vom 13.5.2014 (*relatif à la fouille des personnes détenues et à la délégation de signature du chef*) siehe *Buisson*, Procédures 2014, Comm. n° 218.

³⁰² Crim. 30.10.1990, Bull. n° 364. Die Begründungsfreiheit der *mise en liberté* folgt aus dem Ausnahmecharakter der Haft, siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2758.

³⁰³ Eine mündliche Stellungnahme reicht aus (Crim. 6.5.1985, Bull. n° 169).

³⁰⁴ Eine entsprechende Befugnis steht auch der Untersuchungskammer zu (Art. 201 Abs. 2 CPP), vgl. darüber hinaus die Antragsbefugnis ihres Vorsitzenden (Art. 223 CPP).

ser Vorschriften insbesondere dann anordnen, wenn die Haftdauer i.S.v. Art. 144-1 Abs. 1 CPP nicht mehr angemessen (*durée raisonnable*) ist oder wenn die materiellen Haftvoraussetzungen aus Art. 144 CPP entfallen sind (Art. 144-1 Abs. 2 CPP).

Entsprechendes gilt für den Fall, dass der Untersuchungsrichter oder die Untersuchungskammer das Verfahren einstellt, weil die Annahme einer Strafbarkeit aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen nicht haltbar ist (Art. 177 Abs. 3, 212 Abs. 2 CPP), wenn der Angeklagte vom Prozessgericht in erster Instanz freigesprochen wird, unabhängig davon, ob hiergegen Berufung eingelegt wird (Art. 471 Abs. 1 CPP), sowie dann, wenn bestimmte Verfahrenselemente – etwa das *interrogatoire de première comparution* als Voraussetzung der förmlichen Beschuldigung – annulliert werden, die eine unentbehrliche Grundlage des Haftbefehls darstellen.³⁰⁵ Einer Mitwirkung des Beschuldigten bedarf es für die Haftbeendigung auch dann nicht, wenn eine der in Art. 141-3, 145-1 f., 396 Abs. 3, 397-3 Abs. 3, 397-4 Abs. 2 CPP genannten Höchstfristen erreicht ist oder wenn bei einem Vergehen die gerichtliche Voruntersuchung durch Abschlussverfügung des Untersuchungsrichters beendet wird, ohne dass eine Verlängerung der Haft angeordnet wurde (Art. 179 Abs. 2, 3 CPP).³⁰⁶ Gleiches gilt schließlich dort, wo das Gesetz im Zusammenhang mit Rechtsmitteln die Überschreitung bestimmter Entscheidungsfristen ausdrücklich mit der Freilassung sanktioniert (Art. 148 Abs. 5, 194 Abs. 4, 186-2 CPP).

Stellt sich im Verlauf der gerichtlichen Voruntersuchung heraus, dass sich die rechtliche Bewertung der Tat als Verbrechen nicht aufrechterhalten lässt, so kann der Untersuchungsrichter entweder – sofern die Höchstfrist für Vergehen noch nicht erreicht wurde – den Grundrechte- und Haftrichter um die Anordnung der Fortdauer der Haft ersuchen oder er muss, ggf. in Verbindung mit Auflagen des *contrôle judiciaire*, die Freilassung anordnen (Art. 146 CPP).³⁰⁷

Ist zu befürchten, dass die Freilassung eine Gefahr für das Opfer darstellt, so ist sie seit dem Gesetz vom 9.3.2004 in bestimmten Fällen – namentlich bei Erreichen der zeitlichen Höchstgrenzen der Maßnahme, aber auch beim Wegfall eines Haftgrundes – zwingend mit der Anordnung eines Kontaktverbots in Form einer gerichtlichen Kontrollauflage nach Art. 138 Nr. 9 CPP zu verbinden (Art. 144-2 CPP). Auch im Übrigen ist die Haftbeendigung stets mit der Anordnung eines *contrôle judiciaire* kombinierbar.³⁰⁸ Dessen Missachtung kann nach allgemeinen

³⁰⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2757; Crim. 23.6.1998, Bull. n° 202.

³⁰⁶ Es steht im freien Ermessen des die Verlängerung ablehnenden Richters, eine sofortige – also nicht erst mit Ablauf der aktuellen gesetzlichen Frist zu bewirkende – Freilassung anzuordnen (Crim. 7.6.2006, Bull. n° 159).

³⁰⁷ Zur Verfassungskonformität von Art. 146 CPP siehe C. const. 13.7.2011, n° 2011-153 QPC; 30.9.2011, n° 2011-168 QPC; weiterführend *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2748 ff.

³⁰⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2759.

Grundsätzen mit der Anordnung der *détention provisoire* geahndet werden (Art. 141-2 CPP). Abgesehen davon kommt die erneute Inhaftierung wegen desselben Sachverhalts grundsätzlich nur bei Bekanntwerden neuer Umstände in Betracht.³⁰⁹

2. Zulässige Grunddauer

a) Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung

Die zulässige Grunddauer der Maßnahme (*durée initiale*) beträgt bei Verbrechen ein Jahr (Art. 145-2 Abs. 1 CPP), bei Vergehen vier Monate. Im zuletzt genannten Fall handelt es sich – vorbehaltlich der Regelung in Art. 141-3 Satz 1 CPP – zugleich um eine zeitliche Obergrenze (*durée maximale*), wenn der Beschuldigte zuvor nicht bereits zu einer mehr als einjährigen Freiheitsstrafe ohne Bewährung verurteilt worden ist *und* die Tat, die den Gegenstand des Verfahrens bildet, mit einer Höchststrafe von maximal fünf Jahren bedroht ist (Art. 145-1 Abs. 1 CPP).³¹⁰

Wird die *détention provisoire* als Sanktion für einen Verstoß gegen gerichtliche Kontrollauflagen angeordnet *und* ist der Tatverdacht auf eine Straftat gerichtet, die unterhalb der Grenzwerte des Art. 143-1 CPP (Mindesthöchststrafe drei Jahre) liegt, so darf die (Gesamt-)Dauer der Haft hinsichtlich dieses Tatvorwurfs vier Monate nicht überschreiten (Art. 141-3 Satz 2 CPP). Im Übrigen, also bei Straftaten, deren Strafrahmen diese Mindestschwelle erreichen, können die in Art. 145-1 und Art. 145-2 CPP formulierten zeitlichen Obergrenzen dagegen um bis zu vier Monate überschritten werden, wenn der Betroffene sich bereits zuvor wegen desselben Sachverhalts in *détention provisoire* befunden hat (Art. 141-3 Satz 1 CPP).

b) Bei Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung

Soweit der Einsatz der *détention provisoire* in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung zulässig ist, sind die Art. 145-1 f. CPP nicht anwendbar. Es handelt sich insoweit stets um vergleichsweise kurzfristig angelegte Maßnahmen, deren Dauer jeweils speziell geregelt ist. Bei Erreichen dieser nicht verlängerungsfähigen Höchstfristen ist der Betroffene freizulassen. Im Verfahren der *comparution immédiate* sind drei Situationen zu unterscheiden:

– Ist eine Zusammenkunft des Prozessgerichts noch am Tage der Vorführung vor den Staatsanwalt nicht möglich, so kann die Haft bis zum Erscheinen vor Gericht für eine Dauer von maximal drei Werktagen – bzw. im Sonderfall des Art. 399-8 CPP: acht Tagen – angeordnet werden (Art. 396 Abs. 3 Satz 4, 5 CPP).

³⁰⁹ Crim. 17.5.1994, Bull. n° 185.

³¹⁰ Caron, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 64 ff.

– Ist der Betroffene bereits vor Gericht erschienen, so kann die *détention provisoire* bis zum Ausspruch des Urteils in der Sache für eine Dauer von maximal zwei Monaten angeordnet werden (Art. 397-3 Abs. 3, 4 CPP); wurde das Recht auf eine Vertagung der Verhandlung bei einer Tat in Anspruch genommen, deren gesetzlicher Strafrahmen sieben Jahre überschreitet, so ist diese Frist auf vier Monate erhöht (Art. 397-1 Abs. 2 CPP).

– Ordnet das Gericht gleichzeitig mit der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe die Haft bzw. ihren Fortbestand an und legt der Verurteilte hiergegen Berufung ein, so ist die Maßnahme nach vier Monaten zu beenden, wenn bis dahin keine Entscheidung des Berufungsgerichts ergangen ist (Art. 397-4 Abs. 2 CPP).

Im Rahmen des CRPC-Verfahrens (Art. 495-7 ff. CPP) kann die *détention provisoire* für eine Dauer von maximal 20 Tagen angeordnet werden, wenn der Betroffene zur Prüfung des Strafvorschlags des Staatsanwalts die zehntägige Bedenkzeit aus Art. 495-8 Abs. 5 CPP in Anspruch nimmt (Art. 495-10 Satz 2, 3 CPP).

Wird die Haft vom Grundrechte- und Haftrichter angeordnet, nachdem der im Verhandlungstermin ausgebliebene Angeklagte aufgrund eines vom Prozessgericht ausgestellten *mandat d'arrêt* oder *mandat d'amener* ergriffen wurde, so kann die *détention provisoire* höchstens bis zur baldigst (*dans les meilleurs délais*) anzuberauernden Verhandlung, die spätestens *binnen eines Monats* stattzufinden hat, aufrechterhalten werden (Art. 410-1 i.V.m. Art. 135-2 CPP).

3. Verlängerung

a) *System der periodischen Verlängerung*

Der Regelung der Haftdauer in der gerichtlichen Voruntersuchung liegt ein Prinzip der periodischen Verlängerung (*périodicité de la prolongation*)³¹¹ zugrunde: Die Geltungsdauer des Hafttitels (*mandat de dépôt*) ist zunächst kraft Gesetzes auf eine bestimmte Grunddauer (*durée initiale*) begrenzt. Sie kann jedoch sukzessive in bestimmten Intervallen bis zum Erreichen der gesetzlichen Höchstdauer (*durée maximale*) verlängert werden, wobei das Verlängerungsverfahren dem Anordnungsverfahren nachgebildet ist. Auf diese Weise soll – um den Preis einer ausgesprochen komplexen gesetzlichen Regelung – sichergestellt werden, dass ein Richter sich in regelmäßigen Abständen mit dem Fortbestand der gesetzlichen

³¹¹ Zu den historischen Ursprüngen dieser – als Gegenmodell zu einer Haftanordnung mit zeitlich unbegrenzter Dauer konzipierten – *détention provisoire à échéances successives*, die dem Vorbild einer belgischen Regelung aus dem Jahr 1874 folgend in ähnlicher Form bereits von 1933 bis 1939 im Gesetz vorgesehen war und dann bei Erlass des CPP erneut zugrunde gelegt worden ist, bevor sie durch die Reform von 1970 auf den Bereich der Vergehen beschränkt wurde, siehe *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 65 ff., 114 ff., 271 ff. Seit 1989 gilt das Prinzip der periodischen Verlängerung auch wieder für Verbrechen.

Haftvoraussetzungen zu befassen hat.³¹² Die Ablehnung einer Freilassungsentcheidung macht die ausdrückliche Anordnung der Verlängerung nicht entbehrlich.³¹³

b) Verlängerungen durch den Grundrechte- und Haftrichter

Sowohl bei Vergehen als auch bei Verbrechen verbleibt die – noch vor Fristablauf herbeizuführende³¹⁴ – Entscheidung über die Verlängerung (*ordonnance de prolongation*) zunächst beim Grundrechte- und Haftrichter, der vom Untersuchungsrichter, nach Einholung einer Stellungnahme des Staatsanwalts, mittels einer begründeten Verfügung anzurufen ist (Art. 137-1 Abs. 1, 4 CPP). Die dem Beschuldigten mitzuteilende Entscheidung ist ebenso wie die Haftanordnung ausschließlich anhand der in Art. 137-3, 144 CPP genannten Kriterien zu begründen und ergeht nach einer grundsätzlich öffentlichen Verhandlung (*débat contradictoire*, Art. 145 Abs. 6 CPP), zu welcher der Verteidiger gemäß Art. 114 Abs. 2 CPP spätestens fünf Werktage vorher zu laden ist (Art. 145-1 Abs. 2, 145-2 Abs. 1 CPP).³¹⁵ Die Verhandlung kann auf Distanz unter Einsatz sonorer oder audiovisueller Telekommunikationsmittel durchgeführt werden, sofern der Beschuldigte dem nicht widerspricht; Letzteres ist unbeachtlich, wenn der Transport wegen der schweren Gefahr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung oder einer Flucht nicht zu verantworten ist (Art. 706-71 Abs. 1, 3 CPP). Überschreitet die Haftdauer bereits im Moment der Verlängerungsentscheidung³¹⁶ ein Jahr (Verbrechen) bzw. acht Monate (Vergehen), so bedarf es spezieller Angaben zu den Gründen, welche die Fortsetzung der Untersuchung rechtfertigen *und* zu der voraussichtlichen Dauer bis zum Abschluss des Verfahrens (*motivation renforcée / surmotivation*); die *Art* der Ermittlungen, die der Untersuchungsrichter noch vorzunehmen beabsichtigt, braucht jedoch nicht angezeigt zu werden, wenn dies ihre

³¹² *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2727.

³¹³ Crim. 2.6.1987, Bull. n° 230.

³¹⁴ Eine Verlängerungsanordnung, die erst *nach* Fristablauf ergeht, ist rechtlich inexistent, Crim. 4.1.1983, Bull. n° 3; zu der Möglichkeit, die Verlängerung bereits einige Wochen *vor* Fristablauf anzuordnen, Crim. 21.11.1988, Bull. n° 393; siehe *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 176 f.

³¹⁵ Die Beweislast für die ordnungsgemäße Ladung liegt beim Richter, Crim. 3.12.2013, Bull. n° 243; zust. *Luciani*, AJ Pén. 2014, 246; ausf. zum Ganzen *Saenko*, Dr. pén. 2014 Etude n° 9. Zur Rechtswidrigkeit bei Ladungsfehlern Crim. 27.11.2012, n° 12-86.085. Zu den Anforderungen an die Ladung im Zusammenhang mit einem Verteidigerwechsel Crim. 20.8.2014, n° 14-83.699; *Maron/Haas*, Dr. pén. 2014, Comm. n° 132; *Boccon-Gibod*, RSC 2014, 799. Für den Sonderfall der Mehrfachverteidigung vgl. Crim. 25.2.2014, Bull. n° 51; *Buisson*, Procédures 2014, Comm. n° 124. Zu den Anforderungen an die Ladung per Fax siehe Crim. 2.10.2013, Bull. n° 185; *Priou*, AJ Pén. 2014, 39 m.w.N.

³¹⁶ Crim. 9.6.1999, Bull. n° 132; 5.6.2002, n° 02-82.196.

Durchführung gefährden würde (Art. 145-3 CPP).³¹⁷ Stets zu beachten ist schließlich Art. 144-1 Abs. 1 CPP, wonach die Haft eine „angemessene Dauer“ (*durée raisonnable*) im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs und die Komplexität der zur Wahrheitsfindung erforderlichen Ermittlungen nicht überschreiten darf.

Bei all denjenigen Vergehen, die nicht Art. 145-1 Abs. 1 CPP unterfallen (Ausschluss der Verlängerungsmöglichkeit), ist so ausnahmsweise eine sukzessive, jeweils in Vier-Monats-Intervallen anzuordnende Verlängerung der viermonatigen Grunddauer der Haft auf eine Dauer bis zu einem Jahr zulässig (Art. 145-1 Abs. 2 Satz 1 CPP). Diese zeitliche Obergrenze erhöht sich gemäß Art. 145-1 Abs. 2 Satz 2 CPP auf zwei Jahre, wenn die Tat entweder im Ausland begangen wurde (Alt. 1)³¹⁸ oder wenn der Beschuldigte wegen Betäubungsmittelhandels, Terrorismus, krimineller Vereinigung, Zuhälterei, Erpressung oder einer in organisierter Bande begangenen Straftat verfolgt wird *und* die betreffende Tat mit einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren bedroht ist (Alt. 2).³¹⁹ Für das Vergehen der kriminellen Vereinigung zwecks Vorbereitung einer terroristischen Aktion (Art. 421-2-1 CP) setzen die Sondervorschriften für Terrorismus eine abweichende Hafthöchstdauer von drei Jahren fest (Art. 706-24-3 CPP).³²⁰

Bezieht sich der Tatvorwurf auf ein Verbrechen, so kann die einjährige Grunddauer der Haft nach denselben Grundsätzen in sukzessiven Sechs-Monats-Intervallen verlängert werden (Art. 145-2 Abs. 1 CPP). Grundsätzlich gilt für Taten mit einem Strafraum von unter 20 Jahren Freiheitsstrafe eine zeitliche Obergrenze von zwei Jahren, im Übrigen beträgt sie drei Jahre (Abs. 2 Satz 1). Bei einer Tatbegehung im Ausland erweitert sich die zulässige Höchstdauer im erstgenannten Fall auf drei, im zweitgenannten Fall auf vier Jahre (Satz 2). Die Frist beträgt unabhängig vom Strafraum und dem Begehungsort stets auch dann vier Jahre, wenn der Beschuldigte entweder wegen *mehrerer* in den Büchern II und IV des CP genannter Verbrechen (Straftaten gegen die Person oder die Staatssicherheit) *oder* wegen Betäubungsmittelhandels, Terrorismus, Zuhälterei, Erpressung oder eines in organisierter Bande begangenen Verbrechens verfolgt wird (Satz 3).³²¹

³¹⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2735; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 191 ff. Auch im Übrigen begnügt sich die Rspr. mit relativ vagen Angaben, siehe z.B. Crim. 28.4.1998, Bull. n° 143: „pour déterminer le rôle respectif des personnes mises en cause“.

³¹⁸ Crim. 20.2.2002, Bull. n° 39.

³¹⁹ Das Erfordernis einer zehnjährigen Höchststrafandrohung gilt für alle in Alt. 2 genannten Kriminalitätsbereiche, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2740; *Dourneau-Josette*, Détention provisoire, in: Rép. pén., Rn. 231; ungenau *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 144.78.

³²⁰ Siehe Crim. 11.3.2003, Bull. n° 661; *Pradel*, D. 2003, 1729.

³²¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2740.

c) *Ausnahmeverlängerungen durch die Untersuchungskammer*

Seit dem Gesetz vom 9.9.2002 besteht ausnahmsweise – bei Vergehen einmal, bei Verbrechen zweimal – die Möglichkeit der Anordnung einer zusätzlichen viermonatigen Verlängerung, wenn die Ermittlungen des Untersuchungsrichters fortgesetzt werden müssen und die Freilassung des Beschuldigten ein besonders schwerwiegendes Risiko für die Sicherheit von Personen oder Sachgütern verursachen würde (Art. 145-1 Abs. 3, 145-2 Abs. 3 CPP). Damit kann die *détention provisoire* in der gerichtlichen Voruntersuchung bei Verbrechen eine Maximaldauer von vier Jahren und acht Monaten, bei Vergehen von zwei Jahren und vier Monaten – bzw. von drei Jahren (Art. 706-24-3 CPP)³²² – erreichen.³²³

Für die materiellen Anforderungen an die Verlängerung – und damit ihre Begründung – gelten im Übrigen die allgemeinen Regelungen in Art. 137-1, 144, 144-1, 145-3 CPP.³²⁴ In formeller Hinsicht besteht dabei die Besonderheit, dass anstelle des Grundrechte- und Haftrichters die Untersuchungskammer, also ein Richterkollegium, zuständig ist. Das Verfahren bestimmt sich infolgedessen nicht nach Art. 145 Abs. 6 CPP (*débat contradictoire*), sondern nach den vor dieser Instanz anwendbaren Verfahrensvorschriften (Art. 194, 197 ff., 206 f. CPP; siehe unten E.1.b.aa.).

d) *Fortdauer der Haft nach Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung*

Die oben eben geschilderten Grundsätze und Fristen gelten lediglich für die Dauer der gerichtlichen Voruntersuchung.³²⁵ Wird diese durch die Abschlussverfügung (*ordonnance de règlement*) des Untersuchungsrichters beendet und erfolgt eine Verweisung der Sache an das Prozessgericht (*ordonnance de renvoi* bzw. *mise en accusation*),³²⁶ so verdrängen die Spezialvorschriften der Art. 179 ff. CPP die bis dato maßgeblichen Bestimmungen in Art. 145-1 f. CPP.

³²² Da Art. 145-1 Abs. 3 CPP ausschließlich an die in Abs. 2 genannte Höchstdauer von *zwei Jahren* anknüpft, ist diese viermonatige Sonderverlängerung *nicht* auf die Dreijahresfrist bei terroristischen kriminellen Vereinigungen (Art. 706-24-3 CPP) anwendbar, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2740 (S. 1773); *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 144.78.

³²³ Im Fall der Haftanordnung wegen Verstoßes gegen gerichtliche Kontrollauflagen kann diese Gesamtdauer um bis zu vier Monate überschritten werden, wenn die Person in derselben Sache bereits zuvor in *détention provisoire* war (Art. 141-3 Satz 1 CPP, siehe oben 2.a.).

³²⁴ *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 174; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 747 f.

³²⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2804 ff., 2808; *Crim.* 12.3.1985, Bull. n° 111; 7.5.1991, Bull. n° 196; krit. zu dieser Regelungstechnik *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 144.05; vgl. die Reformvorschläge von *Léger*, *Rapport*, S. 23; zur *Historie* siehe *Grebing*, *Untersuchungshaft*, S. 115 ff.

³²⁶ Im Fall einer Einstellungsverfügung ordnet Art. 177 Abs. 3 CPP die Freilassung an.

Bei Vergehen tritt die *détention provisoire* – ebenso wie etwaige Haftsurrogate – mit Erlass der *ordonnance de renvoi* automatisch außer Kraft (Art. 179 Abs. 2 CPP). Der Untersuchungsrichter kann jedoch den Fortbestand der Maßnahme bis zum „Erscheinen vor Gericht“³²⁷ durch eine gesonderte Verfügung anordnen, welche sich nur mehr auf die in Art. 144 Nr. 2, 4, 5 und 6 CPP genannten Haftgründe stützen darf (Abs. 3).³²⁸ Zwar findet insoweit keine kontradiktorische Debatte (Art. 145 Abs. 6 CPP) statt; der Beschuldigte erhält jedoch vor der Haftentscheidung Gelegenheit, seinen Standpunkt vorzutragen (Art. 175 CPP).³²⁹ Hat das Prozessgericht nicht innerhalb von zwei Monaten ab Erlass der Abschlussverfügung mit der Prüfung in der Sache begonnen, so ist der Angeklagte freizulassen (Abs. 4). Das Prozessgericht kann jedoch eine einmal erneuerbare Verlängerung der Haft für die Dauer von jeweils zwei Monaten anordnen, anlässlich derer der Angeklagte auf Antrag persönlich vor Gericht erscheint, wenn die Verhandlung in der Sache nicht vor Ablauf dieser Frist möglich war und das Gericht die tatsächlichen oder rechtlichen Gründe dardat, die dem Erlass des Urteils im Wege stehen (Abs. 5). Damit ist im Zeitraum nach Abschluss der *instruction* bis zum Urteilserlass der Fortbestand der Haft für eine zusätzliche Dauer von sechs Monaten möglich.³³⁰

Geht der Untersuchungsrichter dagegen vom Vorliegen eines Verbrechens aus, so überdauert der Hafttitel die *ordonnance de mise en accusation* und bildet automatisch die Grundlage für den Fortbestand der Freiheitsentziehung bis zum Urteil des Geschworenengerichts (Art. 181 Abs. 7 CPP). Das Gesetz trägt damit nicht zuletzt dem Umstand Rechnung, dass wegen der notorischen Überlastung der *cours d'assises* bis zum Prozessbeginn oftmals viel Zeit vergeht; erscheint der Beschuldigte allerdings nicht binnen Jahresfrist ab *Bestandskraft* der Anklageverfügung vor Gericht, so ist er unverzüglich freizulassen (Abs. 8).³³¹ Die Untersuchungskammer kann eine – ebenfalls einmal erneuerbare – sechsmonatige Verlängerung der Haft anordnen, wobei der Beschuldigte in diesem Zusammenhang auf Antrag persönlich vor Gericht erscheint. Voraussetzung für diese Verlängerung(en) ist,

³²⁷ Der Begriff *comparution* umfasst im vorliegenden Zusammenhang die gesamte Dauer der Hauptverhandlung bis zum Urteilsspruch, es bedarf also bis dahin keines erneuten Ausspruchs durch das Prozessgericht (Art. 464-1 CPP) über den Fortbestand der Haft, *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 144.92; vgl. Crim. 25.6.1986, Bull. n° 226.

³²⁸ Beantragt der Staatsanwalt eine dahingehende Verfügung, so muss der Untersuchungsrichter hierüber eine begründete Entscheidung treffen. Unterlässt er dies, so kann der Staatsanwalt gem. Art. 82 Abs. 3, 4 CPP binnen zehn Tagen direkt die Untersuchungskammer anrufen und um die Anordnung der Haftfortdauer ersuchen, Crim. 9.7.2014, Bull. n° 171; *Maron/Haas*, Dr. pén. 2014, Comm. n° 120.

³²⁹ Nach Crim. 15.2.2011, Bull. n° 24 bestehen daher keine ernsthaften Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit, die eine QPC-Vorlage an den C. const. rechtfertigen würden.

³³⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2809; *Dourneau-Josette*, *Détention provisoire*, in: *Rép. pén.*, Rn. 287–293.

³³¹ Im Fall der Einlegung von Rechtsmitteln (Beschwerde; Rechtsbeschwerde) gegen die *mise en accusation* können bis zu ihrer Bestandskraft mehrere Monate, evtl. sogar mehr als ein Jahr vergehen, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2810.

dass die Verhandlung nicht vor Ablauf dieser Frist möglich war, das Gericht die Gründe dardat, die dem Erlass des Urteils im Wege stehen, und die Entscheidung anhand (hier: irgend-)eines der in Art. 144 CPP genannten Haftmotive begründet wird (Abs. 9).³³² Damit kann die Freiheitsentziehung bei Verbrechen zwischen Beendigung der *instruction* und Beginn der Verhandlung zur Sache für eine weitere Gesamtdauer von zwei Jahren aufrechterhalten werden.³³³

In beiden Fällen hat es also zunächst – bei Vergehen für eine Dauer von zwei, bei Verbrechen für zwölf Monate – der *Untersuchungsrichter* in der Hand, durch Erlass der Abschlussverfügung die Fortdauer der Haft ggf. auch gegen den Willen des Grundrechte- und Haftrichters zu veranlassen.³³⁴

Im Hinblick auf die Zeitspanne zwischen Ausspruch der Verurteilung und Eintritt der Rechtskraft ist ebenfalls zu differenzieren: Bei Vergehen erlischt der Hafttitel (spätestens) mit Urteilsverkündung.³³⁵ Will das Prozessgericht die Haft im Fall der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe ohne Bewährung bis zum Strafantritt bzw. bis zu dem Zeitpunkt, in dem die Dauer der *détention provisoire* die Höhe der Freiheitsstrafe erreicht aufrechterhalten, weil der Sachverhalt diese besondere Sicherungsmaßnahme rechtfertigt, so bedarf es einer gesondert zu begründenden Entscheidung (Art. 464-1, 465, 471 CPP).³³⁶ Ergeht hingegen vor dem Geschworenengericht die Verurteilung wegen eines Verbrechens, so gilt das Urteil bis zum Eintritt der Rechtskraft bzw. dem Moment, in dem die Dauer der *détention provisoire* die Höhe der ausgesprochenen Freiheitsstrafe erreicht, zugleich als Hafttitel (Art. 367 Abs. 2 CPP). Ein weiterer Ausspruch zur Haftfrage ist also entbehrlich.³³⁷

4. Fristberechnung und Anrechnungen

a) Grundsätze

Die für die Haftdauer relevanten Monatsfristen werden *de quantième à quantième* („vom Soundsovielten zum Soundsovielten“) berechnet, wobei die Ermitt-

³³² Zu der vergleichsweise strengen Kontrolle siehe etwa Crim. 2.9.2009, Bull. n° 148.

³³³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2810; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 211.

³³⁴ Vgl. Crim. 11.7.2007, Bull. n° 194, wo der Grundrechte- und Haftrichter die Haftverlängerung in der gerichtlichen Voruntersuchung (Art. 145-2 CPP) abgelehnt hatte, der Untersuchungsrichter dann jedoch noch vor Ablauf des Hafttitels die Abschlussverfügung erlassen hat. Die Haft bestand deshalb kraft Gesetzes fort (Art. 181 CPP).

³³⁵ Crim. 16.9.1972, Bull. n° 264; 14.6.1976, Bull. n° 211.

³³⁶ *Dourneau-Josette*, *Détention provisoire*, in: Rép. pén., Rn. 294, 300.

³³⁷ Seit Gesetz vom 17.5.2011 gilt dies auch für den Fall, dass der Verurteilte sich bislang auf freiem Fuß befunden hatte (so bereits die Rechtslage vor dem Gesetz vom 9.3.2004).

lung von Fristbeginn und Fristende nach ständiger Rechtsprechung unabhängig vom Wochentag erfolgt (Unanwendbarkeit von Art. 801 CPP).³³⁸ Für den Beginn der Frist ist danach grundsätzlich – d.h. vorbehaltlich etwaiger Vorverlagerungen (siehe sogleich) – der Tag der Haftanordnung maßgeblich. Sie läuft am Anfang (0.00 Uhr) des Tages ab, dessen Benennung dem Tag des Fristbeginns entspricht.³³⁹

Befand sich der Beschuldigte bereits (unmittelbar) vor der Anordnung der *détention provisoire* in Haft, so findet möglicherweise eine Vorverlagerung des Fristbeginns statt. Dies ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung in Art. 145 Abs. 10 CPP insbesondere dann der Fall, wenn die im Vorfeld der Haftentscheidung durchzuführende Verhandlung vertagt und der Betroffene währenddessen festgehalten wurde (*incarcération provisoire*). Die Rechtsprechung hat entschieden, dass darüber hinaus auch die Freiheitsentziehung infolge eines *mandat d'arrêt* zu einer Vorverlagerung des Fristbeginns führt; im Fall einer Festnahme im Ausland gilt dies jedoch erst, sobald der Betroffene auf französischem Staatsgebiet eintrifft. Da das *mandat d'amener* im Gegensatz zum *mandat d'arrêt* keinen Hafttitel beinhaltet und lediglich ein kurzfristiges Festhalten bis zum Erscheinen vor dem Untersuchungsrichter ermöglicht (Art. 125 Abs. 2 CPP), ist eine in diesem Kontext erfolgende Freiheitsentziehung für die Bestimmung des Fristbeginns irrelevant.³⁴⁰ Auch dem Umstand, dass sich der Betroffene direkt vor der Haftentscheidung in *garde à vue* befunden hat, kommt keine Bedeutung zu.³⁴¹ Unberücksichtigt bleibt im Rahmen von Art. 145-1 CPP schließlich sogar die unmittelbar vorangegangene Freiheitsentziehung wegen einer in der *comparution immédiate* – also außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung – gemäß Art. 397-3 CPP angeordneten *détention provisoire*.³⁴²

Im Fall einer Unterbrechung der *détention provisoire* aus rechtlichen (Freilassung) oder tatsächlichen Gründen (Flucht) wird der Zeitraum, den der Betroffene in Freiheit verbracht hat, nicht in die Berechnung der Haftdauer einbezogen.³⁴³ Die im

³³⁸ Crim. 23.2.1961, Bull. n° 119; 16.11.1982, Bull. n° 261; 3.7.1985, Bull. n° 256; 30.3.1989, Bull. n° 154; *Dourneau-Josette*, *Détention provisoire*, in: *Rép. pén.*, Rn. 255.

³³⁹ Ergeht ein Haftbefehl am 15.1., so läuft eine Viermonatsfrist am 15.5. um 0.00 Uhr ab, egal, ob es sich dabei um Werk- oder Feiertage handelt. Soll die Haft aufrechterhalten werden, so muss die Entscheidung über die Verlängerung also spätestens am 14.5. um 23.59 Uhr ergehen, anderenfalls ist sie *ipso jure* nichtig. Vgl. *Caron*, *Détention provisoire*, in: *JCl.*, Rn. 58.

³⁴⁰ St. Rspr., siehe z.B. Crim. 20.11.1990, Bull. n° 393 (*mandat d'arrêt*); 1.6.1976, Bull. n° 194; 31.5.2011, Bull. n° 112 (Haft im Ausland); 17.12.1991, Bull. n° 482 (*mandat d'amener*); *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 144.13; *Bouloc*, *Proc. pén.*, Rn. 726 (Fn. 4).

³⁴¹ *Caron*, *Détention provisoire*, in: *JCl.*, Rn. 59.

³⁴² Crim. 23.8.2005, Bull. n° 210.

³⁴³ Crim. 27.1.1993, Bull. n° 47; *Dourneau-Josette*, *Détention provisoire*, in: *Rép. pén.*, Rn. 259.

Hinblick auf denselben Tatvorwurf (*mêmes faits*) bereits erlittene Haftzeit ist jedoch für die Bestimmung der im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung verbleibenden Restdauer anzurechnen.³⁴⁴ Wird die Haft allerdings als Sanktion für einen Verstoß gegen gerichtliche Kontrollauflagen angeordnet, nachdem der Betroffene sich bereits zuvor wegen desselben Sachverhalts in *détention provisoire* befunden hat, so ordnet Art. 141-3 CPP an, dass die kumulative Gesamthaftzeit die in Art. 145-1 f. CPP vorgesehenen Grenzwerte um bis zu vier Monate überschreiten darf.³⁴⁵ Handelt es sich um unterschiedliche Tatvorwürfe (*autres faits*) oder werden selbstständig geführte Verfahren nachträglich verbunden (*jonction de procédures*), so findet keine Anrechnung statt.³⁴⁶

b) Anrechnung der Haftzeit auf etwaige Haftstrafe

Die Anrechnung der Dauer strafprozessualer Freiheitsentziehungen auf die Höhe einer späteren *Haftstrafe* ist in Art. 716-4 CPP geregelt.³⁴⁷ Danach ist die *détention provisoire* unabhängig davon, in welchem Verfahrensstadium sie zum Einsatz gekommen ist, vollumfänglich von dem Strafpensum abzuziehen (Abs. 1).³⁴⁸ Dies gilt auch für die im Ausland verbrachte Untersuchungshaft, wenn der Sachverhalt in Frankreich abgeurteilt wird.³⁴⁹ Anrechnungsfähig sind außerdem solche Freiheitsentziehungen, die in Vollstreckung eines *mandat d'amener* oder eines *mandat d'arrêt* erfolgt sind, sowie Haftaufenthalte im Ausland, denen ein Europäischer Haftbefehl oder ein Auslieferungsgesuch zugrunde lag (Abs. 2). Die gesetzliche Regelung ist insoweit also großzügiger als der Ansatz der Rechtsprechung bei der Frage nach der Berücksichtigung vorangegangener Haftzeiten für die Bestimmung der Höchstdauer bzw. des Fristbeginns bei der *détention provisoire*.

5. Verhältnismäßigkeit und Beschleunigung

Die bei der Untersuchung der Haftanordnungsvoraussetzungen identifizierten Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Art. 137, 137-3 i.V.m. Art. 143-1, 144 CPP) wirken fort bei der Bestimmung der zeitlichen Grenzen für

³⁴⁴ Crim. 27.1.1993, Bull. n° 47; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2746, 2761.

³⁴⁵ Siehe die Berechnungsbeispiele bei *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2689.

³⁴⁶ A.a.O., Rn. 2746 f.; Crim. 30.4.2014, n° 14-81.201; 11.12.2007, Bull. n° 305; 24.5.2005, Bull. n° 153; *Guéry*, AJ Pén. 2014, 353.

³⁴⁷ Zur historischen Entwicklung vom ursprünglichen Prinzip der Nichtanrechnung im Code pénal von 1810 über die Einführung der fakultativen Anrechnung im Lauf des 19. Jahrhunderts bis hin zur Normierung der zwingenden Anrechnung in Art. 24 des alten CP durch die Reformnovelle von 1970 siehe ausf. *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 62, 65, 280 ff.

³⁴⁸ Für Einzelheiten siehe etwa *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 144.17 m.w.N.

³⁴⁹ Crim. 13.3.2013, n° 12-83.024; 5.10.2011, Bull. n° 196.

die Aufrechterhaltung der Haft. Sie sind vom Richter nicht nur anlässlich der in periodischen Abständen erforderlichen Entscheidungen über die Verlängerung der Maßnahme zu berücksichtigen (vgl. die Verweisungen in Art. 145-1 f. CPP), sondern jederzeit auch von Amts wegen, da ihr Fortfall die sofortige Anordnung der Freilassung des Beschuldigten nach sich ziehen muss (Art. 144-1 Abs. 2 CPP).³⁵⁰

Für die Frage der zulässigen Dauer der Freiheitsentziehung existiert mit der 1996 nach dem Vorbild von Art. 5 Abs. 3 EMRK eingefügten Regelung in Art. 144-1 Abs. 1 CPP eine spezielle gesetzliche Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.³⁵¹ Danach darf die Haft – in der Zeit vor Urteilserlass³⁵² – eine im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs und die Komplexität der zur Wahrheitsfindung erforderlichen Ermittlungen „angemessene Dauer“ (*délai raisonnable*) nicht überschreiten, anderenfalls ist die sofortige Freilassung der Person anzuordnen. Höchstrichterliche Präzisierungen sind rar, da es sich bei der Angemessenheit der Haftdauer nach Auffassung der Cour de cassation um eine rein tatsächliche Frage (*question de pur fait*) handelt, deren Beurteilung der souveränen Einschätzung der Untersuchungskammer obliegt. Mithin scheidet jede weitere Rechtskontrolle aus.³⁵³ Unterlässt es die Untersuchungskammer jedoch vollständig, sich mit einer entsprechenden Rüge des Häftlings auseinanderzusetzen, so führt dies unweigerlich zur Aufhebung der Entscheidung.³⁵⁴ In einem älteren Urteil hatte die Cour de cassation die Fälle einer ungenügenden oder widersprüchlichen Begründung zwar noch mit der Situation des gänzlichen Fehlens gleichgestellt und auf dieser Grundlage eine Entscheidung aufgehoben, die sich darauf beschränkt hatte, die Fortdauer der Haft – nach vier Jahren und sechs Monaten – mit den Schwierigkeiten des Untersuchungsrichters bei der Identifikation der Opfer durch Sachverständigengutachten zu begründen, ohne sich mit den wesentlichen Argumenten des Klägers überhaupt auseinanderzusetzen.³⁵⁵ Ob einem solchen Klagebegehren indes auch heute noch Erfolg beschieden wäre, erscheint angesichts der nunmehr in ständiger Rechtsprechung artikulierten Weigerung der Cour de cassation, die von der Untersuchungskammer angegebenen Motive zu überprüfen, ungewiss.³⁵⁶ Der Um-

³⁵⁰ Vgl. Pradel, Proc. pén., Rn. 745 f.

³⁵¹ Zu den Defiziten in der Praxis siehe Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 412.

³⁵² Crim. 17.10.2012, n° 12-85.139.

³⁵³ Vgl. die Formel der st. Rspr. (Crim. 1.10.2002, n° 02-84.980; 14.3.2006, Bull. n° 68; 7.11.2006, n° 06-87.046): „Attendu que [...] le demandeur ne saurait être admis à critiquer les motifs par lesquels la chambre de l’instruction a estimé que la durée de la détention provisoire n’excédait pas le délai raisonnable prévu par l’article 144-1 du code de procédure pénale, une telle appréciation échappant au contrôle de la Cour de cassation“; siehe hierzu auch Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 416; Pradel, Proc. pén., Rn. 746.

³⁵⁴ Crim. 11.6.2003, n° 03-81.755; Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 103.

³⁵⁵ Crim. 22.7.1997, Bull. n° 277.

³⁵⁶ Vgl. Crim. 19.12.2006, n° 06-87.486: Eine Überprüfung der Begründetheit bzw. Richtigkeit (*bien-fondé*) der Angaben findet nicht statt; es ist daher z.B. nicht zu beanstan-

stand, dass entsprechende Verweisungen in Art. 179 ff. CPP fehlen, lässt über die Anwendbarkeit von Art. 144-1 CPP nach Beendigung der *instruction* im Unklaren. Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass Verurteilungen durch den EGMR wegen überlanger Haftdauer (*durée excessive*) keine Seltenheit sind.³⁵⁷

Darüber hinausgehende Ansätze eines haftrechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes – der nicht als solcher (etwa als ein „*principe de célérité*“), sondern im Zusammenhang mit der Angemessenheit der Haft- (Art. 5 Abs. 3 EMRK) bzw. Verfahrensdauer (Art. 6 EMRK) diskutiert wird – lassen sich der ebenfalls durch Gesetz vom 30.12.1996 eingefügten Regelung in Art. 145-3 CPP entnehmen: Überschreitet die Haftdauer acht Monate (Vergehen) bzw. ein Jahr (Verbrechen), so hat der Richter fortan bei allen Verlängerungsentscheidungen und Ablehnungen von Freilassungsgesuchen die Gründe darzutun, welche die Fortdauer der gerichtlichen Voruntersuchung rechtfertigen *und* muss Angaben zu dem Zeitrahmen machen, in dem das Verfahren voraussichtlich abgeschlossen wird (Abs. 1). Im Umkehrschluss zu Abs. 2 ist die Art (*la nature*) der vom Untersuchungsrichter intendierten Ermittlungshandlungen anzugeben, sofern dadurch ihre Durchführbarkeit nicht gefährdet wird. Nachdem die Cour de cassation die untersuchungsrichterliche Prognose über die Dauer bis zum voraussichtlichen Verfahrensabschluss als *question de pur fait* nicht kontrolliert,³⁵⁸ führt wiederum nur das vollständige Fehlen entsprechender Angaben zur Aufhebung der Entscheidung.³⁵⁹ Es gilt insoweit das zur Überprüfung der Angemessenheit der Haftdauer (Art. 144-1 Abs. 1 CPP) Gesagte: Eine höchstgerichtliche Kontrolle findet zwar im Hinblick auf das Vorhandensein, nicht jedoch in Bezug auf die Stichhaltigkeit der entsprechenden Angaben und Begründungselemente statt.³⁶⁰ Da Art. 145-3 CPP speziell auf die Phase der gerichtlichen Voruntersuchung zugeschnitten ist, scheidet seine Anwendbarkeit in anderen Verfahrensstadien aus.³⁶¹

Weitere gesetzliche Regelungen, insbesondere solche über die Rechtsbehelfe, tragen der besonderen Eilbedürftigkeit Rechnung, indem sie in Haftsachen (*en matière de détention provisoire*, Art. 194 Abs. 4, Art. 197 Abs. 2, Art. 567-2 CPP) sowie dann, wenn der Betroffene sich in Haft befindet (*si la personne mise en examen est détenue*, Art. 175, 199 Abs. 6 CPP), verkürzte Fristen vorsehen und dem inhaftierten Beschuldigten darüber hinaus besondere Beschleunigungsoptionen zur

den, wenn die Angemessenheit der Haftdauer mit den wandelbaren, widersprüchlichen und nicht miteinander zu vereinbarenden Äußerungen der Beschuldigten begründet wird.

³⁵⁷ Z.B. EGMR, Urt. vom 3.10.2013, *Vosgien ./.* Frankreich, Az.: 12430/11; *Lavric*, AJ Pén. 2014, 36 m.w.N.; *Chavent-Leclère*, Procédures 2013, Comm. n° 356.

³⁵⁸ Crim. 28.4.1998, Bull. n° 143.

³⁵⁹ Crim. 22.2.2011, Bull. n° 32.

³⁶⁰ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2738.

³⁶¹ *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 191; z.B. Crim. 27.9.2005, Bull. n° 236.

Verfügung stellen (siehe insb. Art. 187-1 CPP).³⁶² Außerhalb dieser gesetzlichen Konkretisierungen, etwa als Ausprägung des richterlichen Ermessens, spielen Verhältnismäßigkeits- und Beschleunigungsaspekte dagegen keine normativ verifizierbare Rolle bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Haftdauer.

D. Garantien

1. Recht auf Information

a) Im Zusammenhang mit der Entscheidung über die förmliche Beschuldigung

Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung als ihrem wichtigsten Anwendungsfeld kommt die *détention provisoire* nur gegenüber dem förmlich Beschuldigten in Betracht. Daher sind im Folgenden die verfahrensrechtlichen Absicherungen in die Betrachtung einzubeziehen, die dem Betroffenen im Vorfeld der Haftanordnung im Zusammenhang mit der Entscheidung über die förmliche Beschuldigung zustehen. Insofern kommt der auf die Prüfung des Tatverdachts gerichteten Vernehmung durch den Untersuchungsrichter besondere Bedeutung zu.³⁶³

Wurde der Verdächtige nicht bereits in der Eigenschaft als unterstützter Zeuge vom Untersuchungsrichter vernommen, so hat der förmlichen Beschuldigung eine Vernehmung in Form eines *interrogatoire de première comparution* gemäß Art. 116 CPP vorzugehen (Art. 80-1 Abs. 2 CPP). Nach der Feststellung seiner Identität und dem ggf. zu erteilenden Hinweis auf das Recht, einen Übersetzer in Anspruch zu nehmen, eröffnet der Untersuchungsrichter ihm zunächst ausdrücklich und unter Präzisierung der rechtlichen Einordnung den ihm zur Last gelegten Sachverhalt, dessentwegen eine *mise en examen* ins Auge gefasst wird (Abs. 2).³⁶⁴ Seit 2014 ist er bei Bedarf außerdem über sein Recht zu informieren, eine Übersetzung der wesentlichen Bestandteile der Verfahrensakte anzufordern (Abs. 3 n.F.). Anschließend ist zu differenzieren: Wurde der Betroffene gemäß Art. 80-2 CPP förmlich zu der Vernehmung geladen *und* verfügt er dort über anwaltlichen Beistand, so schließt sich (bis zum Gesetz vom 27.5.2014: ohne weitere Belehrungen;³⁶⁵ seither: nach Belehrung über sein Recht, Erklärungen abzugeben, die ihm gestellten Fragen zu beantworten oder zu schweigen) unmittelbar die Vernehmung an, da die in der förmlichen Ladung enthaltenen Unterrichtungen über den Tatvor-

³⁶² Zu weiteren potenziellen Beschleunigungsfaktoren siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 417, sowie bereits *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 279 und *Sessar*, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 204 ff.

³⁶³ Zur historischen Entwicklung siehe *Merle/Vitu*, Traité II, Rn. 506.

³⁶⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1757; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 712.

³⁶⁵ Crim. 4.6.2014, n° 14-81.120: Unterlassen der Schweigerechtsbelehrung nach alter Rechtslage nicht zu beanstanden; *Royer*, AJ Pén. 2014, 589 m.w.N.

wurf, über das Recht, einen Anwalt in Anspruch zu nehmen, und über die Tatsache, dass die förmliche Beschuldigung erst nach dem *interrogatoire de première comparution* erfolgen kann, für ausreichend erachtet werden, wenn er im Beisein eines Verteidigers erscheint (Abs. 4 n.F., sog. *circuit court*). Anderenfalls ist der Betroffene über sein Recht auf die Hinzuziehung eines Wahlverteidigers oder auf die Inanspruchnahme eines von Amts wegen beizuordnenden Anwalts zu belehren sowie darüber, dass er das Recht hat, Erklärungen abzugeben, die ihm gestellten Fragen zu beantworten oder zu schweigen; das Einverständnis zur Befragung kann nur im Beisein eines Anwalts gegeben werden (Abs. 5 n.F., sog. *circuit long*).³⁶⁶ Eine unmittelbare Vernehmung (*interrogatoire immédiat*) oder Gegenüberstellung ist jedoch ungeachtet der Vorgaben des Art. 116 CPP zulässig bei einer *urgence*, die sich entweder aus der Lebensgefahr eines Zeugen oder dem unmittelbar drohenden Verlust von Beweiselementen ergeben kann, sowie dann, wenn sich Staatsanwalt und Untersuchungsrichter anlässlich einer flagranten Straftat vor Ort befinden und sogleich die Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung veranlassen (Art. 72,³⁶⁷ 117 CPP).³⁶⁸

Der Durchführung eines *interrogatoire de première comparution* gemäß Art. 116 CPP bedarf es nicht, wenn der Betroffene bereits zuvor – zu einem Zeitpunkt, in dem keine schweren und überstimmenden Verdachtsmomente gegen ihn vorlagen (Art. 105 CPP) – in der Eigenschaft als *témoïn assisté* (siehe Art. 113-1 f. CPP) vom Untersuchungsrichter angehört wurde. Bei dieser Anhörung ist der Verdächtige im Anschluss an die Bekanntgabe des staatsanwaltschaftlichen Antrags auf die Einleitung einer gerichtlichen Voruntersuchung über seine Rechte zu unterrichten (Art. 113-4 Abs. 1, 113-3 CPP): das Recht auf Inanspruchnahme eines Verteidigers, der vorab über die Vernehmungen zu informieren ist und Zugang zu den Verfahrensakten hat (Art. 113-3 Abs. 1 i.V.m. Art. 114 CPP); das Recht auf eine Gegenüberstellung mit Belastungszeugen (Art. 113-2 Abs. 2 i.V.m. Art. 82-1 CPP); das Recht, Nichtigkeitsklagen gemäß Art. 173 CPP zu erheben. Während eine über die Bekanntgabe des *réquisitoire introductif* hinausgehende Belehrung über den Tatvorwurf bzw. die konkreten Verdachtsmomente bis heute nicht stattfindet, hat das Richtlinien-Umsetzungsgesetz vom 27.5.2014 immerhin einen Hinweis auf das Schweigerecht (*droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui*

³⁶⁶ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 103.41 ff.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1756, 1758 f.

³⁶⁷ Die Vernehmung als solche braucht in diesem Fall jedoch nicht am Tatort zu erfolgen, *Renucci*, CPP, Art. 117 Rn. 3 m.w.N.; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 103.102.

³⁶⁸ Zum abschließenden Charakter Crim. 15.3.1973, Bull. n° 134; zur Unverzichtbarkeit der Mitteilung über die zur Last gelegte Tat Crim. 20.4.1972, Bull. n° 136; zur äußerst seltenen Inanspruchnahme dieser Notkompetenz in der Praxis siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1762 sowie *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 103.103.

sont posées ou de se taire) mit aufgenommen.³⁶⁹ Soll der „unterstützte Zeuge“ im weiteren Verlauf des Verfahrens förmlich beschuldigt werden,³⁷⁰ so wird ihm die *mise en examen* entweder im Rahmen einer erneuten untersuchungsrichterlichen Vernehmung oder durch eingeschriebenen Brief eröffnet (Art. 113-8 CPP).

Die förmliche Beschuldigung als solche ist ihrerseits und in sämtlichen o.g. Fällen mit zahlreichen weiteren Belehrungen verbunden (Art. 116 Abs. 6–9, 113-8 Abs. 1–3 CPP). So ist auf etwaige *Änderungen* in der tatsächlichen oder rechtlichen Bewertung der Tat hinzuweisen; eine schriftliche oder mündliche Begründung des Tatverdachts findet jedoch *nicht* statt. Im Übrigen haben die gesetzlich vorgeschriebenen Unterrichtungen insbesondere die Einwirkungsmöglichkeiten des Beschuldigten auf das Verfahren zum Gegenstand, namentlich das Recht, die in Art. 81, 82-1, 82-2, 156 CPP genannten Ermittlungshandlungen zu beantragen sowie Nichtigkeitsklagen gemäß Art. 173 CPP zu erheben (Art. 116 Abs. 8 CPP). Außerdem ist über die voraussichtliche Dauer der gerichtlichen Voruntersuchung zu informieren und über das Recht, nach Ablauf von einem Jahr bzw. 18 Monaten den Abschluss des Verfahrens zu beantragen (Art. 116 Abs. 9 CPP). Wurde die förmliche Beschuldigung gegenüber dem unterstützten Zeugen lediglich schriftlich im Wege eines eingeschriebenen Briefs angeordnet und mitgeteilt, so ist er außerdem über sein Recht auf die Durchführung einer erneuten Vernehmung durch den Untersuchungsrichter in Kenntnis zu setzen (Art. 113-8 Abs. 4 CPP).

Ein Recht auf Akteneinsicht steht dem Anwalt des Verdächtigen zu, sobald dieser den Status eines *témoin assisté* hat (Art. 113-3 i.V.m. Art. 114 CPP), förmlich zum *interrogatoire de première comparution* geladen wird (Art. 80-2 Abs. 3 i.V.m. Art. 114 CPP) oder – ohne eine solche Ladung – zu diesem Zweck vor dem Untersuchungsrichter erscheint (Art. 116 Abs. 5 Satz 4 CPP, siehe unten 3.d.). Solange das Prozessgericht nicht mit der Sache befasst war, hatte der Beschuldigte selbst bislang keinen Anspruch auf Akteneinsicht;³⁷¹ das Gesetz gestattete es dem zur Einsichtnahme berechtigten Verteidiger seit dem Gesetz vom 30.12.1996 lediglich, ihm Kopien zur Verfügung zu stellen (Art. 114 Abs. 7 CPP).³⁷² Seit 2014 hat der nicht anwaltlich vertretene förmlich Beschuldigte nunmehr aber auch einen eigenen Anspruch auf Zurverfügungstellung einer Abschrift der Verfahrensakte (siehe unten d.).

³⁶⁹ *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 103.52; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1786.

³⁷⁰ Da dem Richter bei Vorliegen schwerer oder übereinstimmender Verdachtsmomente ein Wahlrecht zwischen beiden Instituten zusteht, ist die nachträgliche *mise en examen* ohne Weiteres auch dann möglich, wenn in der Zwischenzeit keine neuen Verdachtsmomente hinzugekommen sind, siehe *Crim.* 29.3.2006, *Bull.* n° 99; 13.9.2011, *Bull.* n° 176.

³⁷¹ *Crim.* 22.1.2002, n° 00-82.215; 8.9.2009, n° 09-86.298; zur Verfassungskonformität *Crim.* 7.6.2011, n° 10-85.076; krit. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 448; 1827.

³⁷² Vorher war eine entsprechende Überlassung wegen des geheimen Charakters des Ermittlungsverfahrens (*secret de l'instruction*) – jedenfalls im Zeitraum vor der Befassung des Prozessgerichts, *Crim.* 12.6.1996, *Bull.* n° 248 – verboten, *Cass., Ass. plén.* 30.6.1995, *Bull.* n° 3; 26.6.1995, *Bull.* n° 235.

b) Bei der Haftanordnung

Bei der Mitteilung (*lors de la notification*) der Haftanordnung ist dem Betroffenen seit 2014 – unabhängig vom Verfahrensstadium – eine *déclaration des droits* gemäß Art. 803-6 CPP auszuhändigen.³⁷³ Im Übrigen ist wie folgt zu unterscheiden.

aa) Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung

Der zum Zwecke der Haftanordnung angerufene Grundrechte- und Haftrichter (Art. 145 CPP) teilt dem Beschuldigten, dem zuvor Gelegenheit zu einer Stellungnahme gegeben werden kann,³⁷⁴ mit, ob er die Anordnung einer *détention provisoire* beabsichtigt (Abs. 2). Ist dies der Fall, so informiert er ihn darüber, dass die Entscheidung erst nach Durchführung einer kontradiktorischen Debatte ergehen kann und dass er das Recht hat, eine Vorbereitungsfrist für seine Verteidigung zu beanspruchen (Abs. 4).³⁷⁵ Hat der Betroffene keinen anwaltlichen Beistand, so ist er darüber zu informieren, dass er in der Verhandlung durch einen Anwalt seiner Wahl oder einen Pflichtverteidiger verteidigt wird (Abs. 5). Bevor der Beschuldigte bzw. sein Verteidiger bei der kontradiktorischen Debatte intervenieren, hat der Staatsanwalt zunächst seine anhand der Vorschriften des Art. 144 CPP begründeten Anträge (Art. 145 Abs. 6 i.V.m. Art. 82 Abs. 3 CPP) vorzutragen.

bb) Im Rahmen der comparution immédiate und im CRPC-Verfahren

Der Durchführung einer *comparution immédiate* geht zwingend, dem CRPC-Verfahren möglicherweise eine Vorführung (*déferement*) vor den Staatsanwalt voraus (vgl. Art. 393, 495-7 CPP), die ihrerseits in aller Regel in unmittelbarem Anschluss an die Polizeihaft erfolgt. Der in Art. 393 CPP geregelte Vorführtermin wurde 2014 tiefgreifend umgestaltet:

In der Vergangenheit eröffnete der Staatsanwalt der vorgeführten Person nach der Feststellung ihrer Identität den ihr zur Last gelegten Sachverhalt und nahm sodann ihre Erklärungen auf, wenn sie dies wünschte (Abs. 1 a.F.). Erst anschließend wurde die Person über ihr Recht belehrt, den Beistand eines selbstgewählten oder vom Vorsitzenden der Anwaltskammer beizuordnenden Verteidigers in Anspruch

³⁷³ Zum Inhalt siehe oben II.D.1.a. Nach Crim. 14.10.2014, n° 14-85.555 ist die Aushängung im Anschluss an die Haftverlängerungsentscheidung entbehrlich. In einem *obiter dictum* stellte das Gericht außerdem fest, dass die Nichtaushändigung im Anschluss an die Haftanordnung die Rechtmäßigkeit der Haftentscheidung selbst unberührt lässt.

³⁷⁴ Zur Möglichkeit einer *discussion informelle* siehe *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 143.61.

³⁷⁵ Im Schrifttum wird gefordert, dass dabei zugleich auf die Gefahr einer *incarcération provisoire* hingewiesen wird, *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 143.65.

zu nehmen (Abs. 2 a.F.), der auf der Stelle in die Verfahrensakte Einsicht nehmen und frei mit dem Betroffenen kommunizieren konnte (Abs. 3 a.F.). Die Vorschriften waren verfassungskonform dahingehend auszulegen, dass über die Beschränkung auf die (passive) Entgegennahme von Erklärungen hinaus, welche eine aktive Befragung verhinderte, etwaig aufgenommene Erklärungen sich nicht auf den Sachverhalt beziehen durften, der den Gegenstand des Verfahrens bildete.³⁷⁶

Die mit Gesetz vom 27.5.2014 erfolgte Neufassung von Art. 393 CPP hat eine weitreichende Aufwertung der Rechtsstellung des vorgeführten Verdächtigen mit sich gebracht. Nach der Feststellung seiner Identität und der Mitteilung des ihm zur Last gelegten Sachverhalts und dessen rechtlicher Einordnung ist dieser nunmehr umgehend über sein Recht auf (sofortige) Hinzuziehung eines Verteidigers seiner Wahl oder eines unmittelbar vom *bâtonnier* von Amts wegen zu bestellenden Anwalts zu unterrichten (Abs. 2 n.F.). Sowohl der Anwalt als auch der nicht anwaltlich vertretene Verdächtige können auf der Stelle Einsicht in die Verfahrensakte nehmen (Abs. 3 n.F.). Anschließend belehrt der Staatsanwalt die vorgeführte Person über ihr Schweigerecht und nimmt sodann ggf. ihre Erklärungen auf bzw. vernimmt sie. Auf Grundlage dieser kontradiktorischen Verhandlung trifft der Staatsanwalt schließlich die Entscheidung über das weitere Prozedere (Abs. 4 n.F.).

Wird das Verfahren der *comparution immédiate* gewählt und soll die Haft angeordnet werden, weil das Prozessgericht nicht am selben Tage zusammentreten kann (Art. 396 CPP) oder weil es die Verhandlung vertagt (Art. 397-3 CPP), so sind – abgesehen von dem bei Verhandlungsbeginn zu erteilenden Hinweis auf das Recht, eine solche Vertagung zu beantragen (Art. 397 Abs. 1 Satz 2 CPP) – keine weiteren Unterrichtungen vorgesehen (vgl. Art. 395 ff. CPP). Im Rahmen des CRPC-Verfahrens ist der Betroffene ebenfalls lediglich darüber zu informieren, dass die für die Annahme des Strafvorschlags des Staatsanwalts zwingend vorgeschriebene Verteidigerintervention auf eigene Kosten geschieht, sofern die Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe nicht vorliegen, und dass er vor der Erklärung zu dem Strafvorschlag eine Bedenkzeit in Anspruch nehmen kann (Art. 495-8 Abs. 4–5 CPP). Immerhin ist dem Angeklagten seit der Neufassung von Art. 406 CPP durch das Gesetz vom 27.5.2014 zu Beginn der eigentlichen Gerichtsverhandlung nicht mehr nur der Inhalt der Anklageschrift zu eröffnen, sondern er ist auch über sein Schweigerecht zu belehren.³⁷⁷

c) Während der Freiheitsentziehung

Mit der Loi pénitentiaire von 2009 wurde der während der Freiheitsentziehung bestehende Informationsanspruch gesetzlich festgeschrieben. Ihr Art. 23 verlangt, dass jede festgehaltene Person bei ihrer Ankunft in der Haftanstalt sowohl in

³⁷⁶ C. const. 6.5.2011, n° 2011-125 QPC.

³⁷⁷ *Allain*, AJ Pén. 2014, 261.

mündlicher Form und einer ihr verständlichen Sprache als auch schriftlich durch die Aushändigung einer „Empfangsbroschüre“ (*livret d'accueil*)³⁷⁸ über die für ihr jeweiliges Haftregime maßgeblichen Vorschriften, ihre Rechte und Pflichten sowie die ihr zustehenden Rechtsbehelfe und Anträge zu unterrichten ist (Satz 1). Die in der Haftanstalt geltenden Regeln sind ihr gleichfalls zur Kenntnis zu bringen und müssen während der Dauer der Haft zugänglich bleiben (Satz 2). Art. 24 schreibt außerdem vor, dass alle festgehaltenen Personen ihre Rechte kennen und deshalb in den Genuss kostenfreier juristischer Beratungen kommen müssen, die in jeder Haftanstalt einzurichten sind (siehe Art. R. 57-6-21 f. CPP).³⁷⁹ Gemäß Art. R. 57-6-2 CPP hat jeder Häftling Zugang zu den Gefängnisakten, denen der Grund der Haft zu entnehmen ist. Des Weiteren besteht ein allgemeiner Anspruch auf Informationszugang, der alle schriftlichen und audiovisuellen Publikationen umfasst, von der Verwaltungsbehörde jedoch im Hinblick auf bestimmte gefährliche oder beleidigende Inhalte eingeschränkt werden kann (Art. 43 Loi pénitentiaire; Art. R. 57-9-8 CPP). Im Zusammenhang mit haftverschärfenden Einzelmaßnahmen, etwa einer verfahrenssichernden Isolationshaft (Art. 145-4-1 CPP), sind auf untergesetzlicher Ebene entsprechende Mitteilungspflichten vorgesehen (siehe Art. R. 57-5-7 CPP).

d) Akteneinsichtsrecht

Unabhängig von der Freiheitsentziehung steht dem Angeklagten seit 1996 ein eigener, von der Zwischenschaltung eines Anwalts losgelöster Anspruch auf Akteneinsicht zu, sobald das Prozessgericht mit der Sache befasst ist (*stade du jugement*).³⁸⁰ Ab Prozessbeginn hat er seitdem das Recht, kostenlos eine Abschrift aller Aktenbestandteile anzufordern (Art. 279 CPP, neugefasst durch Gesetz vom 27.5.2014: *copies des pièces du dossier*; Art. R. 154 f., 165 CPP). Angesichts der erheblichen Durchschnittsdauer der gerichtlichen Voruntersuchung kam dieses eigene Recht für eine wirksame Verteidigung gegen die Haft freilich in aller Regel zu spät. Der Betroffene war deshalb nach wie vor sehr stark auf das Akteneinsichtsrecht seines Verteidigers angewiesen.

Diesem Mangel hat das Richtlinien-Umsetzungsgesetz von 2014 abgeholfen. Seither erhält der Beschuldigte bereits im Vorfeld des Prozessbeginns unmittelbar Einsicht in die (Art. 393 CPP) bzw. Abschriften aus der (Art. 114, 388-4 CPP) Verfahrensakte: In der gerichtlichen Voruntersuchung ab dem Zeitpunkt der förmlichen

³⁷⁸ Siehe Ministère de la Justice, Droits et devoirs de la personne détenue.

³⁷⁹ Entsprechende Anlaufstellen (*points d'accès au droit*) existierten bereits seit 2000 in einigen Haftanstalten, siehe Herzog-Evans, Droit pénitentiaire, Rn. 202.13.

³⁸⁰ Crim. 12.6.1996, Bull. n° 248 und 2.10.1996, Bull. n° 343; Art. 6 Abs. 3 EMRK; vgl. Art. 279 f. CPP sowie den inzwischen neugefassten Art. R. 155 Nr. 2 Satz 2 CPP (Entbehrlichkeit einer staatsanwaltshaftlichen Genehmigung); siehe zum Ganzen *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 449, 527.

Beschuldigung bzw. der Einräumung des Status als *témoin assisté* (Art. 113-3 Abs. 1, 114 CPP n.F.: „copie de tout ou partie des pièces et actes du dossier“); in Verfahren ohne *instruction* ab Anklageerhebung (Art. 388-4, 390-2 CPP: „copies des pièces du dossier“) bzw. Vorführung vor den Staatsanwalt (Art. 393 CPP). Vor der Anklageerhebung, also in den Fällen der Art. 113-3, 114 und 393 CPP, steht dieses eigene Recht allerdings nur dem nicht anwaltlich vertretenen Beschuldigten zu.³⁸¹

Für die Modalitäten der Zurverfügungstellung der Kopien an inhaftierte Beschuldigte verweist Art. 114 Abs. 10 CPP auf ein Dekret. Da in der gerichtlichen Voruntersuchung im Übrigen, insbesondere im Hinblick auf das dem Untersuchungsrichter zustehende Widerspruchsrecht, dieselben Bestimmungen gelten, die schon bisher (und auch weiterhin) für die Überlassung von Kopien durch den Verteidiger an seinen Mandanten maßgeblich waren (und sind), sei insofern auf die Ausführungen zum anwaltlichen Akteneinsichts- und -überlassungsrecht nach Art. 114 CPP verwiesen (unten 3.d.).

2. Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt

a) Benachrichtigungsrecht

Bei der Ankunft in der Haftanstalt muss dem Beschuldigten umgehend die Gelegenheit zur Benachrichtigung seiner Familie gegeben werden. Bislang fand auch eine Benachrichtigung auf eigene Initiative der Gefängnisleitung statt, wenn der Betroffene minderjährig war (ex-Art. D. 284 Abs. 3 CPP),³⁸² der anstelle dieser Vorschrift getretene Art. 2 der Muster-Anstaltsordnung von 2013 schweigt hierzu. Ausweislich der ministeriellen Anwendungsrichtlinien zur *Loi pénitentiaire* steht jedem Häftling zu Beginn der Haft ein Gratis-Telefonguthaben zur Benachrichtigung einer Person seiner Wahl zu, worauf – insbesondere im Wege von Aushängen – hinzuweisen ist. Die Gefängnisverwaltung muss alle erforderlichen Vorkehrungen treffen, damit dieses Telefonat in den ersten zwölf Stunden nach der Ankunft angeboten werden kann. Im Einklang mit Art. 39 *Loi pénitentiaire* (siehe sogleich b.bb.) steht das Telefonat jedoch unter dem Vorbehalt der vorherigen Genehmigung des zuständigen *magistrat*, in der Regel also des Untersuchungsrichters.³⁸³

³⁸¹ *Vergès*, *Dr. pén.* 2014, *Etude n° 15*, Rn. 7 ff.

³⁸² *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 202.34; 432.132.

³⁸³ Siehe zum Ganzen *Ziff. 2.2.1* des *Circulaire* vom 9.6.2011 betreffend die Anwendung der Art. 4, 39 und 40 *Loi pénitentiaire*.

b) Sonstige Rechte auf Kontakt zur Außenwelt

Zur Wahrnehmung seiner Verteidigung müssen dem inhaftierten Beschuldigten jede Kommunikation und alle mit der Anstaltssicherheit verträglichen Einrichtungen gewährt werden (Art. 715-1 CPP, eingefügt durch die Loi pénitentiaire). Abgesehen von der ausnahmsweisen (*à titre exceptionnel*) Möglichkeit der Gewährung einer Ausgangserlaubnis unter Eskorte durch den Untersuchungsrichter bzw. das Prozessgericht (Art. 148-5 CPP),³⁸⁴ manifestiert sich die Gewährleistung des Kontakts nach außen während der Dauer der *détention provisoire* im Wesentlichen in dem Besuchsrecht und der Berechtigung zum Post- und Telefonverkehr. Neben den spezifischen Einschränkungen, denen diese beiden Kontaktrechte unterliegen, besteht die Möglichkeit der Verhängung eines umfassenden Kommunikationsverbots. Die Rechtsstellung des inhaftierten Beschuldigten ist daher insoweit – trotz der Unschuldsvermutung – insgesamt deutlich ungünstiger als die des Strafgefangenen.³⁸⁵ Keine dieser Einschränkungen und keines dieser Verbote darf jedoch das Recht auf vertraulichen Umgang mit dem Verteidiger tangieren (siehe unten 3.c.).

aa) Besuchsrecht

Grundsätzlich darf jede in *détention provisoire* befindliche Person mit Erlaubnis des Untersuchungsrichters mindestens dreimal pro Woche am Ort seiner Haft von Familienangehörigen und anderen Personen Besuch empfangen (Art. 35 Abs. 1 Satz 2 Loi pénitentiaire; Art. 145-4 Abs. 2–4 CPP). Nach Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung kann eine Familienzusammenführung (*rapprochement familial*) gewährt werden (Art. 34 Loi pénitentiaire i.V.m. Art. R. 57-8-7 CPP).³⁸⁶ Die einmal erteilte Besuchserlaubnis bleibt grundsätzlich bis zur Rechtskraft einer etwaigen Verurteilung wirksam (Art. R. 57-8-8 Abs. 2, Art. D. 403 CPP); Einzelheiten zu den Besuchsmodalitäten regeln die Art. R. 57-8-8 ff., Art. D. 403 ff. CPP, ein ministerielles Rundschreiben vom 20.2.2012 sowie Kapitel VII (Art. 26 ff.) der Muster-Anstaltsordnung von 2013.

³⁸⁴ Siehe dazu *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 148.24. Die Vorschrift gilt ausdrücklich auch außerhalb der *instruction* („en toute matière et en tout état de la procédure“). Die Ablehnung eines entsprechenden Antrags stellt eine nicht rechtsmittelfähige Maßnahme der Justizverwaltung (*mesure d'administration judiciaire*) dar, Crim. 22.7.1997, Bull. n° 278.

³⁸⁵ Vgl. *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 431.16, 432.32, 441.11, 441.33, 441.41.

³⁸⁶ Im Gegensatz zu Art. 34 Loi pénitentiaire, der ausweislich seines Wortlauts nur in Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung anwendbar ist, gilt Art. 35 Loi pénitentiaire für *alle* in *détention provisoire* befindlichen Personen. Entsprechendes ist im Hinblick auf Art. 145-4 Abs. 2–4 CPP anzunehmen, da darin – anders als in Abs. 1 der Vorschrift – nicht von der „personne mise en examen [...] placée en détention provisoire“ die Rede ist, sondern allgemeiner von „toute personne placée en détention provisoire“.

Während bei rechtskräftig Verurteilten die Verweigerung der Besuchserlaubnis nur auf die Aufrechterhaltung der guten Ordnung und Sicherheit oder auf die Vorbeugung von Straftaten sowie gegenüber Nicht-Familienmitgliedern auf die befürchtete Behinderung der Wiedereingliederung gestützt werden kann (Art. 35 Abs. 2–3 *Loi pénitentiaire*), verhält sich das Gesetz bei der *détention provisoire* nicht zu den Ablehnungsgründen.³⁸⁷ Fest steht immerhin, dass anders als bei Strafgefangenen nicht die Verwaltungsbehörde, sondern die *autorité judiciaire* zuständig ist (Art. 35 Abs. 4 *Loi pénitentiaire*),³⁸⁸ und dass nach Ablauf eines Monats ab Haftantritt die Ablehnung gegenüber einem Familienmitglied der Schriftform bedarf, im Hinblick auf die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ – also nach eigenem Ermessen – zu begründen ist und ein Rechtsbehelf zum Vorsitzenden der Untersuchungskammer besteht (Art. 145-4 Abs. 3, 4 CPP). Im Umkehrschluss scheint die Ablehnung einer Besuchserlaubnis vor Ablauf eines Monats bzw. gegenüber Nicht-Familienmitgliedern auch unabhängig von den *nécessités de l'instruction* zulässig und keiner gerichtlichen Kontrolle zugänglich zu sein.³⁸⁹ Immerhin besteht ein generelles Begründungserfordernis nach Art. 35 Abs. 5 *Loi pénitentiaire*.

bb) Post- und Telefonverkehr

Alle Häftlinge haben das Recht, mit ihrer Familie und bei entsprechender Bewilligung zur Vorbereitung ihrer gesellschaftlichen Wiedereingliederung auch mit anderen Personen zu telefonieren (Art. 39 Abs. 1 Satz 1, 2 *Loi pénitentiaire*). Für Personen, die sich in *détention provisoire* befinden, existiert dieses Recht erst seit der *Loi pénitentiaire* aus 2009 und steht unter dem Vorbehalt einer Erlaubnis der *autorité judiciaire* (Satz 3).³⁹⁰ Ihnen gegenüber kann der Zugang zum Telefon nicht nur zwecks Aufrechterhaltung der guten Ordnung und der Sicherheit oder zur Vorbeugung von Straftaten versagt werden, sondern auch wegen der „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ – also nach untersuchungsrichterlichem Ermessen (Abs. 2 i.V.m. Art. R. 57-8-21 f. CPP).³⁹¹ Immerhin besteht bei der Ablehnung im Hinblick auf Familienmitglieder eine Begründungspflicht (Art. R. 57-8-21 Abs. 5 CPP). Die für das Abhören, Aufzeichnen und die Unterbrechung von Telefon-

³⁸⁷ Auch das *Circulaire* vom 20.2.2012 gibt insofern keinen Aufschluss (vgl. Ziff. 2-1). Krit. *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 441.11, 441.33, 441.41.

³⁸⁸ Zur Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs CE 15.4.2011, n° 346.213.

³⁸⁹ Krit. *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 441.32 f.; vgl. auch *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 148.23. Zum (weiten) Begriff des Familienangehörigen, der auch Lebensgefährten umfasst, siehe Ziff. 1-1 des *Circulaire* vom 20.2.2012.

³⁹⁰ Zu dem bis 2009 gänzlich fehlenden Zugang des Untersuchungshäftlings zu einem Telefon siehe *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 432.32 ff.

³⁹¹ Krit. zu diesen vagen Kriterien, die einen weiten Beurteilungsspielraum einräumen, *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 432.63: Unvereinbarkeit mit Art. 8 Abs. 2 EMRK.

gesprächen bestehenden Möglichkeiten und Grenzen sind in Art. 727-1 CPP (Art. 39 Abs. 3 Loi pénitentiaire) geregelt.³⁹²

Grundsätzlich dürfen Häftlinge jederzeit und unbegrenzt mit allen Personen ihrer Wahl Schriftverkehr unterhalten (Art. 40 Abs. 1 Loi pénitentiaire, Art. R. 57-8-16 CPP). Liegt der Freiheitsentziehung keine rechtskräftige Verurteilung zugrunde, so besteht jedoch die Möglichkeit von Einschränkungen durch die *autorité judiciaire* (Art. 40 Abs. 1 Loi pénitentiaire). Solche müssen dem Betroffenen zwar mitgeteilt werden (Art. R. 57-8-16 Abs. 3, R. 57-8-17, R. 57-8-19 CPP), sie sind jedoch weder vom Untersuchungsrichter zu begründen noch gerichtlich anfechtbar.³⁹³ Ein Ausschluss des Rechts auf Korrespondenz kann sich gegen einen oder mehrere Adressaten oder aber generell gegen jede Form des Briefverkehrs richten (Art. R. 57-8-16 Abs. 2 CPP).³⁹⁴ Unabhängig davon werden dem für das Verfahren zuständigen *magistrat* alle ein- und ausgehenden Briefe zugeleitet, sofern er nicht anderweitig verfügt hat. Zurückgehaltene Post ist aufzubewahren und bei der Freilassung auszuhändigen (Art. R. 57-8-19 Abs. 2 CPP).

Einzelheiten regeln die Anwendungsrichtlinien in dem Circulaire vom 9.6.2011 sowie Kapitel VII (Art. 26 ff.) der Muster-Anstaltsordnung von 2013.

cc) Kommunikationsverbot

Im Gegensatz zur Isolationshaft (*isolement*, siehe oben C.1.a.bb.), die eine Trennung des Gefangenen von seinen Mithäftlingen anstrebt und seine Kommunikationsmöglichkeiten nach außen unberührt lässt (Art. R. 57-5-8 i.V.m. Art. R. 57-7-62 CPP), zielt das in Art. 145-4 Abs. 1, Art. D. 56 CPP vorgesehene Kommunikationsverbot (*interdiction de communiquer*) darauf ab, gerade den Kontakt mit der Außenwelt zu unterbinden, wohingegen der Verkehr mit den Mithäftlingen grundsätzlich nicht betroffen ist.³⁹⁵ Allerdings sieht Art. D. 58 CPP vor, dass in Haftanstalten, in denen wegen zeitweiser Überbelegung das Prinzip der Einzelunterbringung nicht auf alle Häftlinge angewendet werden kann, nicht nur diejenigen Häftlinge vorrangig in Einzelzellen unterzubringen sind, denen gegenüber ein *isolement judiciaire* angeordnet wurde, sondern auch solche, die einem Kommunika-

³⁹² Kontrolle der Gefängnisverwaltung durch den Staatsanwalt; vorherige Information des Häftlings und seines Gesprächspartners über die Möglichkeit entsprechender Maßnahmen; Unanwendbarkeit dieser Befugnisse gegenüber dem Rechtsanwalt des Betroffenen; Löschung nach drei Monaten, wenn keine Weiterleitung an die Justiz erfolgt ist. Bis zum Gesetz vom 5.3.2007 erfolgten diese Maßnahmen ohne gesetzliche Grundlage.

³⁹³ Krit. *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 431.13, 431.16.

³⁹⁴ Ausgenommen sind Geistliche und bestimmte, per Dekret bezeichnete Stellen (*correspondances spécialement protégées*, Art. 40 Abs. 3 Loi pénitentiaire, Art. R. 57-8-20 CPP).

³⁹⁵ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2725; *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 431.21 f.

tionsverbot unterliegen. Zuständig für die Anordnung des Kommunikationsverbots ist der Untersuchungsrichter (Art. 145-4 Abs. 1 Satz 1 CPP). Seine Dauer darf zehn Tage nicht überschreiten, es kann jedoch einmalig für eine weitere Dauer von zehn Tagen verlängert werden, also insgesamt maximal 20 Tage betragen (Satz 2). Das Recht auf vertrauliche Kommunikation mit dem Verteidiger bleibt von ihm unberührt (Satz 3). Der Umstand, dass das Gesetz sich in Abs. 1 – anders als in Abs. 2 bis 4 – nicht auf „toute personne placée en détention provisoire“ bezieht, sondern nur von der „personne mise en examen“ die Rede ist, spricht gegen die Anwendbarkeit des Kommunikationsverbots in anderen Verfahrensabschnitten als der gerichtlichen Voruntersuchung.

3. Recht auf anwaltlichen Beistand

a) Im Zusammenhang mit der Entscheidung über die förmliche Beschuldigung

Wird in der gerichtlichen Voruntersuchung eine förmliche Beschuldigung beabsichtigt und ist die Person nicht zuvor bereits als *témoin assisté* gehört worden, so richtet sich die erste untersuchungsrichterliche Vernehmung nach Art. 116 CPP. Im Hinblick auf die Modalitäten der Inanspruchnahme eines Verteidigerbeistands ist in diesem Kontext danach zu differenzieren, ob dem *interrogatoire de première comparution* eine förmliche Ladung (Art. 80-2 CPP) zugrunde liegt. Ist dies der Fall, so steht dem Verdächtigen bereits ab Erhalt der Ladung das Recht zu, einen Anwalt zu wählen oder eine Bestellung von Amts wegen zu veranlassen. Die entsprechende Erklärung ist in beiden Fällen an die Geschäftsstelle des Untersuchungsrichters zu adressieren; die Ladung des Anwalts und das anwaltliche Akteneinsichtsrecht bestimmen sich sodann nach der allgemeinen Regelung in Art. 114 CPP.³⁹⁶

Hat hingegen keine förmliche Ladung stattgefunden, so kann der Betroffene sein Recht, einen Verteidiger zu wählen oder von Amts wegen bestellen zu lassen, direkt vor dem Untersuchungsrichter ausüben (Art. 116 Abs. 5 CPP). Der gewählte Verteidiger bzw. der Vorsitzende der Anwaltskammer, der die Beiordnung von Amts wegen veranlasst, sind unverzüglich und mit allen Mitteln (*par tout moyen*) zu benachrichtigen (Satz 2). Ist der Wahlverteidiger nicht erreichbar oder außerstande, sich vor Ort zu begeben, so kann der Verdächtige verlangen, dass ihm speziell für dieses erste Erscheinen vor dem Untersuchungsrichter ein von Amts wegen zu bestellender Verteidiger beigeordnet wird (Satz 3). Der Verteidiger kann auf der Stelle (*sur-le-champ*) Einsicht in die Verfahrensakten nehmen und frei mit der Person kommunizieren (Satz 4).³⁹⁷ Anders als bei dem Verfahren mit vorangegangener förmlicher Ladung (Art. 80-2 CPP), wo im Fall der Anwesenheit des Verteidigers bis zum Gesetz vom 27.5.2014 sofort nach der Identitätsfeststellung mit der

³⁹⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1755; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 711.

³⁹⁷ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 103.51.

Vernehmung begonnen werden konnte (Art. 116 Abs. 3 CPP a.F.),³⁹⁸ war hier auch schon vor 2014 eine vorherige Schweigerechtsbelehrung erforderlich (Art. 116 Abs. 4 CPP a.F.); das Einverständnis mit der Vernehmung kann wie nach bisheriger Rechtslage nur im Beisein eines Anwalts erklärt werden (Art. 116 Abs. 5 Satz 7 CPP). Unabhängig davon, ob der *circuit court* (Art. 116 Abs. 4 i.V.m. Art. 80-2 CPP) oder der *circuit long* (Art. 116 Abs. 5 CPP) gewählt wird, hat der Anwalt das Recht, eine Stellungnahme vor dem Untersuchungsrichter abzugeben (Art. 116 Abs. 4 Hs. 2, Abs. 5 Satz 8 CPP).³⁹⁹ Von ihm gestellte Fragen können vom Untersuchungsrichter zurückgewiesen werden, wenn sie geeignet erscheinen, den geordneten Ablauf der Untersuchung oder die Würde der Person zu beeinträchtigen (Art. 120 CPP).⁴⁰⁰ Die in Eilfällen bestehende Möglichkeit einer sofortigen Vernehmung (*interrogatoire immédiat*) nach Art. 117 CPP wurde bereits erörtert (siehe oben 1.a.). Die nachträgliche Verteidigerauswahl durch den förmlich Beschuldigten richtet sich nach Art. 115 CPP.⁴⁰¹

Für die Vernehmung als unterstützter Zeuge gelten hinsichtlich des Verteidigerbeistands die gleichen Grundsätze wie bei den weiteren Vernehmungen des förmlich Beschuldigten, da Art. 113-3 Abs. 1 Satz 1 CPP auf die insoweit maßgebliche Bestimmung des Art. 114 CPP verweist und in Satz 2 lediglich ergänzt, dass der Anwalt entweder vom *témoin assisté* gewählt oder auf seinen Antrag hin vom Vorsitzenden der Anwaltskammer bestimmt wird. Eine Anhörung, Vernehmung oder Gegenüberstellung des förmlich Beschuldigten sowie des unterstützten Zeugen ist danach nur im Beisein *oder* nach ordnungsgemäßer Ladung des Verteidigers zulässig, sofern hierauf nicht ausdrücklich verzichtet wird (Art. 114 Abs. 1 CPP).⁴⁰² Der Anwalt ist spätestens fünf Werktage vor der Vernehmung zu laden (Abs. 2).⁴⁰³ Sein Akteneinsichtsrecht richtet sich nach Abs. 3 bis 11, die mit Gesetz vom 27.5.2014 neu gefasst wurden (siehe unten d.).

³⁹⁸ Crim. 4.6.2014, n° 14-81.120; *Royer*, AJ Pén. 2014, 589 m.w.N.

³⁹⁹ Unterlässt es der Verteidiger, von sich aus von diesem Recht Gebrauch zu machen, so ist der Untersuchungsrichter nicht verpflichtet, ihn ausdrücklich darum zu ersuchen (Crim. 2.6.2010, Bull. n° 97); krit. *de Combles de Nayves*, AJ Pén. 2011, 85.

⁴⁰⁰ Siehe hierzu *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 111.61.

⁴⁰¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1830 ff.

⁴⁰² Der jederzeit widerrufliche Verzicht auf den Verteidigerbeistand kann auch vorab und ohne Anwalt erklärt werden, muss allerdings ausdrücklich erfolgen und erstreckt sich nicht auf andere Verfahrenshandlungen, *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 112.11, 112.71 m.w.N.

⁴⁰³ A.a.O., Rn. 112.51 ff., 112.81 ff.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2469; Crim. 27.11.2012, n° 12-86.085; 2.10.2013, Bull. n° 185; *Priou*, AJ Pén. 2014, 39 m.w.N.

b) Bei Entscheidungen über die Haftanordnung oder -verlängerung

aa) Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung

Durch die Beschränkung des Adressatenkreises der *détention provisoire* auf förmlich Beschuldigte ist sichergestellt, dass bereits im Vorfeld der eigentlichen Haftentscheidung die Möglichkeit bestanden hat, den Beistand eines – bei Bedarf von Amts wegen beizuordnenden – Anwalts in Anspruch zu nehmen (siehe oben a.).

Wird in unmittelbarem Anschluss an die förmliche Beschuldigung oder im weiteren Verlauf der gerichtlichen Voruntersuchung ein Haftantrag gestellt, so ist auch das Erscheinen des Verteidigers vor dem Grundrechte- und Haftrichter zu veranlassen, sofern ein solcher bereits bezeichnet ist (Art. 145 Abs. 1 CPP). Nachdem sich im Zuge der Aufarbeitung der *Outreau*-Affäre herausgestellt hatte, dass zu Unrecht Beschuldigte teils über Jahre hinweg in Haft waren, ohne dass bei der Anordnung der Maßnahme ein Anwalt zugegen war, ist dessen Anwesenheit bei dem *débat contradictoire* vor dem Grundrechte- und Haftrichter seit Gesetz vom 5.3.2007 zwingend vorgeschrieben, steht also nicht mehr zur Disposition des Betroffenen.⁴⁰⁴ Erscheint die Person ohne Anwalt und ist ein selbstgewählter Verteidiger entweder nicht erreichbar oder nicht vorhanden, so wird der *bâtonnier* umgehend zwecks Bestellung von Amts wegen verständigt (Abs. 5). Sowohl der Beschuldigte als auch sein Verteidiger können sodann – auf die Gefahr einer *incarcération provisoire* hin – eine Frist zur Vorbereitung der Verteidigung fordern (Abs. 7, 8, 10).

Für die kontradiktorische Debatte bzw. die mündliche Verhandlung im Vorfeld der Entscheidung über die Verlängerung der Haft⁴⁰⁵ verlangt das Gesetz zwar, anders als bei der erstmaligen Anordnung der Maßnahme (vgl. Art. 145 Abs. 1, 5 CPP), eine vorherige Ladung des Anwalts.⁴⁰⁶ Dessen tatsächliche Anwesenheit wird hier hingegen nicht zwingend vorausgesetzt, da ein Verweis auf Art. 145 Abs. 5 CPP fehlt.⁴⁰⁷ Nachdem das Gesetz insoweit keine Beiordnung von Amts wegen vorsieht, kann die Verhandlung hier auch ohne einen Verteidiger durchge-

⁴⁰⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2716; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 122.

⁴⁰⁵ Art. 145-1 Abs. 2 bzw. Art. 145-2 Abs. 1, 2 CPP: *débat contradictoire* (Art. 145 Abs. 6 CPP); Art. 145-1 Abs. 3 bzw. Art. 145-2 Abs. 3 CPP: *audience* (Art. 197 ff. CPP).

⁴⁰⁶ Art. 145-1 Abs. 2 bzw. Art. 145-2 Abs. 1, 2 CPP: spätestens fünf Werktage vorher (Art. 114 Abs. 2 CPP); Art. 145-1 Abs. 3 bzw. Art. 145-2 Abs. 3 CPP: spätestens 48 Stunden vorher (Art. 197 Abs. 1, 2 CPP). *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 144.21, betont die Wichtigkeit dieses Unterschieds im Vergleich zur erstmaligen Anordnung.

⁴⁰⁷ *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 184 m.w.N.; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 144.23; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2733 m.w.N.; Crim. 14.5.1996, Bull. n° 203.

führt werden, wenn dieser nur ordnungs-, insbesondere fristgemäß geladen wurde *oder* der Betroffene im Termin erklärt, auf anwaltlichen Beistand zu verzichten.⁴⁰⁸

Zu beachten ist weiterhin, dass sämtliche der bei dem *débat contradictoire* im Zusammenhang mit der Haftanordnung bzw. -verlängerung zu beobachtenden Vorschriften unter dem ungeschriebenen Vorbehalt stehen, dass ihrer Einhaltung keine unüberwindbaren Umstände (*circonstances insurmontables*) entgegenstehen.⁴⁰⁹ Da das Vorliegen solcher Umstände sogar die Abwesenheit des Beschuldigten und damit den Fortfall der kontradiktorischen Debatte rechtfertigen kann,⁴¹⁰ dürfte hier erst recht auch die für die Anordnung der Maßnahme seit 2007 eigentlich unerlässliche Verteidigerpräsenz ausnahmsweise entbehrlich sein.⁴¹¹

bb) Im Rahmen der *comparution immédiate* und im CRPC-Verfahren

Bis zum Gesetz vom 27.5.2014 hatte die dem Staatsanwalt vorgeführte Person erst dann das Recht auf den Beistand eines Anwalts ihrer Wahl oder eine Verteidigerbeordnung von Amts wegen, wenn der Staatsanwalt sich – *nach* der Identitätsfeststellung, der Eröffnung des zur Last gelegten Sachverhalts und der Aufnahme etwaiger auf Verlangen des Betroffenen hin abgegebener Erklärungen, welche sich nicht auf den dem Tatvorwurf zugrunde liegenden Sachverhalt beziehen durften⁴¹² – für die protokollarische Ladung zu einem späteren Gerichtstermin oder für das Verfahren der *comparution immédiate* entschied (Art. 393 Abs. 2 CPP a.F.). Nach neuer Rechtslage hat der Betroffene im Vorführtermin das Recht auf umgehende Hinzuziehung eines Verteidigers (Art. 393 Abs. 2 CPP n.F.). Dieser ist im Rahmen der kontradiktorischen Verhandlung dazu berechtigt, Anmerkungen abzugeben, die insbesondere die Ordnungsmäßigkeit des Verfahrens, die rechtliche Bewertung der Tat, den möglicherweise unzureichenden Stand der Ermittlungen und die Notwendigkeit, weitere Ermittlungshandlungen durchzuführen, zum Gegenstand haben können (Abs. 4 n.F.).

Bei den im Rahmen der *comparution immédiate* vorgesehenen Möglichkeiten zur Anordnung der *détention provisoire* (Art. 396, 397-3, 397-4 CPP) steht die Hinzuziehung eines selbstgewählten oder auf Verlangen von Amts wegen beizu-

⁴⁰⁸ Crim. 11.6.1992, Bull. n° 230; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 184.

⁴⁰⁹ *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 123 m.w.N.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1759.

⁴¹⁰ Crim. 25.10.2000, Bull. n° 314: unvorhergesehene Transportunfähigkeit des in stationärer Krankenhausbehandlung befindlichen Beschuldigten am letzten Tag der Verlängerungsfrist; 28.4.1998, Bull. n° 143: Unmöglichkeit der Herbeiführung des Beschuldigten aus der Haftanstalt wegen Straßensperrungen aufgrund sozialer Unruhen und Fristzwangs.

⁴¹¹ Vgl. (zur Rechtslage vor 2007) Crim. 11.7.1990, Bull. n° 282: Unmöglichkeit der Gewährleistung eines Verteidigerbeistands wegen der kollektiven Weigerung einer Anwaltskammer, Anwälte für die Pflichtverteidigung zur Verfügung zu stellen.

⁴¹² C. const. 6.5.2011, n° 2011-125 QPC.

ordnenden Anwalts im Belieben des Betroffenen, ist also fakultativ (vgl. Art. 393 Abs. 2, 417 CPP). Die Zustimmung zu einer sofortigen Urteilsfindung – die eine vorläufige Haft nach Art. 397-3 CPP hinfällig macht – kann hingegen nur im Beisein eines selbstgewählten oder vom Vorsitzenden der Anwaltskammer von Amts wegen bestellten Anwalts erklärt werden (Art. 397 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 CPP).

Im CRPC-Verfahren hingegen ist eine anwaltliche Intervention im Vorfeld der Haftentscheidung i.E. stets obligatorisch und unverzichtbar, da sowohl die Anerkennung des Tatvorwurfs als auch der Strafvorschlag des Staatsanwalts zwingend im Beisein eines ggf. von Amts wegen zu bestellenden Verteidigers erklärt werden müssen. Dieser kann auf der Stelle Einsicht in die Verfahrensakten nehmen. Außerdem ist vor der Erklärung des Beschuldigten zum Strafvorschlag die Möglichkeit eines vertraulichen Beratungsgesprächs unter Ausschluss des Staatsanwalts zu gewährleisten. Nach allgemeinen Grundsätzen hat der Betroffene die Kosten des Anwalts selbst zu tragen, sofern die Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe nicht vorliegen (Art. 495-8 Abs. 4, 5 CPP; siehe auch Art. 10 Abs. 1 der Loi n° 91-647 vom 10.7.1991). Verweigert er die Hinzuziehung eines Verteidigers, so ist das CRPC-Verfahren nicht anwendbar.⁴¹³

c) Während der Freiheitsentziehung

Die Berechtigung zur Hinzuziehung eines selbstgewählten oder von Amts wegen beizuordnenden Anwalts richtet sich nach den soeben dargelegten Prinzipien. Die grundsätzlich fakultative Inanspruchnahme eines Verteidigers ist im Zusammenhang mit der kontradiktorischen Debatte über die Haftanordnung (Art. 145 Abs. 5 CPP) und dem CRPC-Verfahren (Art. 495-8 Abs. 4 CPP) obligatorisch im Sinne von *unverzichtbar*.⁴¹⁴ Die von Amts wegen erfolgte Beiordnung eines Verteidigers bleibt dabei so lange wirksam, bis dieser vom Beschuldigten oder dem Vorsitzenden der Anwaltskammer durch einen anderen Verteidiger ersetzt wird.⁴¹⁵ Ob nachträglich ein vollständiger Verzicht auf die Dienste eines beigeordneten Verteidigers in Betracht kommt, wird soweit ersichtlich nicht diskutiert. Für eine solche Möglichkeit spricht der Umstand, dass jedenfalls die Auflösung des Mandatsverhältnisses mit dem Wahlverteidiger möglich sein muss, dass also ohnehin Fälle denkbar sind, in denen ein inhaftierter Beschuldigter keinen Verteidiger hat.

⁴¹³ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1244, 1247.

⁴¹⁴ Eine zwingende, i.S.v. unverzichtbare Pflichtverteidigung sieht das Gesetz im Ermittlungsverfahren ansonsten nur bei besonders schutzbedürftigen Personen (Minderjährige: Art. 10 Ordonnance vom 2.2.1945, Art. 706-50, 706-51-1 CPP; Art. 706-116 CPP: „majeurs protégés“) vor; siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1828. In der Hauptverhandlung vor dem Geschworenengericht (Verbrechen) ist der Verteidigerbeistand ebenfalls obligatorisch (Art. 274 CPP), vor dem Korrekionalgericht (Vergehen) dagegen nur, wenn der Angeklagte an einem Gebrechen leidet, das geeignet ist, seine Verteidigung zu beeinträchtigen (Art. 417 Abs. 4 CPP).

⁴¹⁵ Crim. 12.5.1999, Bull. n° 94.

Für die Ausübung seines Verteidigerauswahlrechts ist dem inhaftierten Beschuldigten der Zugang zu einer Liste mit den in der zuständigen Anwaltskammer eingeschriebenen Anwälten zu gewähren (Art. D. 66 Abs. 2 CPP). Dem der Gefängnisverwaltung zurechenbaren Personal ist es untersagt, direkt oder indirekt auf die in *détention provisoire* befindlichen Personen einzuwirken, um Einfluss auf ihre Verteidigungsmittel oder die Auswahl ihres Verteidigers zu nehmen (Art. D. 66 Abs. 1 CPP); die in jeder Haftanstalt einzurichtenden, kostenfreien juristischen Beratungsstellen (Art. 24 Loi pénitentiaire; *points d'accès au droit*) dürfen ebenfalls keine Auskünfte im Hinblick auf das konkrete Strafverfahren oder Angelegenheiten erteilen, mit denen bereits ein Anwalt befasst ist (Art. R. 57-6-22 CPP).

Anstelle der Mitteilung an den Untersuchungsrichter bzw. seinen Urkundsbeamten (Art. 115 Abs. 1, 2 CPP) kann die Verteidigerauswahl gegenüber der Gefängnisleitung erklärt werden, welche die Weiterleitung veranlasst (Abs. 3). Auch eine Anzeige auf dem Postweg ist zulässig; sie muss jedoch anschließend durch förmliche Erklärungen von Anwalt und Beschuldigtem bestätigt werden (Abs. 4).⁴¹⁶

Keine der weiter oben skizzierten Möglichkeiten, die Kommunikation des Beschuldigten nach außen ganz oder teilweise einzuschränken, ist auf den Kontakt mit seinem Verteidiger anwendbar.⁴¹⁷ Der Grundsatzformel des Art. 25 Loi pénitentiaire, wonach alle Häftlinge frei mit ihren Anwälten kommunizieren, trägt die Ausgestaltung im CPP Rechnung. Das in Art. 116 Abs. 4 Satz 4 CPP verankerte Prinzip der freien Verteidigerkommunikation ab dem *interrogatoire de première comparution* begründet einen Anspruch auf Ausstellung einer Kommunikationserlaubnis, die dem Verteidiger von dem für das Verfahren zuständigen *magistrat* erteilt wird (Art. R. 57-6-5 CPP).⁴¹⁸ Art. 145-4 Abs. 1 CPP stellt klar, dass ein Kommunikationsverbot sich in keinem Fall auf den Verteidigerkontakt erstreckt (siehe Art. D. 56 Abs. 2 CPP). Nach Art. R. 57-6-6 CPP erfolgt die freie Kommunikation mit dem Verteidiger mündlich oder schriftlich und darf durch keine Sanktion oder Maßnahme ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Eine Überwachung von Telefongesprächen nach Art. 727-1 CPP scheidet ebenfalls aus. Sowohl das Zurückhalten als auch die Kontrolle von Verteidigerpost ist unzulässig (Art. 40 Abs. 3 Loi pénitentiaire). Ausweislich Art. R. 57-6-7 CPP gilt dies allerdings erst dann, wenn eindeutig (*sans équivoque*) festgestellt werden kann, dass die Post wirklich (*réellement*) an den Rechtsbeistand adressiert ist oder von diesem stammt.⁴¹⁹ Einzelheiten regelt ein ministerielles Rundschreiben vom 27.3.2012.

⁴¹⁶ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 104-11 f.; zu den Modalitäten eines Verteidigerwechsels siehe Ziff. 1.5 des Circulaire CRIM 04-16 E8 vom 21.9.2004.

⁴¹⁷ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 104.22 f., 148.22; *Duroché/Pédrón*, Droit pénitentiaire, Rn. 391 f.; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1838, 2726. Überholt daher Crim. 6.7.1911, Bull. n° 349, wo die Anordnung eines Kontaktverbots im Gerichtsgebäude für rechtmäßig befunden wurde.

⁴¹⁸ *Pradel*, Proc. pén., Rn. 717.

⁴¹⁹ Siehe die Beschriftungshinweise in Art. R. 57-8-20 CPP.

d) Akteneinsichtsrecht

Abgesehen von der Möglichkeit einer spontanen Einsichtnahme in die Verfahrensakte anlässlich des im Vorfeld der förmlichen Beschuldigung durchgeführten *interrogatoire de première comparution*, dem keine förmliche Ladung i.S.v. Art. 80-2 CPP vorausgegangen ist (Art. 116 Abs. 5 Satz 4 CPP), richtet sich die anwaltliche Akteneinsicht in der gerichtlichen Voruntersuchung nach den allgemeinen Bestimmungen in Art. 114 Abs. 3–11 CPP, die durch Gesetz vom 27.5.2014 neu gefasst wurden (zu dem seither vorgesehenen Aktenzugangsrecht des *nicht* verteidigten Beschuldigten siehe bereits oben i.d.). Hiernach stehen die Verfahrensakte (*dossier de la procédure*) dem Anwalt des förmlich Beschuldigten sowie, kraft gesetzlicher Verweisung, dem des *témoïn assisté* (vgl. Art. 113-3 CPP) und dem der förmlich zum *interrogatoire de première comparution* geladenen Person (vgl. Art. 80-2 Abs. 3) spätestens vier Werktage vor jeder Vernehmung uneingeschränkt zur Einsichtnahme zur Verfügung. Nach dem ersten Erscheinen (Art. 116 CPP) ist die Akteneinsicht werktags jederzeit möglich, vorbehaltlich der Bedürfnisse eines geordneten Ablaufs der Geschäftsstelle des Gerichts (*sous réserve des exigences du bon fonctionnement du cabinet d'instruction*, Art. 114 Abs. 3 CPP).⁴²⁰ Dieser Vorbehalt ist mit den Verteidigungsrechten nur vereinbar, wenn er verfassungskonform so ausgelegt wird, dass etwaig geltend gemachte Zwänge hinreichend präzise dargetan werden müssen, etwa im Hinblick auf Fristen oder objektive Umstände.⁴²¹ Das Recht des Anwalts, sich – seit der Neuregelung von 2014 bei erstmaliger Anforderung: kostenlose – Kopien in physischer oder digitaler Form zukommen zu lassen, ist ebenfalls an das vorherige erste Erscheinen vor dem Untersuchungsrichter gekoppelt; dem entsprechenden Begehren ist binnen eines Monats nachzukommen (Abs. 4).⁴²² Ausdrücklich von diesem Recht ausgenommen sind nach wie vor Kopien von Vernehmungsvideoaufzeichnungen (Art. 64-1 Abs. 2, 116-1 Abs. 2 CPP).

Während der Betroffene bis 2014 erst ab Prozessbeginn (*stade de jugement*) über ein *eigenes* Akteneinsichtsrecht verfügte (siehe oben i.d.), ist die Weiterleitung von Kopien durch den Anwalt an seinen Mandanten seit dem Gesetz vom 30.12.1996 bereits in der gerichtlichen Voruntersuchung zulässig.⁴²³ Zuvor muss dieser allerdings schriftlich bestätigen, dass ihm das in Art. 114 Abs. 6, 114-1 CPP normierte, strafbewehrte Verbreitungsverbot bekannt ist (Art. 114 Abs. 5 Satz 2

⁴²⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 448, 1837; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 718 f.

⁴²¹ C. const. 11.8.1993, n° 93-326 DC, §§ 17–19; siehe auch *Renucci*, CPP, Art. 114 Rn. 16, wonach die Verweigerung nur in „sehr besonderen Fällen“ möglich sein soll.

⁴²² *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 113.31; Crim. 25.10.2011, Bull. n° 217.

⁴²³ An Dritte dürfen nur Kopien von Sachverständigengutachten für die Bedürfnisse der Verteidigung übermittelt werden (Abs. 6). Vorbehaltlich dieser Vorschrift ist die Weiterleitung von Kopien der Verfahrensakte an Dritte durch den förmlich Beschuldigten bzw. den *témoïn assisté* mit Geldstrafe bis zu EUR 3.750 bedroht (Art. 114-1 CPP).

CPP). Außerdem muss der Anwalt dem Untersuchungsrichter vorab eine Liste derjenigen Aktenbestandteile vorlegen, deren Kopien er dem Beschuldigten überlassen möchte (Abs. 7). Ab Eingang dieser Auflistung kann der Untersuchungsrichter innerhalb einer Frist von fünf Werktagen der Überlassung ganz oder teilweise widersprechen. Hierzu bedarf es einer besonders zu begründenden Anordnung, aus der sich die Gefahr einer Ausübung von Druck auf Opfer, förmlich Beschuldigte, Anwälte, Zeugen, Ermittler, Sachverständige oder sonst am Verfahren Beteiligte ergibt (Abs. 8). Sie ist dem Anwalt unverzüglich und ganz gleich auf welche Weise mitzuteilen. Unterbleibt eine solche Mitteilung binnen der gesetzlichen Frist, so ist der Anwalt zur Übermittlung der von ihm bezeichneten Aktenteile berechtigt. Geht dem Anwalt ein rechtzeitiger Widerspruch des Untersuchungsrichters zu, so kann diese Verfügung binnen zwei Tagen dem Vorsitzenden der Untersuchungskammer zur Überprüfung vorgelegt werden; dieser muss ihm innerhalb von fünf Werktagen seine schriftliche und begründete, allerdings unanfechtbare Entscheidung mitteilen, anderenfalls ist der Anwalt zur Überlassung berechtigt (Abs. 9).⁴²⁴

In Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung ist wie gesehen (vgl. oben b.bb.) ebenfalls schon vor der Hauptverhandlung ein spontanes (*sur-le-champ*), vollumfängliches Akteneinsichtsrecht vorgesehen. Dieses Recht besteht seit 2014 nicht mehr nur im Vorführtermin vor dem Staatsanwalt (*défèrement*) sowie dann, wenn dieser sich für die Durchführung des CRPC-Verfahrens entscheidet (Art. 495-8 Abs. 4 CPP), sondern es gilt nun auch allgemein bereits ab der Zustellung bzw. Mitteilung der Ladung zur Gerichtsverhandlung (Art. 388-4 CPP). Bereits seit 2011 besteht ein entsprechendes Akteneinsichtsrecht außerdem schon dann, wenn der Betroffene, dessen Verbringung vor den Staatsanwalt nach Beendigung der *garde à vue* veranlasst wurde, über Nacht im Gerichtsgebäude (*dépôt*) festgehalten wird, bevor er vor diesem erscheint (Art. 803-3 Abs. 4 CPP).⁴²⁵

4. Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards

Aufbauend auf Art. 22 Loi pénitentiaire, wonach die Würde der inhaftierten Person durch die Gefängnisverwaltung zu achten ist, enthalten die Art. 44, 45 ff. Loi pénitentiaire einige – punktuelle – gesetzliche Vorgaben zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und zur Sicherstellung einer angemessenen medizinischen Versorgung der Häftlinge, die auf untergesetzlicher Ebene spezifiziert werden.⁴²⁶

⁴²⁴ Bouloc, Proc. pén., Rn. 675; Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 113.32.

⁴²⁵ Siehe außerdem die Spezialvorschrift in Art. 706-105 Abs. 2 CPP. Ein – inhaltlich sehr begrenztes – Recht zur Einsichtnahme in bestimmte Aktenbestandteile steht dem Anwalt seit 2011 und dem Polizeihäftling seit 2014 während der *garde à vue* zu (Art. 63-4-1 CPP, siehe oben II.D.1. und 3.).

⁴²⁶ Herzog-Evans, Droit pénitentiaire, Rn. 332.01 ff.; Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 148.41 ff.

Das Angebot und die Inanspruchnahme ärztlicher Sprechstunden und Behandlungen sind in Art. R. 57-8-1 CPP geregelt. Nr. 1 der Vorschrift schreibt die systematische Durchführung einer medizinischen Untersuchung von neu aufgenommenen Häftlingen vor, die gemäß Art. 3 der Muster-Anstaltsordnung von 2013 (ex-Art. D. 285 Abs. 2 CPP) binnen kürzester Zeit durchzuführen ist. Art. D. 348-1 bis D. 401-2 CPP enthalten umfangreiche Vorschriften zur gesundheitlichen Versorgung der inhaftierten Personen. Ein Recht auf die Untersuchung oder Behandlung durch einen Arzt eigener Wahl besteht nicht; wird eine solche im Einzelfall durch Entscheidung des örtlich zuständigen *directeur interrégional des services pénitentiaires* gewährt, so trägt der Häftling die Mehrkosten (Art. D. 365 CPP i.V.m. Art. R. 57-6-23 Nr. 4 CPP). Gemäß Art. D. 364 CPP ist eine Zwangsernährung im Fall eines längeren Hungerstreiks nur auf ärztliche Entscheidung und unter ärztlicher Überwachung zulässig, wenn der Gesundheitszustand des Häftlings sich gravierend verschlechtert; neben dem Präfekten und dem Staatsanwalt ist in diesem Fall auch der für das Verfahren zuständige *magistrat*, in der Regel also der Untersuchungsrichter zu verständigen (Art. D. 280 CPP).

Die Hygiene und Ernährung der inhaftierten Personen ist ebenfalls Gegenstand einer detaillierten (unter-)gesetzlichen Regelung (Art. 46 Abs. 5 Loi pénitentiaire; Art. 716 Abs. 2; Art. D. 342 ff., D. 350 ff., D. 361 CPP).⁴²⁷

Besondere medizinische Schutzvorkehrungen gelten bei Verschärfungen der allgemeinen Haftbedingungen, namentlich im Fall der Anordnung einer Isolationshaft (*isolement*). Die Liste der betroffenen Personen ist dem medizinischen Betreuungstab der Haftanstalt täglich zu kommunizieren. Sie sind mindestens zweimal wöchentlich vor Ort durch einen Arzt zu untersuchen. Dieser kann im Hinblick auf den Gesundheitszustand des Betroffenen jederzeit die Empfehlung an die Gefängnisleitung aussprechen, die Maßnahme zu beenden (Art. R. 57-5-8 i.V.m. Art. R. 57-7-63, R. 57-8-1 Abs. 2 Nr. 3; vgl. Art. R. 57-7-73 CPP). Die gleichen Grundsätze gelten im Zusammenhang mit etwaigen disziplinarrechtlich angeordneten Modifikationen des Haftregimes (vgl. Art. R. 57-7-31, R. 58-8-1 Abs. 2 Nr. 2 CPP).

Körperbezogene Ermittlungsmaßnahmen (*examen médical*) können vom Untersuchungsrichter nach allgemeinen Grundsätzen von Amts wegen oder auf Antrag eines Verfahrensbeteiligten angeordnet werden (Art. 81 Abs. 8 bis 11 CPP). Sie sind gemäß Art. D. 23 ff. CPP zwingend von einem Arzt durchzuführen.⁴²⁸

Während für den Bereich des Strafvollzugs bereits seit 2002 eine ausdrückliche Ermächtigung zur Freilassung schwer erkrankter Verurteilter mit irreversiblen Krankheitsverlauf oder einem dauerhaft mit der Haft unvereinbaren Gesundheitszustand besteht (Art. 720-1-1 CPP), fehlte eine entsprechende Regelung bislang

⁴²⁷ Herzog-Evans, Droit pénitentiaire, Rn. 321.00 ff., 322.00 ff.

⁴²⁸ Crim. 19.11.1991, Bull. n° 417; Pradel, Proc. pén., Rn. 493.

unverständlicher Weise für den Bereich der *détention provisoire*.⁴²⁹ Diesem Defizit hilft nun der mit Gesetz n° 2014-896 vom 15.8.2014 nach dem Vorbild von Art. 720-1-1 CPP neu geschaffene Art. 147-1 CPP ab. Danach kann in sämtlichen Verfahrensstadien von Amts wegen oder auf Antrag die Freilassung (ggf. auch in Verbindung mit Kontrollauflagen oder einer elektronischen Aufenthaltsortsüberwachung) angeordnet werden, wenn ein medizinisches Sachverständigengutachten eine solche Erkrankung feststellt. Die Freilassung ist jedoch ausgeschlossen, wenn ein erhebliches Risiko der Wiederholung der Straftat besteht.

5. Protokollierung, Aufzeichnung und Publizität

a) Vernehmungen im Vorfeld der Haftentscheidung

Die untersuchungsrichterlichen Vernehmungen sind der Öffentlichkeit nicht zugänglich (*secret de l'instruction*).⁴³⁰ Über den Ablauf und die Angaben des Vernehmenen ist ein Protokoll (*procès-verbal*) zu erstellen, das auch die ihm gestellten Fragen enthalten muss (Art. 429 CPP) und in dem die Beachtung der im Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten zu vermerken ist.⁴³¹ Nach Abschluss der Vernehmung wird der Betroffene aufgefordert, die Niederschrift seiner Angaben auf ihre Richtigkeit hin zu prüfen; jede Seite des Protokolls ist vom Richter, dem Protokollführer und dem Vernehmenen zu unterzeichnen (Art. 121 Abs. 1 i.V.m. Art. 106, 107 CPP).⁴³² Der Anwalt kann dem Protokollinhalt widersprechen (Art. 120 Abs. 4 CPP). Unterbleibt ein solcher Widerspruch, so gilt die in dem ordnungsgemäß erstellten und unterschriebenen Protokoll dokumentierte Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften bis zum Nachweis der Fälschung als richtig.⁴³³ Seit 2007 ist die audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung des förmlich Beschuldigten (Art. 114 CPP) sowie die der ersten Vernehmung des Verdächtigen zum Zwecke der förmlichen Beschuldigung (Art. 116 CPP) vorgeschrieben, soweit das Verfahren ein Verbrechen zum Gegenstand hat und die Vernehmung in den Diensträumlichkeiten des Untersuchungsrichters (*cabinet du juge d'instruction*) stattfindet (Art. 116-1 CPP). Die Vorschrift wurde gleichzeitig mit der nahezu

⁴²⁹ Roumier, Dr. pén. 2014, Alerte n° 16.

⁴³⁰ Gleichwohl unschädlich ist die Anwesenheit von Polizeibeamten, Crim. 17.10.2000, Bull. n° 298. Die Anwesenheit eines Praktikanten stellt zwar einen Verstoß dar, er ist jedoch unbeachtlich, wenn keine Rüge erfolgt, Crim. 27.4.2000, Bull. n° 170. Siehe *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 111.53.

⁴³¹ Vgl. Art. 116 Abs. 2 Satz 2 (mündliche Mitteilung des Tatvorwurfs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht), Abs. 4 Satz 5 (Schweigerechtsbelehrung), Abs. 10 Satz 3 CPP (Adressänderungen); Art. 120 Abs. 3 CPP (Verweigerung des Fragerechts des Anwalts).

⁴³² Soweit das Gesetz die Vernehmung auf Distanz unter Einsatz audiovisueller Telekommunikationsmittel zulässt (Art. 706-71 CPP), ist grundsätzlich an sämtlichen Örtlichkeiten ein Protokoll zu erstellen (Art. R. 53-37 CPP); vgl. aber Crim. 6.10.2010, Bull. n° 152 zur großzügig angenommenen Unbeachtlichkeit von Verstößen.

⁴³³ Vgl. Crim. 18.4.1972, Bull. n° 130.

wortlautgleichen Aufzeichnungspflicht für Vernehmungen während der *garde à vue* (Art. 64-1 CPP) eingeführt, um den Eindruck eines einseitigen Misstrauens des Gesetzgebers allein gegenüber der polizeilichen Vernehmungspraxis zu vermeiden.⁴³⁴ Für die Einzelheiten sei auf die Erörterung der im Wesentlichen inhaltlich übereinstimmenden Vorschriften im Rahmen der *garde à vue* verwiesen (oben II.D.5.).⁴³⁵

Im Zusammenhang mit der Anhörung des dem Staatsanwalt vorgeführten Verdächtigen sieht Art. 393 Abs. 5 CPP unter ausdrücklicher Androhung der Nichtigkeit (*à peine de nullité*) vor, dass die hiernach erforderlichen Förmlichkeiten (insb. Belehrung über das Recht auf anwaltlichen Beistand) im Protokoll zu vermerken sind.

b) Verhandlungen im Zusammenhang mit Haftentscheidungen

Seit 2007 ist die kontradiktorische Verhandlung vor dem Grundrechte- und Haftrichter, die dessen Entscheidung über die Anordnung oder Verlängerung der Haft in der gerichtlichen Voruntersuchung zugrunde liegt, bei erwachsenen Beschuldigten grundsätzlich öffentlich (Art. 145 Abs. 6 CPP; Art. 145-1, 145-2 CPP). Auf Antrag kann die Öffentlichkeit jedoch ausgeschlossen werden, wenn das Verfahren organisierte Kriminalität i.S.v. Art. 706-73 CPP zum Gegenstand hat oder Beeinträchtigungen der Untersuchungen, der Unschuldsvermutung, des geordneten Verlaufs der Debatten, der Würde der Person oder der Interessen eines Dritten drohen.⁴³⁶ Entscheidet der Grundrechte- und Haftrichter dagegen im Rahmen des Verfahrens der *comparution immédiate* oder der CRPC über die Haft, so findet die Verhandlung stets unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt (*en chambre du conseil*, Art. 495-10 i.V.m. Art. 396 Abs. 1 CPP). Unabhängig vom einschlägigen Verfahrensstadium ist über die Verhandlung ein Protokoll (*procès-verbal*) zu führen. Da dessen Funktion einzig in dem Nachweis besteht, dass die Verhandlung im Einklang mit den gesetzlichen Anforderungen durchgeführt wurde,⁴³⁷ bedarf es lediglich der Unterschrift des Grundrechte- und Haftrichters und seines Urkundsbeamten. Andere Unterschriften sind selbst dann entbehrlich, wenn der Richter von der ihm freistehenden Möglichkeit Gebrauch macht, die Einlassungen des Beschuldigten und Stellungnahmen seines Verteidigers in dem Protokoll vermerken zu las-

⁴³⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2581.

⁴³⁵ Siehe auch *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 101.31 ff.

⁴³⁶ Angesichts dieser weitreichenden Ausschlussmöglichkeiten erschließt sich nicht, warum die bisherige Rechtsprechung (Crim. 1.10.1985, Bull. n° 288; 15.3.2005, Bull. n° 87), wonach die Verhandlung auch außerhalb des Gerichtsgebäudes, namentlich in einer Haftanstalt durchgeführt werden kann, durch die Einführung des Öffentlichkeitsgrundsatzes hinfällig geworden sein soll. So aber *Guinchar/Buisson*, Proc. pén., Rn. 1953.

⁴³⁷ Vgl. z.B. Art. 145 Abs. 5 Satz 5 CPP: Belehrung; Art. D. 47-12-4 CPP: Vernehmung auf Distanz im Wege audiovisueller Telekommunikationstechnik; Art. 396 Abs. 3 CPP.

sen.⁴³⁸ Die Formvorschrift des Art. 429 CPP, wonach bei Vernehmungen auch die gestellten Fragen im Protokoll wiederzugeben sind, gilt nicht.⁴³⁹ Eine audiovisuelle Aufzeichnung der Verhandlung findet nicht statt.

Ist das Korrekionalgericht für die Haftanordnung zuständig (Art. 397-3 CPP), so gelten die Grundsätze des erstinstanzlichen Verfahrens vor dem Prozessgericht: die Verhandlung ist grundsätzlich öffentlich (Art. 400 CPP); der Urkundsbeamte fertigt eine Mitschrift (*notes d'audience*), in der er Ablauf, Zeugenaussagen und Einlassungen des Angeklagten unter der Leitung des Vorsitzenden Richters festhält (Art. 453 CPP);⁴⁴⁰ eine Tonbandaufzeichnung findet – anders als vor dem Geschworenengericht⁴⁴¹ – nicht statt.

Soweit die Untersuchungskammer in Haftsachen entscheidet (z.B. Art. 145-1 Abs. 3, 145-2 Abs. 3 CPP), gilt für die mündliche Verhandlung seit 2007 ebenfalls der Öffentlichkeitsgrundsatz (vgl. Art. 199 Abs. 2 CPP, der inhaltlich Art. 145 Abs. 6 CPP entspricht).⁴⁴² Eine audiovisuelle oder sonore Aufzeichnung ist nicht vorgesehen.

c) Dokumentation des Haftverlaufs

In jeder Haftanstalt werden ein Haftregister (*registre d'écrou*) sowie diverse spezielle Register geführt. In dem Haftregister ist für jeden Gefangenen bei dessen Einlieferung ein Haftprotokoll (*acte d'écrou*) zu erstellen (Art. 724; Art. D. 148 ff. CPP).⁴⁴³ Außerdem wird über jeden Häftling eine individuelle Akte (*dossier individuel*) angelegt, die ihn im Fall eines Anstaltswechsels begleitet (Art. 724-1, Art. D. 155 ff. CPP).

⁴³⁸ Crim. 29.1.2003, Bull. n° 19; siehe auch Crim. 4.6.2009, Bull. n° 113. Zur uneinheitlichen Handhabung in der Praxis siehe *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 143.77.

⁴³⁹ Crim. 30.1.2007, Bull. n° 22; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2718.

⁴⁴⁰ Ihre Funktion ist es, dem Berufungsgericht Kenntnis vom Verlauf der mündlichen Debatten zu geben, Crim. 23.5.1967, Bull. n° 160. Fehlen und Fehler berechtigen nicht zur Anfechtung des Urteils, *Renucci*, CPP, Art. 453 Rn. 4 m.w.N.

⁴⁴¹ Art. 308 Abs. 2 CPP, eingefügt durch Gesetz n° 2014-640 vom 20.6.2014.

⁴⁴² *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 241.31 ff.

⁴⁴³ *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 201.32.

E. Richterliche Kontrolle

1. Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft

a) Überblick

Die im Jahr 2000 erfolgte Übertragung der Anordnungscompetenz vom Untersuchungsrichter auf den Grundrechte- und Haftrichter hat die Vorschaltung eines doppelten Richtervorbehalts bewirkt. Der Untersuchungsrichter – dem bereits die Entscheidung über die förmliche Beschuldigung als in der gerichtlichen Voruntersuchung unabdingbare Voraussetzung der Haft obliegt – entscheidet auf Antrag des Staatsanwalts über die Stellung eines Haftantrags, über den sodann der Grundrechte- und Haftrichter zu befinden hat. Der Grundsatz, wonach jeder Haftanordnung die positiven Voten zweier Richter zugrunde liegen müssen, gilt jedoch nicht uneingeschränkt: Zum einen kann sich der Staatsanwalt seit 2004 unter den in Art. 137-4 Abs. 2 CPP genannten Voraussetzungen über die Ablehnung der Haftantragstellung durch den Untersuchungsrichter hinwegsetzen und ausnahmsweise selbst den Grundrechte- und Haftrichter anrufen. Zum anderen entfällt der Richtervorbehalt hinsichtlich des Haftantrags in Fällen, in denen die *détention provisoire* außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung und damit außerhalb des Zuständigkeitsbereichs des Untersuchungsrichters zur Anwendung gelangt. Hier bleibt es – vorbehaltlich der Entbehrlichkeit eines Antrags im Fall der Zuständigkeit des Prozessgericht (Art. 397-3, 397-4 CPP) – bei der Antragskompetenz des Staatsanwalts (Art. 396, 495-10 CPP).

Nach wohl h.M. schlägt sich die Aufgabenteilung in der gerichtlichen Voruntersuchung zwischen dem über die förmliche Beschuldigung entscheidenden Untersuchungsrichter und dem für die Haftanordnung zuständigen Grundrechte- und Haftrichter in einer Aufspaltung der materiellen Prüfkompetenz nieder. Nur bzw. jedenfalls primär Ersterem obliegt – im Rahmen der Entscheidung über die *mise en examen* – die Beurteilung der Frage, ob schwere oder übereinstimmende Indizien vorliegen, welche die Tatbeteiligung des Betroffenen wahrscheinlich machen. Der Prüfauftrag des Grundrechte- und Haftrichters ist dagegen ausweislich der ausdrücklichen Bestimmung in Art. 137-3 CPP darauf beschränkt, die Haftvoraussetzungen im engeren Sinne (gesetzlicher Strafraum, Haftgrund, Subsidiarität gegenüber *contrôle judiciaire*; alternativ: Verstoß gegen Haftersatzmaßnahme) zu würdigen; die Ablehnung der Haft wegen Nichtvorliegens eines Tatverdachts scheidet offenbar aus (siehe oben B.2.a.).⁴⁴⁴ Schließt man sich dieser Analyse an,

⁴⁴⁴ Crim. 1.6.1994, Bull. n 221; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 37; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2650, 2709, 2776; so wohl auch *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 385; a.A. *Guéry*, D. 2006, 1156; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 142.21 ff.; *Pécheu*, *Indices de culpabilité*; *Guéry*, AJ Pén. 2014, 283: „Nous avons, à plusieurs reprises déjà, défendu l'idée selon laquelle la réunion d'indices graves ou concordants n'est que le socle indispensable à l'examen des critères de

so setzt sich die mit ihr einhergehende Kompetenzaufteilung bei der Wahl der Rechtsmittel fort: Soll der Tatvorwurf in rechtlicher oder tatsächlicher Hinsicht bestritten werden, so ist die Entscheidung des Untersuchungsrichters über die förmliche Beschuldigung nach den hierfür geltenden Bestimmungen anzugreifen; werden dagegen die Haftvoraussetzungen i.e.S. infrage gestellt, so sind die gegen die Haftentscheidung als solche vorgesehenen Rechtsbehelfe zu bemühen.⁴⁴⁵

b) Rechtsbehelfe gegen die förmliche Beschuldigung

In der gerichtlichen Voruntersuchung hat der förmlich Beschuldigte ggf. bereits im Vorfeld der Haftanordnung die Möglichkeit, sich gegen die *mise en examen* zur Wehr zu setzen und auf diese Weise einer etwaig beabsichtigten *détention provisoire* vorab den Boden zu entziehen.⁴⁴⁶ Während eine Beschwerde zur Untersuchungskammer (*appel*, Art. 185 CPP) ausscheidet (vgl. die Aufzählung der beschwerdefähigen Entscheidungen in Art. 186 CPP), besteht neben der Nichtigkeitsklage seit 2007 ein spezieller Rechtsbehelf zum Untersuchungsrichter selbst.⁴⁴⁷

aa) Annullierung einer fehlerhaften Entscheidung (*requête en nullité*)

Ist der Beschuldigte der Auffassung, dass bei der *mise en examen* eine wesentliche Förmlichkeit missachtet wurde, so kann er die Untersuchungskammer nach den allgemeinen Grundsätzen um ihre Annullierung ersuchen. Gegenstand der Rüge ist hier allein die Rechtswidrigkeit im Zeitpunkt der förmlichen Beschuldigung.⁴⁴⁸

l'article 144 du code de procédure pénale. Leur existence nous semble pouvoir être discutée dès lors que la question de la détention se pose mais la jurisprudence de la Chambre criminelle est, depuis longtemps, en sens contraire: elle n'admet pas qu'à l'occasion du contentieux relatif à la liberté, la personne mise en examen demande que soient appréciées les charges pesant sur elle.“

⁴⁴⁵ Crim. 9.4.2014, n° 14-80.833; 1.6.1994, Bull. n° 221; zust. *Gallois*, AJ Pén. 2014, 482; vgl. *Defferrard*, Le suspect, S. 98 ff.

⁴⁴⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1737; *Porteron*, AJ Pén. 2005, 150.

⁴⁴⁷ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 91.31 ff. Man beachte außerdem: Überschreitet die Dauer der gerichtlichen Voruntersuchung die gemäß Art. 116 Abs. 6 CPP mitgeteilte Prognose oder wurden während vier Monaten keine Ermittlungshandlungen vorgenommen, so kann seit 2000 der Untersuchungsrichter angerufen und ersucht werden, die Sache entweder zur Verhandlung vor das erkennende Gericht zu bringen oder aber das Verfahren einzustellen (Art. 175-1 CPP). Gibt der Untersuchungsrichter dem Begehren nicht statt, so hat der förmlich Beschuldigte die Möglichkeit, den Vorsitzenden der Untersuchungskammer anzurufen, damit dieser die Sache der Kammer vorlegt, welche kraft ihrer Evokationsbefugnis über den Fortgang der gerichtlichen Voruntersuchung – und ggf. die Einstellung des Verfahrens bzw. die Aufhebung einer förmlichen Beschuldigung – befindet (Art. 207-1 CPP).

⁴⁴⁸ Crim. 26.6.2007, Bull. n° 171; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1738; *Le Calvez*, D. 2002, 2277; *Guéry*, AJ Pén. 2014, 283.

Für die Zulässigkeit dieses Rechtsbehelfs sind zunächst die formalen Vorgaben und Begründungsanforderungen in Art. 173 Abs. 3 CPP zu beachten, die von der Cour de cassation streng gehandhabt werden.⁴⁴⁹ Im Übrigen sieht das Gesetz eine Reihe von Präklusionsvorschriften vor, deren Missachtung zur Unzulässigkeit der entsprechenden Nichtigkeitsrüge führt: Nichtigkeitsgründe, die zeitlich vor oder bei Gelegenheit des *interrogatoire de première comparution* oder späterer Vernehmungen im Vorfeld der Entscheidung über die förmliche Beschuldigung entstanden sind, müssen binnen sechs Monaten ab Mitteilung der förmlichen Beschuldigung geltend gemacht werden, es sei denn, der Beschuldigte konnte sie nicht kennen (Art. 173-1 CPP). Außerdem hat er sämtliche Nichtigkeitsgründe, die er kennen konnte, gleichzeitig vorzutragen (Art. 174 Abs. 1 CPP). Teilt der Untersuchungsrichter den Beteiligten den Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung mit (*avis de fin d'information*), so kann der Beschuldigte die Nichtigkeitsklage binnen drei Monaten ab Erhalt dieser Mitteilung erheben (Art. 175 Abs. 4 CPP). Mit der Bestandskraft der das erkennende Gericht anrufenden Abschlussverfügung (*ordonnance de règlement*) werden sämtliche ihr vorausgegangenen Verfahrensmängel unanfechtbar (Art. 178 Abs. 2, 179 Abs. 6, 181 Abs. 4 CPP).⁴⁵⁰

Stellt der Vorsitzende der Untersuchungskammer nicht binnen acht Tagen ab Eingang der Verfahrensakten die Unzulässigkeit der Klage aufgrund der vorgeannten Vorschriften fest, so übermittelt er die Akten an den Generalstaatsanwalt, der das Verfahren nach den allgemeinen vor der Untersuchungskammer geltenden Vorschriften betreibt (Art. 194 ff. CPP). Er verfügt ab Eingang der Akten über eine Frist von zehn Tagen, um das Verfahren vorzubereiten und die Sache mit seinen Anträgen der Untersuchungskammer vorzulegen (Art. 194 Abs. 1 CPP). Diese muss innerhalb von zwei Monaten ab dem Zeitpunkt der Übermittlung der Verfahrensakten an den Generalstaatsanwalt entscheiden (Art. 194 Abs. 2 CPP). Der Termin der Verhandlung ist dem Beschuldigten und seinem Verteidiger durch eingeschriebenen Brief mitzuteilen. Zwischen Versendung der Mitteilung und Durchführung der Verhandlung muss eine Frist von mindestens fünf Tagen liegen, während derer der Anwalt des förmlich Beschuldigten Akteneinsicht nehmen kann (Art. 197 CPP). Bis zum Tage der Verhandlung können der Beschuldigte und sein Verteidiger Schriftsätze einreichen (Art. 198 CPP).⁴⁵¹

Die Verhandlung vor der Untersuchungskammer ist grundsätzlich nicht öffentlich; die Öffentlichkeit kann jedoch auf Antrag zugelassen werden, wenn keine Hinderungsgründe entgegenstehen (vgl. Art. 199 Abs. 1 CPP). Im Anschluss an

⁴⁴⁹ Z.B. Crim. 1.2.1994, Bull. n° 45; zu der aus konventionsrechtlicher Sicht mitunter zu rigiden Handhabe siehe EGMR, Urt. vom 26.7.2007, *Walchli ./. Frankreich*, Az.: 35787/03; *Léna*, D. 2007, 2304.

⁴⁵⁰ Siehe zum Ganzen *Pradel*, Proc. pén., Rn. 786; siehe auch die entsprechenden Hinweispflichten anlässlich der förmlichen Beschuldigung in Art. 116 Abs. 5 Alt. 2 CPP.

⁴⁵¹ *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 241.11 ff.; 241.21 ff.; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 802.

den Vortrag des Berichterstatters (*rapport du conseiller*) erhalten der Generalstaatsanwalt und der Verteidiger des Beschuldigten das Wort (Abs. 3). Die Anordnung des persönlichen Erscheinsens des Beschuldigten steht ebenso wie die Hinzuziehung weiterer Beweisstücke im freien Ermessen des Gerichts (Abs. 4).⁴⁵²

Wird die förmliche Beschuldigung wegen Verletzung der für sie maßgeblichen Vorschriften in Art. 80-1 CPP annulliert, so gilt die Person rückwirkend ab dem *interrogatoire de première comparution* und für alle weiteren Vernehmungen bis zum Ende der gerichtlichen Voruntersuchung als unterstützter Zeuge (Art. 174-1 CPP). Diese Rechtsfolge ist insbesondere dann auszusprechen, wenn die von Art. 80-1 Abs. 1 CPP unter ausdrücklicher Androhung der Nichtigkeit (*à peine de nullité*) geforderten schweren oder überstimmenden Indizien, die eine Tatbegehung wahrscheinlich machen, im Zeitpunkt der *mise en examen* nicht vorlagen (sog. *mise en examen prématurée*).⁴⁵³ Nach Auffassung der Cour de cassation, die im Fall einer Ablehnung der Nichtigkeitsklage zum Zwecke der Rechtskontrolle angerufen werden kann, handelt es sich bei der Beurteilung dieses qualifizierten Tatverdachts allerdings um eine reine Tatsachenfrage (*question de pur fait*), die sich ihrer Kontrolle entzieht, also von der Untersuchungskammer abschließend beurteilt wird.⁴⁵⁴ Der Rüge einer Missachtung des in Art. 80-1 Abs. 3 CPP niedergelegten Grundsatzes der Subsidiarität der förmlichen Beschuldigung gegenüber dem Verfahren des unterstützten Zeugen dürfte dagegen selbst vor der Untersuchungskammer kaum je Erfolg beschieden sein, da dem Untersuchungsrichter hier offenbar ein de facto uneingeschränkter Beurteilungsspielraum zukommt, sobald der von Art. 80-1 Abs. 1 CPP vorausgesetzte Verdachtsgrad erreicht ist.⁴⁵⁵

Anders als in der bis 1993 geltenden Gesetzesfassung (Art. 170 CPP a.F.) sind die Verfahrensvorschriften über die Anhörung bzw. Vernehmung des Betroffenen im Zusammenhang mit der förmlichen Beschuldigung (Art. 80-1 Abs. 2 i.V.m. Art. 113-1 ff., 116 CPP) nicht mehr als vom Erfordernis einer Beschwer befreite ausdrückliche Nichtigkeitsgründe konzipiert. Wie bei allen anderen – geschriebenen und ungeschriebenen – *nullités d'ordre privé*⁴⁵⁶ kommt es seither darauf an, ob

⁴⁵² Siehe Crim. 17.12.1996, Bull. n° 469, wonach sich diese Entscheidungen als „Maßnahmen der Justizverwaltung“ der Kontrolle der Cour de cassation entziehen („mesure d'administration judiciaire, échappant au contrôle de la Cour de Cassation“).

⁴⁵³ Crim. 1.10.2003, Bull. n° 177. Nachdem sich die Cour de cassation hier nicht mit der Frage einer Interessenverletzung des Betroffenen aufhält, ist davon auszugehen, dass dieser Verstoß notwendigerweise eine Beschwer i.S.v. Art. 171 CPP enthält.

⁴⁵⁴ Crim. 14.9.2004, n° 04-83.793: „question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation“. *Porteron*, AJ Pén. 2005, 149 nimmt dagegen an, eine Prüfung finde zumindest dahin statt, ob die Begründung „ausreichend und widerspruchsfrei“ ist. Zur Kontrolle durch die Untersuchungskammer selbst siehe *Le Calvez*, D. 2002, 2277.

⁴⁵⁵ *Porteron*, AJ Pén. 2005, 150: „appréciation souveraine du magistrat instructeur“; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1790: „appréciation personnelle du juge“.

⁴⁵⁶ Von einer Interessenverletzung unabhängige *nullités d'ordre public* kommen auch hier nur in Extremfällen in Betracht, etwa im Fall des Tätigwerdens eines fehlerhaft er-

der Betroffene eine Beschwer (*grief*) in Form einer Interessenverletzung geltend machen kann. Soweit die Cour de cassation eine solche nicht als notwendige Folge des jeweiligen Verfahrensfehlers ansieht (*théorie du grief nécessaire*),⁴⁵⁷ bedarf es einer Einzelfallbetrachtung, bei der speziell – unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände⁴⁵⁸ – zu untersuchen ist, ob der Verstoß zu einer Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte geführt hat. Bei einer Verletzung der verteidigungsrelevanten Informations- und Belehrungspflichten sowie vor allem der Vorschriften über die Verteidigerintervention wird dies in aller Regel zu bejahen sein.⁴⁵⁹

Aufgrund ihrer Evokationsbefugnis (*pouvoir d'évocation*) ist die Untersuchungskammer mit einer umfassenden Verfahrenshoheit (*pouvoir de révision*) ausgestattet, über deren Ausübung sie unter anderem im Fall einer *Statgabe* des Annullierungsbegehrens (Art. 206 Abs. 3 CPP) nach eigenem Ermessen entscheidet. Sie kann nicht nur zusätzliche Ermittlungshandlungen anordnen, sondern auch selbst die *détention provisoire* oder ein Haftsurrogat (Art. 201 CPP) verfügen, den Verfahrensgegenstand in rechtlicher und teils auch tatsächlicher, ja sogar in personeller Hinsicht modifizieren (Art. 202 ff. CPP) oder das Verfahren einstellen (Art. 212 CPP).⁴⁶⁰

bb) Aufhebung wegen Wegfalls der Voraussetzungen (*dé-mise en examen*)

Neben der Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage zur Untersuchungskammer kann seit 2007 auch der Untersuchungsrichter selbst angerufen werden mit dem Begehren, die Entscheidung über die *mise en examen* zu revidieren, wenn der förmlich

nannten oder unzuständigen Untersuchungsrichters oder wenn er seine Ermittlungen auf Sachverhalte erstreckt, die über den Eröffnungsantrag des Staatsanwalts hinausgehen, vgl. *Renucci*, CPP, Art. 171 Rn. 4 und *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2022 m.w.N.

⁴⁵⁷ So etwa Crim. 29.1.2003, Bull. n° 22 im Hinblick auf das Recht des Verteidigers zur spontanen Akteneinsicht (Art. 116 CPP), wenn die Akte unvollständig war und dem Anwalt deshalb die Einsicht in ein dem Untersuchungsrichter vorliegendes Sachverständigen-gutachten verwehrt blieb. Gleiches dürfte bei einer unzulässigen Vereidigung des förmlich Beschuldigten gelten, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2021 m.w.N.

⁴⁵⁸ Vgl. Crim. 16.1.1991, Bull. n° 46, wonach die Beschwer im Fall einer fehlerhaften Ladung des Anwalts zum *interrogatoire de première comparution* fehlt, wenn der Anwalt gleichwohl zur Vernehmung erscheint und den Fehler nicht beanstandet. Nicht die Beschwer, sondern der Verfahrensverstoß selbst entfällt, wenn der Betroffene auf die Einhaltung der jeweiligen Formalität in ausdrücklicher und unzweideutiger Weise verzichtet. Während der vorherige Verzicht vom Gesetz nur ausnahmsweise und punktuell zugelassen wird (z.B. Art. 114 Abs. 1 CPP, Anwaltsbeistand), besteht für die nachträgliche Heilung durch die Unbeachtlichkeitserklärung eines Verfahrensfehlers eine allgemeine Regelung in Art. 172 CPP (grds. Erfordernis einer Anwaltspräsenz für Erklärung des Verzichts). Siehe zum Ganzen *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2020, 2023 f.

⁴⁵⁹ Siehe z.B. Crim. 15.3.1973, Bull. n° 134: unzulässiges *interrogatoire immédiat* bei fehlender *urgence* i.S.v. Art. 117 CPP.

⁴⁶⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2145 ff., 2164 ff., 2166; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 777.

Beschuldigte der Ansicht ist, dass ihre in Art. 80-1 Abs. 1, 3 CPP genannten *materiellen* Voraussetzungen – qualifizierter Tatverdacht und Subsidiarität gegenüber dem Status des unterstützten Zeugen – nachträglich entfallen sind (Art. 80-1-1 Abs. 1 CPP). Maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt ist hier also – anders als bei der Nichtigkeitsklage – nicht der Moment der *mise en examen*, sondern derjenige der Anrufung des Untersuchungsrichters.⁴⁶¹ Der Rechtsbehelf erlaubt es dem Beschuldigten mithin, sich auch auf nachträgliche Entwicklungen der Beweis- und Verdachtslage zu seinen Gunsten zu berufen, um eine Aufhebung der förmlichen Beschuldigung zu erwirken. Der Untersuchungsrichter wird so zu einer fortlaufenden Kontrolle und *Begründung* des Fortbestands ihrer materiellen Voraussetzungen verpflichtet – was umso bemerkenswerter ist, als die förmliche Beschuldigung selbst keiner Begründungspflicht unterliegt.⁴⁶² Unerheblich, weil für die Verdachtslage i.S.v. Art. 80-1 Abs. 1 CPP angeblich ohne Belang, soll jedoch die EU-Rechtswidrigkeit des der förmlichen Beschuldigung zugrunde liegenden Straftatbestands sein.⁴⁶³

Zulässig ist der Rechtsbehelf aus Art. 80-1-1 CPP entweder nach Ablauf von sechs Monaten ab der förmlichen Beschuldigung und sodann in Sechs-Monats-Intervallen (Abs. 2) oder aber binnen zehn Tagen ab der Übermittlung eines Sachverständigengutachtens oder ab einer Vernehmung des förmlich Beschuldigten mit dem im Gesetz umschriebenen Inhalt (Abs. 3). Nach der untersuchungsrichterlichen Mitteilung über den Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung (*avis de fin d'information*, Art. 175 CPP) scheidet seine Einlegung jedoch aus.⁴⁶⁴

Gibt der Untersuchungsrichter, der vor seiner Entscheidung die Anträge der Staatsanwaltschaft einzuholen hat, dem Begehren statt, so erhält der Betroffene die Eigenschaft als *témoin assisté* (Abs. 4, 5). Anderenfalls hat der Untersuchungsrichter eine begründete Verfügung zu erlassen, aus der sich die seine Entscheidung rechtfertigenden schweren oder übereinstimmenden Verdachtsmomente ergeben (Abs. 6). Hiergegen kann binnen einer Frist von zehn Tagen Beschwerde (*appel*) zur Untersuchungskammer eingelegt werden, wobei die formalen Vorgaben der Art. 502, 503 CPP zu beachten sind (Art. 186 Abs. 1, 4 CPP). Wurde diesen Zulässigkeitsanforderungen Genüge getan, so gibt der Kammervorsitzende die mit einer begründeten Stellungnahme des Staatsanwalts versehenen Verfahrensakten an den Generalstaatsanwalt ab, der das Verfahren nach den allgemeinen vor der Untersuchungskammer geltenden Vorschriften vorbereitet (Art. 194 ff. CPP). Auf Grund-

⁴⁶¹ Guéry, AJ Pén. 2014, 283.

⁴⁶² Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 91.41 f.; Belin/Pons, AJ Pén. 2007, 317: „révolution culturelle“; Guéry, AJ Pén. 2007, 105 Rn. 32.

⁴⁶³ Crim. 8.12.2009, Bull. n° 207; zust. Desportes/Lazerges-Cousquer, Traité, Rn. 1738; zu Recht abl. dagegen Léna, D. 2010, 268.

⁴⁶⁴ Crim. 9.6.2009, Bull. n° 116 (arg. *e contrario* Art. 175 Abs. 4 CPP).

lage der Verhandlung (Art. 199 CPP) entscheidet die Kammer über den Fortbestand der qualifizierten Verdachtsmomente i.S.v. Art. 80-1 Abs. 1 CPP.

Zwar werden im Schrifttum die Erfolgsaussichten dieses unter den Eindrücken der *Outreau*-Affäre geschaffenen Rechtsbehelfs eher zurückhaltend bewertet.⁴⁶⁵ Zugleich wird jedoch gesehen und betont, dass er eine gravierende Rechtsschutzlücke schließt: Folgt man nämlich der vorherrschenden Auffassung, wonach bei der Anordnung und gerichtlichen Kontrolle der *détention provisoire* selbst eine rechtliche und tatsächliche Prüfung des Tatverdachts (nicht) mehr stattfindet, und vergewärtigt man sich, dass sich die Nichtigkeitsklage lediglich punktuell auf die Rechtmäßigkeit der förmlichen Beschuldigung im Moment ihrer Anordnung bezieht, so handelt es sich bei der sogenannten *dé-mise en examen* nach Art. 80-1-1 CPP um das *einzig* Instrument, mit dem der Beschuldigte den Fortbestand des Tatverdachts in der gerichtlichen Voruntersuchung auch noch nachträglich infrage stellen und auf diese Weise einer möglicherweise bevorstehenden – oder andauernden (dazu sogleich 2.) – Freiheitsentziehung den Boden entziehen kann.⁴⁶⁶

2. Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler

Der gerichtliche Rechtsschutz im Zusammenhang mit der *détention provisoire* nimmt – auch abgesehen von den für die Anfechtung von Maßnahmen des Haftvollzugs geltenden Besonderheiten, die eine Spezialmaterie bildet und vorliegend nur überblicksweise thematisiert werden soll – eine Sonderstellung im ohnehin schon komplexen System der strafprozessualen Rechtsbehelfe ein. Ein wesentlicher Grund für diese Sonderstellung liegt in der Regel des „einzigen Klagegegenstands“ (*unique objet*), die es verbietet, anlässlich eines gegen die Haft als solche gerichteten Rechtsbehelfs vor der Untersuchungskammer (Vor-)Fragen zu erörtern, die nicht unmittelbar die Rechtmäßigkeit der angegriffenen Haftentscheidung selbst betreffen. Der Einwand der Fehlerhaftigkeit der förmlichen Beschuldigung kann daher z.B. – anders als etwa das gänzliche Fehlen einer *mise en examen* – in diesem Kontext nicht erhoben, der Tatverdacht selbst mithin nicht bestritten werden.⁴⁶⁷ Es ist daher zu unterscheiden zwischen solchen Rechtsbehelfen, mit denen die auf einem qualifizierten Tatverdacht i.S.v. Art. 80-1 Abs. 1 CPP basierende, förmliche Beschuldigung als notwendige Grundlage der *détention provisoire* beseitigt werden soll und den diversen anderen Instrumenten, die sich speziell gegen die Haft als

⁴⁶⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1738; *Guéry*, AJ Pén. 2007, 105, Rn. 32.

⁴⁶⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1738.

⁴⁶⁷ A.a.O., Rn. 2703, 2709, 2776, 2142; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCL., Rn. 37; Crim. 9.4.2014, n° 14-80.833; 1.6.1994, Bull. n° 221; zust. *Gallois*, AJ Pén. 2014, 482; allg. zum Prinzip des *unique objet* bei Haftbeschwerden siehe z.B. Crim. 28.11.1984, Bull. n° 373; 23.2.2011, Bull. n° 36; *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 735; *Pradel*, D. 2011, 2231 II.B.

solche richten.⁴⁶⁸ Ein weiterer Grund für die Komplexität der Materie liegt in der Vielfalt der haftspezifischen Rechtsschutzvorkehrungen, die sich nicht nur in der Existenz besonderer Rechtsbehelfe manifestiert, sondern auch darin zum Ausdruck kommt, dass die allgemeinen Regelungen und Instrumente teilweise abweichende Modalitäten im Hinblick auf die *détention provisoire* vorsehen.⁴⁶⁹

a) Kontrolle der förmlichen Beschuldigung und des Tatverdachts

1. Für die gerichtliche Kontrolle der *mise en examen* gelten die oben (1.) zur Nichtigkeitsklage (Art. 170 ff. CPP) und dem Antrag auf *dé-mise en examen* (Art. 80-1-1 CPP) dargestellten Grundsätze im Wesentlichen entsprechend.⁴⁷⁰ Zu beachten sind insbesondere auch hier die zeitlichen Grenzen, die sich bei der Nichtigkeitsklage aus den Präklusionsvorschriften und bei dem Einwand des nachträglichen Wegfalls der materiellen Voraussetzung der förmlichen Beschuldigung aus Art. 80-1-1 Abs. 2, 3 CPP ergeben. Wird die förmliche Beschuldigung des inhaftierten Beschuldigten aufgehoben, so entfällt die Grundlage für die *détention provisoire* und er ist umgehend freizulassen (Art. 80-1-1 Abs. 5 Satz 2 CPP; vgl. Art. 174-1 CPP).⁴⁷¹

Abweichende Spezialvorschriften zugunsten festgehaltener Personen (*personnes détenues*) sehen formale Erleichterungen für die Einlegung der Rechtsbehelfe (Möglichkeit der Erklärung gegenüber der Gefängnisleitung, vgl. Art. 173 Abs. 3, 186 Abs. 4 i.V.m. Art. 503 CPP) sowie Verkürzungen bei den Fristen zum Zwecke der Beschleunigung des Verfahrens vor (vgl. Art. 175 Abs. 2, 3 CPP: Nichtigkeitsklage nur binnen eines statt dreier Monate ab *avis de fin d'information* zulässig). Im Gegensatz zu den vorstehenden Sonderregelungen, welche ausdrücklich an die *Haftsituation* des Betroffenen anknüpfen,⁴⁷² enthält das Gesetz auch Vorschriften mit abweichenden Fristen- und Verfahrensregelungen (Öffentlichkeit der Verhandlung und Anwesenheitsrecht des Betroffenen), deren Anwendungsbereich auf den Bereich der *détention provisoire* (*en matière de détention provisoire*) beschränkt ist (vgl. Art. 194 Abs. 1, 4, 197 Abs. 2, 199 Abs. 2, 6, 7 CPP). Wenngleich die *ratio* dieser Vorschriften auch bei einem Vorgehen des inhaftierten Beschuldigten gegen die *mise en examen* als notwendiger Grundlage der Haft einschlägig erscheint, sprechen nicht nur Wortlaut und Systematik, sondern auch und gerade die Theorie

⁴⁶⁸ Vgl. *Defferrard*, *Le suspect*, S. 99; zum Sonderfall der 2007 eingefügten Kontrollmöglichkeit in Art. 221-3 CPP, die diesen strengen Dualismus sprengt, siehe unten c.

⁴⁶⁹ Siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2703 zu dieser „spécificité du contentieux de la détention provisoire“.

⁴⁷⁰ Zum Verhältnis der beiden Rechtsbehelfe *Guéry*, *AJ Pén.* 2014, 283.

⁴⁷¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1737 f.; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 705.

⁴⁷² Art. 175 Abs. 2, 3 CPP: „si une personne mise en examen est détenue“; Art. 503 CPP: „Lorsque l'appelant est détenu“; Art. 173 Abs. 3 CPP: „Lorsque la personne mise en examen est détenue“.

des *unique objet* gegen eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Regelungen über die gegen die Haft als solche gerichteten Rechtsbehelfe hinaus.

2. Wird die gerichtliche Voruntersuchung abgeschlossen, weil der Untersuchungsrichter zu dem Ergebnis gelangt, dass ein hinreichender Tatverdacht (*charges suffisantes*, Art. 176 f. CPP) vorliegt – der in der Abschlussverfügung präzise zu begründen ist (Art. 184 Satz 2, 3 CPP)⁴⁷³ – so kann spätestens nach Ablauf der Präklusionsfrist in Art. 175 Abs. 3 CPP zwar nicht mehr die förmliche Beschuldigung angegriffen werden. Es besteht jedoch die Möglichkeit, den hinreichenden Tatverdacht im Wege einer Beschwerde (*appel*) gegen die Anklageverfügung vor das Geschworenengericht (*mise en accusation*, Art. 181 CPP), ausnahmsweise auch gegen die Verweisungsverfügung vor das Korrekionalgericht (*ordonnance de règlement*, Art. 179 CPP) infrage zu stellen (vgl. Art. 186, 186-2, 186-3 CPP).⁴⁷⁴ In diesem Fall wächst der Untersuchungskammer als Beschwerdeinstanz eine vollständige Prüf- und Revisionskompetenz inklusive der Befugnis zur Opportunitätskontrolle (*pouvoir de révision*) zu, anlässlich derer sie auch das Vorliegen eines hinreichenden Tatverdachts zu prüfen hat (Art. 211 CPP) und die Aufhebung der *détention provisoire* anordnen kann (Art. 201 Abs. 2, 212 Abs. 2 CPP).⁴⁷⁵

b) Kontrolle der Haftvoraussetzungen im engeren Sinne

aa) Überblick über die verschiedenen Kontrollmechanismen

(1) Automatische Überprüfung

Mit dem System der periodischen Haftverlängerungen und den diversen Bestimmungen, die eine Freilassung von Amts wegen vorsehen (siehe oben C.I.b.), ist eine regelmäßige Kontrolle des Fortbestands der Haftvoraussetzungen gewährleistet.

(2) Antrag auf Freilassung

Der inhaftierte Beschuldigte und sein Verteidiger können gemäß Art. 148 Abs. 1, 148-1 Abs. 1 CPP jederzeit eine *demande de mise en liberté* an den Untersuchungs-

⁴⁷³ Auch nach der Verschärfung der Begründungsanforderungen durch das in Reaktion auf die *Outreau*-Affäre entstandene Gesetz vom 5.3.2007 erscheint die höchstrichterliche Kontrolle hier reichlich großzügig, siehe *Renucci*, CPP, Art. 184 Rn. 4, 6 m.w.N.

⁴⁷⁴ Da es sich um beschwerdefähige *actes juridictionnels* handelt, ist die Nichtigkeitsklage unzulässig (Art. 173 Abs. 4 CPP); Crim. 26.1.2000, Bull. n° 45. Zu den Zulässigkeitschranken der Beschwerde gegen die *ordonnance de renvoi* (Art. 186-3 CPP) siehe *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2094, 2100; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 232.43; zur Verfassungskonformität Crim. 15.12.2010, Bull. n° 208.

⁴⁷⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2162 f.; 2144, 2147 ff.

richter bzw. nach Eröffnung der Hauptverhandlung an das Prozessgericht richten (zur Form siehe Art. 148-6 f. CPP).⁴⁷⁶ Der Untersuchungsrichter entscheidet nach unverzüglicher Weiterleitung der Akten an den Staatsanwalt zwecks Einholung seiner Stellungnahme über den Fortbestand der Haft (Art. 148 Abs. 1, 2 CPP). Gibt er dem Antrag statt, so ist der Betroffene – ggf. unter Auflagen des *contrôle judiciaire* – spätestens binnen vier Stunden freizulassen, sofern die Staatsanwaltschaft keinen Eilrechtsbehelf einlegt (Art. 148 Abs. 4, 148-1-1 CPP; siehe unten (4)(b)). Anderenfalls hat er die Sache binnen fünf Tagen ab der Verständigung des Staatsanwalts mit einer begründeten Stellungnahme an den Grundrechte- und Haftrichter zu übermitteln, der innerhalb von drei Werktagen mit einer in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gemäß Art. 144 CPP (Haftgründe und Subsidiarität) begründeten Verfügung über die Freilassung entscheidet. Anders als im Verfahren über die Anordnung und Verlängerung der Maßnahme (Art. 145 ff. CPP) und anders als im Beschwerdeverfahren (Art. 199 CPP) findet hier keine mündliche Diskussion statt, sondern das Verfahren hat *schriftlichen* Charakter.⁴⁷⁷

Ergeht innerhalb der Frist keine Entscheidung, kann der Betroffene direkt die Untersuchungskammer anrufen (zur Form siehe Art. 148-8 Abs. 1 i.V.m. Art. 148-6 f. CPP), die nach Einholung einer schriftlichen und begründeten Stellungnahme des Staatsanwalts binnen 20 Tagen entscheidet; wird diese Frist überschritten, so ist der Betroffene freizulassen, sofern die Untersuchungskammer keine weiteren Überprüfungen angeordnet hat (Art. 148 Abs. 5 CPP).⁴⁷⁸ Wenngleich diese Entscheidungsfrist – anders als bei der Beschwerde (Art. 194 Abs. 4 CPP) – nicht explizit unter dem Vorbehalt unvorhersehbarer und unüberwindlicher Umstände steht, soll diese Einschränkung auch hier gelten.⁴⁷⁹ Art. 199 Abs. 7 CPP, der bei der Beschwerde für den Fall des persönlichen Erscheinens des Beschuldigten vor der Untersuchungskammer eine Fristverlängerung von fünf Tagen gewährt, ist dagegen nicht anwendbar.⁴⁸⁰ Das persönliche Erscheinen kann auch ohne Begründung durch eine

⁴⁷⁶ Zur Unzulässigkeit wegen formaler Mängel siehe Crim. 23.1.2013, n° 12-86.986; *Georget*, Dr. pén. 2014, Chronique n° 1, Rn. 28.

⁴⁷⁷ Krit. *Matsopoulou*, D. 2008, 1499; zur Vereinbarkeit mit Art. 5 Abs. 4 EMRK wegen der Möglichkeit einer nachfolgenden Beschwerde zur Untersuchungskammer Crim. 26.2.2003, Bull. n° 55. Die Vorschriften sind verfassungskonform so auszulegen, dass der Grundrechte- und Haftrichter den Antrag nicht ablehnen darf, bevor dem Betroffenen oder seinem Anwalt die Stellungnahme des Untersuchungsrichters und die Anträge des Staatsanwalts vorgelegen haben, C. const. 17.12.2010, n° 2010-62 QPC. Siehe *Perrier*, AJ Pén. 2011, 136; Crim. 26.10.2011, Bull. n° 220; zum Verfahren *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 214 ff.; *Boulloc*, Proc. pén., Rn. 734; *Dourneau-Josette*, Détention provisoire, in: Rép. pén., Rn. 337 ff.

⁴⁷⁸ Zu Fristberechnung und Fristbeginn nach Art. 148-6 CPP siehe Crim. 3.6.2014, n° 14-82.042; *Girault*, AJ Pén. 2014, 586.

⁴⁷⁹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2803.

⁴⁸⁰ Crim. 6.12.1990, Bull. n° 420.

audiovisuelle Übertragung ersetzt werden, ohne dass dem Betroffenen insoweit ein Ablehnungsrecht zusteht (Art. 706-71 Abs. 1, 3 CPP).⁴⁸¹

Eine direkte Anrufung der Untersuchungskammer ist in der gerichtlichen Voruntersuchung außerdem zulässig, wenn seit dem letztmaligen Erscheinen des Beschuldigten vor dem Untersuchungsrichter eine Frist von vier Monaten verstrichen ist (Art. 148-4 CPP).⁴⁸² Für Form und Verfahren gelten gemäß Art. 148-4, 148-8 CPP die soeben skizzierten Vorschriften des Art. 148 Abs. 5 CPP entsprechend.

(3) Beschwerde gegen Haftentscheidungen

Das Rechtsmittel der Beschwerde (*appel*, Art. 185 ff. CPP) steht dem Beschuldigten⁴⁸³ nicht nur gegen die Anordnung und Verlängerung der Haft (und ihrer Surrogate), sondern auch gegen die Ablehnung der Freilassung zu. Wegen ihres Devolutiveffekts versetzt die Beschwerde die Untersuchungskammer in die Lage, die Voraussetzungen der Haft anhand eigener Recht- und Zweckmäßigkeitserwägungen losgelöst von der Beurteilung der Vorinstanz neu zu bewerten.⁴⁸⁴ Sie darf deshalb der Beschwerde gegen die Ablehnung eines Freilassungsantrags nicht einfach mit der Begründung stattgeben, dass die angenommenen Haftmotive nicht einschlägig sind, sondern muss sich vielmehr vor der schlichten Annullierung, d.h. der Aufhebung der angegriffenen Entscheidung, mit der Frage auseinandersetzen, ob die Haft nicht aus einem anderen Grund gerechtfertigt ist und deshalb aufrechterhalten werden kann (*réformation*).⁴⁸⁵ Nur bei schwerwiegenden Verfahrensverstößen, die einer solchen Reparatur nicht zugänglich sind, ist mit der Feststellung des Verstoßes zugleich die Nichtigkeit der Haftentscheidung auszusprechen (*annulation*).⁴⁸⁶ Dies gilt etwa bei Fehlern im Zusammenhang mit der vor jeder Haftanordnung und -verlängerung durchzuführenden kontradiktorischen Debatte (Art. 145 CPP).⁴⁸⁷ Eine Evokationsbefugnis besteht bei der Annullierung von Haftentschei-

⁴⁸¹ Crim. 3.1.2012, n° 11-87.520.

⁴⁸² *Pradel*, Proc. pén., Rn. 750; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2800 ff.; zum Begriff der *comparution* siehe *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 146.45 m.w.N.

⁴⁸³ Vollumfänglich beschwerdebefugt ist auch der Staatsanwalt (Art. 185 Abs. 1 CPP). Das Beschwerderecht des Zivilklägers ist dagegen bei sämtlichen Haftentscheidungen ausdrücklich ausgeschlossen, Art. 186 Abs. 2 Satz 2 CPP.

⁴⁸⁴ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2082, 2778, 2780 ff.

⁴⁸⁵ Crim. 19.1.2010, Bull. n° 8; ähnlich Crim. 2.2.2011, Bull. n° 19; 9.5.2001, Bull. n° 110; zur Verfassungskonformität Crim. 16.6.2011, n° 11-81.628; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 198.

⁴⁸⁶ *Ascensi*, AJ Pén. 2010, 195; zur Abgrenzung *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2784 f.

⁴⁸⁷ Crim. 5.9.2001, Bull. n° 173; 2.2.2011, n° 10-87.723.

dungen – anders als bei der Stattgabe einer Nichtigkeitsklage gegen die förmliche Beschuldigung (Art. 206 Abs. 3 CPP) – nicht (Art. 207 CPP).⁴⁸⁸

Für die Zulässigkeit und das Verfahren der Beschwerde vor der Untersuchungskammer gelten die bereits dargelegten Grundsätze (Art. 186, 194 ff. CPP). Neben den Modifikationen, die daraus resultieren, dass der förmlich Beschuldigte sich in Haft befindet (Art. 186 Abs. 4, 503 CPP), ergeben sich jedoch weitere Besonderheiten aus dem Umstand, dass der Bereich der *détention provisoire* betroffen ist:

– Die Frist des Generalstaatsanwalts zur Vorbereitung und Formulierung seiner Anträge beträgt 48 Stunden anstelle von zehn Tagen (Art. 194 Abs. 1 CPP). Während die Untersuchungskammer normalerweise binnen zwei Monaten zu entscheiden hat (Abs. 2), ordnet Art. 194 Abs. 4 CPP an, dass die Entscheidung in kürzester Zeit und spätestens innerhalb von zehn Tagen bei einer Beschwerde gegen die Haftanordnung und innerhalb von 15 Tagen in allen übrigen Fällen ergehen muss. Anderenfalls ist die Person von Amts wegen freizulassen, sofern keine zusätzlichen Überprüfungen (*vérifications*) angeordnet wurden oder der Einhaltung der Frist unvorhersehbare und unüberwindbare, d.h. justizexterne Umstände entgegenstanden.⁴⁸⁹ Der Mindestzeitraum, der zwischen dem Zugang der Ladung und dem Termin liegen muss, ist von fünf Tagen auf 48 Stunden verkürzt (Art. 197 Abs. 2 CPP).⁴⁹⁰

– Die Durchführung des Termins vor der Untersuchungskammer ist in Umkehrung des ansonsten geltenden Regel-Ausnahme-Verhältnisses grundsätzlich öffentlich; bei Vorliegen eines der im Gesetz genannten Gründe (vgl. oben D.5.b.) kann die Öffentlichkeit jedoch auf Antrag ausgeschlossen werden (Art. 199 Abs. 1, 2 CPP). Die Anordnung des persönlichen Erscheinens des Beschuldigten steht hier nicht im freien Ermessen des Gerichts (Abs. 4), sondern er ist auf Antrag zuzulassen; die in Art. 194 Abs. 4 CPP normierte Entscheidungsfrist ist in diesem Fall um fünf Tage verlängert (Abs. 6, 7). Ist der Betroffene allerdings bereits zuvor in einem Zeitraum von weniger als vier Monaten vor der Untersuchungskammer erschienen, so kann der Antrag im Fall einer Beschwerde gegen die Ablehnung eines Freilassungsgesuchs durch begründete und unanfechtbare Verfügung zurückgewiesen werden (Abs. 6). Entsprechendes gilt, wenn seiner Anhörung ausnahmsweise unvorhersehbare und unüberwindbare Umstände entgegenstehen und eine

⁴⁸⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2782; *Crim.* 9.5.2001, *Bull.* n° 111; 5.9.2001, n° 173.

⁴⁸⁹ Ein technischer Defekt kann eine Verzögerung nur rechtfertigen, wenn er auf einem Umstand basiert, der außerhalb der Sphäre der Justiz liegt, *Crim.* 4.9.2012, n° 12-83.997. I.d.S. auch *Crim.* 15.1.2013, *Bull.* n° 13; *Georget*, *Dr. pén.* 2014, *Chronique* n° 1, Rn. 45. Zu Sonderfragen der Fristberechnung und des Fristbeginns siehe *Crim.* 9.4.2014, n° 14-80.833; *Gallois*, *AJ Pén.* 2014, 482. Zur fristaufschiebenden Anordnung zusätzlicher Überprüfungen siehe *Crim.* 9.4.2014, *Bull.* n° 109; 18.12.2013, *Bull.* n° 263.

⁴⁹⁰ Zu Besonderheiten im Fall eines Verteidigerwechsels *Auffret*, *AJ Pén.* 2014, 38.

Vertagung der Entscheidung aus Fristgründen ausscheidet.⁴⁹¹ Zu beachten ist schließlich die Möglichkeit einer Anhörung im Wege des Einsatzes audiovisueller Telekommunikationsmittel; der Betroffene kann dieses Prozedere nur im Hinblick auf solche Verhandlungen ablehnen, in denen die Anordnung oder Verlängerung der Maßnahme – also nicht lediglich die Ablehnung eines Freilassungsantrags – zur Entscheidung steht (Art. 706-71 Abs. 3 CPP).

(4) Eilrechtsbehelfe

Die Beschwerde gegen Haftentscheidungen hat keine aufschiebende Wirkung. Um daraus resultierende Härten zu korrigieren, gibt das Gesetz sowohl dem inhaftierten Beschuldigten als auch dem Staatsanwalt – dessen Beschwerde gegen eine Freilassungsentscheidung bis 1984 tatsächlich noch Suspensiveffekt hatte (Art. 186 CPP a.F.) – die Möglichkeit eines Eilrechtsbehelfs (*référé*) an die Hand.

(a) Der auf die Freilassung gerichtete *référé-liberté* wurde durch Gesetz vom 24.8.1993 geschaffen und geht in seiner jetzigen Form (Art. 187-1 CPP) im Wesentlichen auf das Gesetz vom 30.12.1996 zurück.⁴⁹² Er betrifft ausschließlich die Entscheidung über die erstmalige Anordnung der Haft (*ordonnance de placement*), bei der der förmlich Beschuldigte, der spätestens am darauffolgenden Tag Beschwerde gegen sie einlegt, die Möglichkeit erhält, gleichzeitig den Vorsitzenden der Untersuchungskammer oder – seit der Einführung des Art. 187-2 CPP durch Gesetz vom 15.6.2000⁴⁹³ – die Untersuchungskammer selbst anzurufen, damit die Beschwerde unverzüglich geprüft wird, ohne den Verhandlungstermin (Art. 194 ff., 199 CPP) abzuwarten. Dem Ersuchen, das ebenso wie die Beschwerde bereits in unmittelbarem Anschluss an die kontradiktorische Debatte vor dem Grundrechte- und Haftrichter zu Protokoll erklärt werden kann (Art. 187-1 Abs. 7 CPP), dürfen schriftliche Ausführungen beigelegt werden. Außerdem ist dem Verteidiger – nicht jedoch dem Beschuldigten selbst – auf Antrag Gelegenheit zu einer mündlichen Stellungnahme zu geben.

Die Verhandlung findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Der Staatsanwalt wird benachrichtigt, damit er ggf. Anträge stellt; dem Verteidiger gebührt das letzte Wort (Abs. 1).⁴⁹⁴ Die auf Grundlage des Inhalts der Verfahrensakten zu tref-

⁴⁹¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2774; Crim. 17.3.2009, Bull. n° 56 (Hospitalisierung).

⁴⁹² Krit. zur praktischen Effektivität *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 141.25, 145.49: 1996 wurde von dem Instrument bei 27.830 Haftbefehlen lediglich in 394 Fällen (1,4 %) Gebrauch gemacht. Dass dieser Rechtsbehelf auch dem Staatsanwalt zusteht, spielt in der Praxis offenbar kaum eine Rolle, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2787.

⁴⁹³ Abgesehen von der unterschiedlich geregelten Entscheidungsfrist ist das Verfahren in beiden Fällen identisch, Ziff. 2.1.2.2.2 des Circulaire CRIM 00-16 F1 vom 20.12.2000.

⁴⁹⁴ *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 724; *Pradel*, Proc. pén., Rn. 771.

fende Entscheidung des Vorsitzenden der Untersuchungskammer muss spätestens am dritten Werktag, die der Untersuchungskammer spätestens am fünften Werktag nach der Einreichung des Antrags ergehen; sie ist grundsätzlich unanfechtbar und bedarf keiner Begründung (Abs. 2; Art. 187-2 Satz 2 CPP).⁴⁹⁵ Wird dem Begehren stattgegeben, weil die Haftvoraussetzungen des Art. 144 CPP (Haftgründe und Subsidiarität) nicht vorliegen,⁴⁹⁶ so ist die Haftanordnung aufzuheben, der Betroffene – ggf. unter Anordnung von Auflagen des *contrôle judiciaire* (Abs. 5) – freizulassen und die Beschwerde vor der Untersuchungskammer wird gegenstandslos (Abs. 3 CPP). Anderenfalls entscheidet die Untersuchungskammer nach dem regulären Verfahren – und innerhalb der herkömmlichen Fristen⁴⁹⁷ – über die Beschwerde (Abs. 4, 6).

(b) Mit der Einführung des *référé-détention* durch Gesetz vom 9.9.2002 in Art. 148-1-1, 187-3 CPP wurde zugunsten des Staatsanwalts ein auf die Aufrechterhaltung der Haft gerichteter Eilrechtsbehelf normiert: Ergeht entgegen der Anträge des Staatsanwalts eine Freilassungsentscheidung des Untersuchungsrichters oder des Grundrechts- und Haftrichters,⁴⁹⁸ so ist er unverzüglich davon in Kenntnis zu setzen. Die Freilassung darf in diesem Fall nicht vor Ablauf von vier Stunden erfolgen. Während dieser Frist hat der Staatsanwalt die Möglichkeit, eine Beschwerde gegen die Freilassung einzulegen und diese mit einem begründeten Antrag an den Ersten Vorsitzenden des Berufungsgerichts zu verbinden,⁴⁹⁹ der auf die Herstellung einer aufschiebenden Wirkung der Beschwerde zielt (Art. 148-1-1 Abs. 1, 2 CPP).

Macht der Staatsanwalt von diesem Mittel Gebrauch, so verbleibt der Beschuldigte bis zur Entscheidung über den Eilantrag in Haft.⁵⁰⁰ Er und sein Verteidiger sind darüber und über ihr Recht, dem Ersten Vorsitzenden schriftliche Ausführungen vorzulegen, zu informieren. Dem Verteidiger ist auf Antrag Gelegenheit zu

⁴⁹⁵ Zur Unanfechtbarkeit siehe Crim. 22.10.2002, n° 02-85.423; 3.12.2002, Bull. n° 216. Die Nichteinhaltung der Entscheidungsfrist als solche rechtfertigt hier jedoch keine Freilassung; eine entsprechend motivierte Freilassungsverfügung kann daher ausnahmsweise wegen Überschreitung der gesetzlichen Befugnisse (*recours pour excès de pouvoir*) angefochten werden, Crim. 16.1.2013, n° 12-86.856; *Belloir*, AJ Pén. 2013, 214.

⁴⁹⁶ Hierin liegt eine wesentliche Erleichterung gegenüber der ursprünglichen Gesetzesfassung aus 1993, die verlangt hatte, dass die Haft „offensichtlich nicht notwendig“ ist.

⁴⁹⁷ *Bouloc*, Proc. pén., Rn. 724; Crim. 22.10.2002, n° 02-85.424.

⁴⁹⁸ Wird hingegen die Anordnung oder Verlängerung der Haft abgelehnt, so ist der Anwendungsbereich dieses Instruments nicht eröffnet, *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2794.

⁴⁹⁹ Das Gleichzeitigkeitskriterium in Abs. 2 (*en même temps*) wird in der Rspr. bedenklich weit ausgelegt, Crim. 8.10.2013, Bull. n° 187; krit. *Gallois*, AJ Pén. 2014, 83; *Georget*, Dr. pén. 2014, Chronique n° 1, Rn. 25. Siehe auch Crim. 12.3.2014, Bull. n° 78.

⁵⁰⁰ Unterbleibt der Antrag nach Art. 148-1-1 CPP, so ist der Beschuldigte – auch im Fall einer staatsanwaltschaftlichen Beschwerde – nach Ablauf der Vierstundenfrist umgehend freizulassen, Crim. 8.10.2013, Bull. n° 188; *Girault*, AJ Pén. 2013, 681.

einer mündlichen Stellungnahme zu geben. Die Verhandlung findet unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Der Staatsanwalt wird benachrichtigt, damit er etwaige Anträge stellt. Der Erste Vorsitzende muss spätestens am zweiten Werktag nach Einlegung des Antrags entscheiden, ob der Beschuldigte bis zur Entscheidung der Untersuchungskammer über die Beschwerde in Haft bleiben soll, weil dies im Hinblick auf mindestens *zwei* der in Art. 144 CPP genannten Haftgründe *offensichtlich* erforderlich ist; anderenfalls ist er freizulassen. Die Entscheidung ist in beiden Fällen unanfechtbar (Art. 187-3 Abs. 3 CPP).⁵⁰¹ Ordnet der Erste Vorsitzende die aufschiebende Wirkung der Beschwerde an, so hat die Untersuchungskammer binnen kürzester Frist und spätestens zehn Tage nach ihrer Einlegung über sie zu entscheiden. Der Richter, der den Eilantrag beschieden hat, ist – anders als beim *réfère-liberté*⁵⁰² – unter ausdrücklicher Androhung der Nichtigkeit von der Mitwirkung im Beschwerdeverfahren ausgeschlossen (Art. 187-3 Abs. 6 CPP).⁵⁰³

(5) Besonderheiten bei der Haft außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung

(a) *Nach* Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung bedarf es lediglich bei Vergehen, also im Fall einer Verweisung der Sache an das Korrekionalgericht (*ordonnance de renvoi*), einer ausdrücklichen und gesonderten (untersuchungs-) richterlichen Entscheidung über den Fortbestand der Haft (Art. 179 Abs. 3 CPP), die nach allgemeinen Grundsätzen im Wege der Beschwerde angreifbar ist (Art. 186 Abs. 1 CPP). Wird dagegen ein Verbrechen angeklagt (*mise en accusation*), so besteht die Haft während des Verfahrens vor dem Geschworenengericht automatisch fort (Art. 181 Abs. 7 CPP). Hier fehlt also eine beschwerdefähige Haftentscheidung; es besteht jedoch die Möglichkeit einer Beschwerde gegen die Anklageverfügung, über die die Untersuchungskammer binnen vier Monaten entscheiden muss (zur Haftaufhebungskompetenz siehe Art. 201 Abs. 2 CPP), anderenfalls ist der inhaftierte Beschuldigte von Amts wegen freizulassen (Art. 186, 186-2 CPP).⁵⁰⁴

(b) Kommt die *détention provisoire* in einem Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung zur Anwendung, so ist zu unterscheiden: Ordnet der Grundrechte- und Haftrichter bei der *comparution immédiate* die Freiheitsentziehung an, weil das Prozessgericht nicht am selben Tage zusammentreten kann, so ist die Verfügung unanfechtbar (Art. 396 Abs. 2 Hs. 2 CPP).⁵⁰⁵ Entsprechendes dürfte für die Haft-

⁵⁰¹ Crim. 9.12.2003, Bull. n° 235.

⁵⁰² Crim. 6.6.2000, Bull. n° 211; krit. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2792 f.

⁵⁰³ Zum Ganzen *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 795; *Caron*, *Détention provisoire*, in: *JCl.*, Rn. 228.

⁵⁰⁴ Vgl. Crim. 16.2.2010, n° 09-88.031.

⁵⁰⁵ Crim. Ord. prés. 1.2.2006, Bull. n° 1. Im Hinblick auf die dieser Inhaftierungsbefugnis zugrunde liegende Unmöglichkeit einer sofortigen Verhandlung vor dem Prozessgericht trifft den Staatsanwalt keine Beweislast (Crim. 23.5.2006, Bull. n° 142); siehe *Guéry*, *Comparution immédiate*, in: *Rép. pén.*, Rn. 44, 57; *Giudicelli*, *RSC* 2007, 120.

anordnung durch den Grundrechte- und Haftrichter im Rahmen des CRPC-Verfahrens gelten, da Art. 495-10 CPP vollumfänglich auf Art. 396 CPP verweist. Ergeht die Haftentscheidung dagegen im Wege einer Verfügung des Prozessgerichts, z.B. im Zusammenhang mit dem Verfahren der *comparution immédiate* (Art. 397-3 CPP), so ist das Rechtsmittel der Beschwerde zum Berufungsgericht zulässig (Art. 496 ff. CPP; zum Ablauf der Verhandlung siehe Art. 513 i.V.m. Art. 460 CPP). Die Beschwerde, die binnen zehn Tagen einzulegen ist (Art. 501 f. CPP), hat keine Suspensivwirkung (*exécutoire par provision*, Art. 397-3 CPP); sie muss innerhalb der in Art. 148-2 Abs. 4 CPP bezeichneten Fristen beschieden werden.⁵⁰⁶

(c) *In allen Fällen* besteht im Übrigen gemäß Art. 148-1 CPP jederzeit und unabhängig vom Verfahrensstadium die Möglichkeit, im Zeitraum vor rechtskräftiger Verurteilung einen Freilassungsantrag zu stellen (zur Form siehe Art. 148-6 f. CPP).⁵⁰⁷ Wegen der Beschränkung des Art. 148 CPP auf den Zeitraum der gerichtlichen Voruntersuchung sind hier nicht Untersuchungsrichter und Grundrechte- und Haftrichter zuständig, sondern das mit der Sache befasste Prozessgericht bzw. im Fall einer Revision das letzte Gericht der Tatsacheninstanz. Das für Verbrechen zuständige Geschworenengericht entscheidet allerdings nur über solche Freilassungsanträge, die in der Verhandlung selbst gestellt wurden; im Übrigen verbleibt es bei einer Auffangkompetenz der Untersuchungskammer. Das Verfahren ist Gegenstand einer minutiösen Regelung in Art. 148-2 CPP und weist deutliche Parallelen zum Beschwerdeverfahren vor der Untersuchungskammer auf.⁵⁰⁸ Das zuständige Gericht entscheidet nach Anhörung des Staatsanwalts, des Angeklagten und seines Verteidigers. Ist der Angeklagte bereits zuvor in einem Zeitraum von weniger als vier Monaten vor ihm erschienen, so kann der Vorsitzende die Anwesenheit durch begründete und unanfechtbare Verfügung verweigern (Abs. 1). Die Entscheidungsfrist variiert und beträgt je nach Prozesstadium zwischen zehn Tagen und vier Monaten (Abs. 2).⁵⁰⁹ Mit Blick auf die gesetzlichen Obergrenzen der Haft in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung (Art. 396 CPP: drei Werktage; Art. 495-10 CPP: 20 Tage; Art. 397-3 CPP: zwei bzw. vier Monate) sind der Effektivität dieses Rechtsbehelfs von vornherein Grenzen gesetzt, zumal die Möglichkeit eines Eilantrags nicht vorgesehen ist. Wird der Antrag vom Korrektionalgericht abgelehnt, so kann binnen 24 Stunden Beschwerde zum Berufungsgericht eingelegt werden (Art. 501 CPP); über die Beschwerde ist innerhalb von 20 Tagen zu ent-

⁵⁰⁶ Crim. 20.7.2011, Bull. n° 161; Guéry, *Comparution immédiate*, in: Rép. pén., Rn. 116; Vlaminck, AJ Pén. 2011, 13; zum Devolutiveffekt (Evokationsbefugnis nach Art. 520 CPP) siehe Crim. 13.11.2012, n° 12-85.664.

⁵⁰⁷ Caron, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 246; Bouloc, Proc. pén., Rn. 870; Crim. 4.5.2011, n° 10-84.461 (*comparution immédiate*, Art. 397-3 CPP); 24.4.2003, Bull. n° 88.

⁵⁰⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2811, 2812.

⁵⁰⁹ Wird diese Frist überschritten, so ist der Betroffene freizulassen (Crim. 9.1.2013, Bull. n° 11).

scheiden, anderenfalls ist der Betroffene von Amts wegen freizulassen (Art. 148-2 Abs. 4 CPP).

bb) Verhältnis der Rechtsbehelfe zueinander

Das Gesetz trägt dem teils nur schwer durchschaubaren Nebeneinander der verschiedenen Rechtsbehelfe⁵¹⁰ und dem weitgehenden Fehlen quantitativer Schranken für ihre Einlegung⁵¹¹ durch verschiedene Vorkehrungen Rechnung: Wird ein Freilassungsantrag (*demande de mise en liberté*) gestellt, obwohl noch ein früherer Freilassungsantrag oder eine Beschwerde gegen die Ablehnung eines solchen Antrags anhängig ist,⁵¹² so beginnt die gesetzliche Entscheidungsfrist für den neuen Antrag erst mit der Bescheidung des vorherigen zu laufen (Art. 148 Abs. 3 Satz 3, 148-2 Abs. 3 CPP). Werden dem Grundrechte- und Haftrichter mehrere Freilassungsanträge vorgelegt, so kann er diese auch im Wege einer einzigen Entscheidung erledigen (Art. 148 Abs. 3 Satz 4 CPP).⁵¹³

Das Anwesenheitsrecht des Beschuldigten bei der Verhandlung von Beschwerden im Zusammenhang mit Haftentscheidungen vor der Untersuchungskammer kann ihm seit 2002 bei der Beschwerde gegen die Ablehnung eines Freilassungsantrags durch Entscheidung des Vorsitzenden versagt werden, wenn er bereits weniger als vier Monate zuvor vor der Kammer erschienen ist (Art. 199 Abs. 6 Satz 2 CPP). Gleiches gilt seit 2004 für die Verhandlung des Freilassungsantrags vor dem Prozessgericht bzw. der Untersuchungskammer (Art. 148-2 Abs. 1 Satz 2 CPP).

Um Kompetenzkonflikten vorzubeugen, die aus den unterschiedlichen Zuständigkeiten der Richter verschiedener Instanzen resultieren können, bestand bisher ein Kompetenzvorbehalt (*réserve du contentieux*) zugunsten der Untersuchungskammer. Hatte diese in zweiter Instanz einen Haftbefehl erlassen oder die Freilassungsentscheidung bzw. Ablehnung der Haftverlängerung durch den Grundrechte- und Haftrichter aufgehoben, so konnte sie sich für alle künftigen Freilassungsanträge und Verlängerungsentscheidungen als allein zuständig erklären (Art. 207 Abs. 1 Satz 2, 3 CPP a.F.).⁵¹⁴ Der C. const. hat diese Befugnis jedoch als verfas-

⁵¹⁰ Nord-Wagner, AJ Pén. 2007, 115: Schaffung immer neuer Rechtsbehelfe.

⁵¹¹ Freilassungsanträge können *täglich neu* gestellt werden (vgl. Crim. 24.9.1987, Bull. n° 312: 22 Freilassungsanträge innerhalb von 24 Tagen); aber: gegen jede beschwerdefähige Entscheidung ist nur *eine einzige*, nämlich die zuerst eingelegte Beschwerde zulässig (Crim. 3.11.1994, Bull. n° 348); Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 145.15, 146.22.

⁵¹² Darunter fällt nicht die Beschwerde gegen die mit der Vertagung des Verfahrens verbundene Haftanordnung in der *comparution immédiate* (Art. 397-3 CPP, Crim. 4.5.2011, n° 10-84.461); Lasserre Capdeville, AJ Pén. 2011, 470.

⁵¹³ Caron, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 223; Pradel, Proc. pén., Rn. 750.

⁵¹⁴ Mit dieser 2004 eingefügten Regelung wurde die bisherige Lösung der Rechtsprechung (insb. Crim. 24.11.1977, Bull. n° 370; 2.7.1985, Bull. n° 252) aufgegriffen, siehe

sungswidrig verworfen, da sie das gesetzliche Recht auf zwei Instanzen (*double degré de juridiction*) in gleichheitswidriger Weise beschränkt.⁵¹⁵

cc) (Revisions-)Kontrollumfang und Kontrolldichte

Die für die Haftentscheidung zuständigen Tatsacheninstanzen, namentlich Grundrechte- und Haftrichter sowie Untersuchungskammer, haben eine umfassende Prüfungsbefugnis im Hinblick auf die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen der *détention provisoire* (vgl. Art. 137-3, 144 CPP).⁵¹⁶ In ihrer Reichweite ist diese Kompetenz nur insoweit eingeschränkt, als eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der förmlichen Beschuldigung weder bei der Haftentscheidung selbst noch anlässlich ihrer nachträglichen Kontrolle (*principe de l'unique objet*) stattfindet. Eine Infragestellung des Tatverdachts wird daher in diesem Kontext überwiegend als unzulässig, jedenfalls aber als wenig erfolgversprechend erachtet.⁵¹⁷

Gegen Entscheidungen der Untersuchungskammer besteht die Möglichkeit einer Revision (*pourvoi en cassation*) zur Strafkammer (*chambre criminelle*) der Cour de cassation (Art. 567 ff. CPP), die *en matière de détention provisoire* innerhalb von drei Monaten ab Eingang der Akten entscheiden muss, anderenfalls ist der förmlich Beschuldigte freizulassen (Art. 567-2 Abs. 1 CPP).⁵¹⁸ Als Revisionsinstanz beschränkt sich deren Kontrollmission auf Rechtsfehler.⁵¹⁹ Die Cour de cassation lehnt daher die Beurteilung rein tatsächlicher Fragen (*questions de pur fait*) ab und übt sich auch bei gemischten tatsächlich-rechtlichen Fragen (*questions mélangées de fait et de droit*) in großer Zurückhaltung. So wurde bereits oben – bei der Analyse der Anfechtungsmöglichkeiten gegen die *mise en examen* – dargetan, dass eine Kontrolle der Einschätzung der Untersuchungskammer hinsichtlich der die förmliche Beschuldigung tragenden Verdachtsmomente abgelehnt wird.⁵²⁰ Speziell im Bereich der *détention provisoire* vertritt die Cour de cassation in ständiger Rechtsprechung die Auffassung, dass etwa die Beurteilung der Angemessenheit der Haftdauer (*délai raisonnable* i.S.v. Art. 144-1 CPP und Art. 5, 6 EMRK) der *souveränen* Einschätzung der Untersuchungskammer obliegt, deren Begründung sich

Chambon/Guéry, Instruction préparatoire, Rn. 145.35 ff.; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 162.

⁵¹⁵ C. const. 17.12.2010, n° 2010-81 QPC; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2783; *Ascensi*, AJ Pén. 2011, 140 f.

⁵¹⁶ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 274.

⁵¹⁷ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2703, 2709, 2776, 2142; *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 37; Crim. 1.6.1994, Bull. n° 221.

⁵¹⁸ Zu den Folgen der Kassation für die Haft siehe *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 145.61 ff.

⁵¹⁹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3476, 2170 ff.; *Boré/Boré*, Cassation, in: Rép. pén., Rn. 1.

⁵²⁰ Crim. 14.9.2004, n° 04-83.793.

einer revisionsgerichtlichen Überprüfung entzieht.⁵²¹ Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Dauer der Haft und deren Verhältnismäßigkeit als tatsächliche Fragen nicht Gegenstand einer höchstrichterlichen Kontrolle sein können.⁵²² Sogenannte Maßnahmen der Justizverwaltung (*mesures d'administration judiciaire*), worunter auch die untersuchungsrichterliche Verweigerung einer Ausgangserlaubnis unter Eskorte (Art. 148-5 CPP) fällt, werden von der Cour de cassation schon ihrer Rechtsnatur nach als von vornherein nicht justiziabel eingestuft.⁵²³

Generell gilt, dass zwar das vollständige Fehlen gesetzlich geforderter Begründungselemente oder die komplett unterbliebene Würdigung einer ausdrücklichen Rüge sanktioniert wird,⁵²⁴ die Cour de cassation jedoch im Übrigen dazu neigt, selbst solche Begründungen hinzunehmen, deren Plausibilität oder inhaltlicher Gehalt zumindest fragwürdig scheint,⁵²⁵ solange sich darin keine mehr oder weniger offensichtliche rechtliche Fehleinschätzung manifestiert.⁵²⁶ Nur mit dieser – gewichtigen – Einschränkung mag man den Satz gelten lassen, dass neben dem vollständigen Fehlen auch eine „ungenügende oder widersprüchliche Begründung“ zur Aufhebung in der Revisionsinstanz führen kann.⁵²⁷ Insgesamt bleibt der Eindruck, dass von der gesetzlichen Anlage her als materiell-rechtliche Haftvoraussetzungen konzipierte Gesichtspunkte wie der Vorrang gerichtlicher Kontrollauflagen oder die Angemessenheit der Haftdauer in rechtlicher Hinsicht auf ein Begründungserfordernis reduziert werden. Dabei kommt es weniger auf den Inhalt als

⁵²¹ Crim. 1.10.2002, n° 02-84.980; 6.11.2002, n° 02-85.795; 3.12.2002, n° 02-86.357; 17.12.2002, n° 02-86.533; 3.6.2003, Bull. n° 111. So auch bereits Crim. 6.3.1986, Bull. n° 94 im Hinblick auf Art. 5, 6 EMRK; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 408, 416.

⁵²² Allg. zur fehlenden gerichtlichen Verhältnismäßigkeitskontrolle *Lelieur*, ZStW 124 (2012), 468 f.; vgl. auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 274.

⁵²³ Crim. 22.7.1997, Bull. n° 278; *Boré/Boré*, Cassation, in: *Rép. pén.*, Rn. 10 f.

⁵²⁴ Allgemein zur Pflicht, die in einem Rechtsbehelf geäußerten Rügen zu würdigen, Crim. 29.9.2009, Bull. n° 149; speziell zur Begründung der Angemessenheit der Haftdauer (Art. 144-1 CPP) Crim. 26.7.1989, Bull. n° 299; 14.5.1996, Bull. n° 203; 11.6.2003, n° 03-81.755; 26.4.2006, n° 06-80.933; zur Subsidiarität der Haft gegenüber dem *contrôle judiciaire* (Art. 137, 144 CPP) Crim. 26.2.2008, Bull. n° 50; 18.6.2008, Bull. n° 157; 16.2.2010, Bull. n° 28; zur Angabe der Gründe, die die Fortdauer der gerichtlichen Voruntersuchung rechtfertigen, und der voraussichtlichen Dauer bis zu ihrer Beendigung (Art. 145-3 CPP) Crim. 10.5.2001, Bull. n° 117; 21.6.2005, Bull. n° 182.

⁵²⁵ Siehe Crim. 19.12.2006, n° 06-87.486, wo es nicht beanstandet wird, dass im Hinblick auf die vom Gesetz geforderte Angabe „besonderer Gründe, welche im konkreten Fall die Fortdauer der gerichtlichen Voruntersuchung rechtfertigen“ (Art. 145-3 CPP), lediglich ausgeführt wird, *dass die Untersuchung noch nicht beendet sei* und wo es hingegenommen wird, dass die Begründung der Angemessenheit der Haftdauer allein darauf abgestellt, *dass ihre gesetzliche Höchstdauer noch nicht erreicht sei*; krit. *Filmiez*, RSC 2007, 328 f.

⁵²⁶ Z.B. Crim. 22.7.1997, Bull. n° 277: Unzulässigkeit der Begründung der Angemessenheit der Haftdauer mit Erwägungen, die den in Art. 144-1 CPP genannten gesetzlichen Kriterien fremd sind.

⁵²⁷ *Porteron*, AJ Pén. 2005, 149.

vielmehr ganz primär auf das schlichte „Ob“ bzw. die formale Vollständigkeit der Begründung an.⁵²⁸

Der gerichtlichen Nachprüfung der Begründung von Haftentscheidungen kommt vor allem im Hinblick auf die Beurteilung der Haftzwecke – als wohl wichtigste materielle Voraussetzung der *détention provisoire* – zentrale Bedeutung zu. Bis zur Einführung der gesetzlichen Haftziele (*principe de légalité*) durch die Reform vom 17.7.1970 fand insoweit – ungeachtet der im Schrifttum entwickelten dogmatischen Ansätze – keinerlei höchstrichterliche Kontrolle statt, da die Erforderlichkeit der Haft als reine Opportunitätsfrage aufgefasst wurde, die nicht anhand rechtlicher, sondern tatsächlicher Zweckmäßigkeitserwägungen zu beantworten war (*principe d'opportunité*).⁵²⁹ Die mit der Schaffung von Art. 144 CPP eröffnete Möglichkeit einer Rechtmäßigkeitskontrolle (*contrôle de légalité*) hat zu einer umfangreichen Kasuistik geführt.⁵³⁰ Unter dem Eindruck der vormals völlig fehlenden Verifizierbarkeit wird die von der Cour de cassation nunmehr entfaltete Kontrollaktivität von Teilen der Literatur als durchaus effektiv wahrgenommen,⁵³¹ hebt das Gericht doch nicht nur solche Haftentscheidungen auf, in denen *jede* Begründung fehlt, sondern es beanstandet auch, wenn diese sich in einer bloßen Wiedergabe der gesetzlichen Haftgründe erschöpft, ohne sich auf den konkreten Sachverhalt zu beziehen (*clauses de style*), oder wenn zwar Sachverhaltselemente genannt werden, diese jedoch nicht in kausalen Bezug zu den gesetzlichen Haftgründen gesetzt werden.⁵³² Betont werden im Schrifttum außerdem die qualifizierten formellen Anforderungen, die daraus resultieren, dass das Gesetz ausdrücklich eine Begründung in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht fordert (Art. 137-3 CPP), die – seit 2007 – auf präzisen und näher zu spezifizierenden Elementen des Verfahrens basieren muss (Art. 144 CPP). Die praktische Wirksamkeit der höchstrichterlichen Kontrolle der Haftbegründung leidet indes auch im Bereich der gesetzlichen Haftziele darunter, dass die *Art und Weise*, mit der die Gerichte zu ihren tatsächlichen Feststellungen gelangen ebenso wenig geprüft wird, wie die *konkrete Subsumtion*, sofern diese keine recht-

⁵²⁸ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2735: „la haute juridiction exerce un contrôle très strict sur l'existence des indices prévus par la loi, mais non sur leur pertinence“.

⁵²⁹ *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 505; *Pradel/Varinard*, *Grands arrêts*, Nr. 35, S. 377 m.w.N.

⁵³⁰ Siehe *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 505 Fn. 4 sowie *Pradel/Varinard*, *Grands arrêts*, Nr. 35, S. 379 ff. m.w.N.

⁵³¹ *Delmas Saint-Hilaire*, in: *Yagues/Larrouy* (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 24: „rigoureuse“; *Bouloc*, *Proc. pén.*, Rn. 721: „relativement strict“; *Pradel*, in: *van Kempen* (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 385: „contrôle avec minutie“; ähnlich positiv *Merle/Vitu*, *Traité II*, Rn. 505.

⁵³² *Crim.* 7.8.1971, *Bull.* n° 247; 12.6.1972, *Bull.* n° 207; 28.11.1972, *Bull.* n° 359; 20.12.1972, *Bull.* n° 394; 23.9.1974, *Bull.* n° 271; 30.9.1976, *Bull.* n° 275; 13.11.1977, *Bull.* n° 364; 19.2.1980, *Bull.* n° 60; 1.2.1983, *Bull.* n° 43; 7.8.1990, *Bull.* n° 296.

lich irrige Gesetzesauslegung erkennen lässt.⁵³³ Eine Überprüfung der Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Haft – also der Ermessensausübung im Anschluss an die Feststellung des Vorliegens der gesetzlichen Haftvoraussetzungen – wird wie auch sonst dem Bereich des Tatsächlichen zugeordnet und infolgedessen abgelehnt.⁵³⁴

Soweit die *détention provisoire* als Sanktion für die Missachtung gerichtlicher Kontrollauflagen angeordnet wird (Art. 141-2, 143-1 Abs. 2 CPP), begnügt sich die Cour de cassation mit der tatrichterlichen Feststellung des vorsätzlichen Verstoßes gegen eine aus dem *contrôle judiciaire* bzw. der *assignation à résidence avec surveillance électronique* folgende Verpflichtung.⁵³⁵ Nachdem für die (in der Regel untersuchungs-)richterliche Anordnung der beiden Haftersatzmaßnahmen selbst bis heute das Opportunitätsprinzip gilt, ihre sachliche Rechtfertigung sich also einer gerichtlichen Kontrolle entzieht,⁵³⁶ kann diese *détention-sanction* vor der Cour de cassation materiell-rechtlich allein im Wege einer (*rechtlich* begründeten) Widerlegung des vorgeworfenen Verstoßes angegriffen werden – eine Überprüfung der tatsächlichen Entscheidungsgrundlage scheidet auch hier aus.

Dort dagegen, wo die Ermittlung und Beurteilung des rechtlich relevanten Tatsachenmaterials keine weiteren situationspezifischen Wertungen erfordert, insbesondere bei den zwingenden gesetzlichen Vorgaben für das Verfahren (z.B. kontradiktorische Debatte, Art. 145 CPP)⁵³⁷ oder die Fristen (z.B. Haftdauer, Art. 145-1 f. CPP)⁵³⁸ sowie bei einfach gelagerten Subsumtionsfragen (z.B. Strafbarkeitsschwellenwerte, Art. 143-1, 145-1 f. CPP),⁵³⁹ erweist sich die Rechtskontrolle der Cour de cassation als ausgesprochen wirksam. Eher strenge Maßstäbe legt sie auch bei der Überprüfung der *Ablehnung oder Aufhebung von Freiheitsentziehungen* bzw. der

⁵³³ Siehe *Pradel/Varinard*, Grands arrêts, Nr. 35, S. 382: „D’une part, elle ne contrôle pas les affirmations du juge du fond sur les faits et considère ceux-ci comme définitivement acquis. [...] D’autre part, elle ne contrôle pas toujours le lien fait par les juges du fond entre les éléments de fait qu’ils ont retenu et le risque de réalisation des éventualités énumérées par l’article 144 CPP. Elle ne juge donc pas le raisonnement des juges du fond“; ähnlich *Caron*, Détention provisoire, in: JCl., Rn. 144: „Elle limite son contrôle au respect de l’exigence de motivation et ne l’étend pas à l’existence ou à la pertinence des éléments de fait retenus par les juges qui relèvent de leur appréciation souveraine.“ Skeptisch auch *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2710: „Il est rare toutefois que la haute juridiction censure une décision en la matière pour insuffisance de motifs“; siehe z.B. Crim. 21.8.1971, Bull. n° 248: „les éléments de l’espèce, appréciés souverainement par la cour [d’appel]“.

⁵³⁴ Zustimmend *Merle/Vitu*, Traité II, Rn. 505.

⁵³⁵ *Bonis-Garçon*, JCP G 2002, I, n° 159, Rn. 30; Crim. 13.10.1998, Bull. n° 258.

⁵³⁶ Vgl. *Cardet*, D. 2002, 1221, Rn. 5; immerhin wird die Angabe tatsächlicher Umstände gefordert, aus denen sich die sachliche Rechtfertigung des Haftsurrogats im Hinblick auf Art. 137 Abs. 2 CPP ergibt, Crim. 8.8.1995, Bull. n° 264; 13.2.2002, Bull. n° 28.

⁵³⁷ Crim. 19.9.1990, Bull. n° 317; 4.6.2009, Bull. n° 113; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2715.

⁵³⁸ Crim. 4.1.1983, Bull. n° 2; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 144.14.

⁵³⁹ Crim. 25.5.2005, Bull. n° 160.

Kontrolle der *Stattgabe von Nichtigkeitsklagen* im Zusammenhang mit Haftentscheidungen an, wenn der Tatsachenrichter bei seiner Entscheidung Anforderungen zugrunde gelegt hat, die über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehen.⁵⁴⁰

c) Sonderfall: Kontrolle des gesamten Verfahrens

Mit dem in Reaktion auf die sogenannte *Outreau*-Affäre erlassenen Gesetz vom 5.3.2007 ist der Gesetzgeber der Kritik an der praktischen Effektivität der Kontrolle durch die Untersuchungskammer durch die Schaffung eines weiteren Rechtsbehelfs in Art. 221-3 CPP begegnet, der eine Überprüfung des *gesamten* Verfahrens (*l'ensemble de la procédure*) erlaubt (sog. *audience de contrôle*).⁵⁴¹ Damit wird erstmals – unter Durchbrechung des *principe de l'unique objet* – ein gleichzeitiges Vorgehen gegen Haft *und* förmliche Beschuldigung möglich.⁵⁴²

Anwendbar ist das Verfahren, wenn seit der Haftanordnung mindestens drei Monate verstrichen sind, der förmlich Beschuldigte noch in Haft ist und die Mitteilung über die Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung (Art. 175 CPP) noch nicht erfolgt ist. In diesem Fall kann der Vorsitzende der Untersuchungskammer die Kammer auf Antrag oder von Amts wegen zum Zwecke der Überprüfung des gesamten Verfahrens anrufen. Über einen entsprechenden Antrag des Beschuldigten oder des Staatsanwalts muss er innerhalb von acht Tagen befinden. Diese Entscheidung ist unanfechtbar (I Abs. 1). Die Untersuchungskammer führt eine mündliche Verhandlung (*audience de contrôle*) durch, zu der die Anwälte geladen werden und die grundsätzlich öffentlich ist. Die Anwesenheit des inhaftierten Beschuldigten – die auch im Wege einer audiovisuellen Telekommunikation hergestellt werden kann (Art. 706-71 CPP) – darf nur durch begründete Entscheidung abgelehnt werden (I Abs. 2–4).

Bis zu zwei Tage vor dem Termin können die Verfahrensbeteiligten Schriftsätze mit Anträgen vorlegen, die auf die Freilassung, die Vornahme von Ermittlungshandlungen, die Annullierung von Verfahrenshandlungen und/oder die Feststellung der Verjährung der Strafverfolgung zielen (I Abs. 5). Die im Gesetz (II Abs. 1 Nr. 1–8) aufgezählten Entscheidungsbefugnisse der Untersuchungskammer sind entsprechend weitreichend.⁵⁴³ Die Entscheidung der Untersuchungskammer muss

⁵⁴⁰ Vgl. etwa Crim. 23.5.2006, Bull. n° 142 (Art. 396 Abs. 1 CPP).

⁵⁴¹ Vgl. die dahingehende Forderung von *Viout*, Rapport *Outreau*, S. 40 f. *Nord-Wagner*, AJ Pén. 2007, 115, erkennt eine belgische Regelung als Vorbild dieses Rechtsbehelfs. Zur Entstehung *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 245.11 ff.

⁵⁴² Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 1864 ff.; *Guéry*, AJ Pén. 2007, 105 Rn. 17 ff.; *Pradel*, *Proc. pén.*, Rn. 801; siehe *Circulaire* n° 2007-04 vom 27.2.2007.

⁵⁴³ Sie kann nicht nur – auch von Amts wegen – Freilassungen anordnen (Nr. 1) oder die Nichtigkeit – auch der *mise en examen* – aussprechen (Nr. 2), sondern das Verfahren (kraft ihres *pouvoir d'évocation*) ganz oder teilweise an sich ziehen (Nr. 3–4), es zur Fortsetzung der *instruction* mit bestimmten Anweisungen an den Untersuchungsrichter abge-

innerhalb von drei Monaten nach der Anrufung durch ihren Vorsitzenden ergehen, anderenfalls sind die inhaftierten Personen freizulassen (II Abs. 2).⁵⁴⁴ Besteht sechs Monate nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung der Untersuchungskammer noch immer eine *détention provisoire*, ohne dass der *avis de fin d'information* (Art. 175 CPP) mitgeteilt wurde, so kann der Vorsitzende das Verfahren auf Antrag oder von Amts wegen wiederholen (II Abs. 3).

d) Gerichtliche Kontrolle des Haftvollzugs im Überblick

Da das Gesetz zahlreiche, auch nicht strafverfahrensrechtlich motivierte Entscheidungen im Zusammenhang mit der Durchführung der *détention provisoire* (siehe z.B. oben D.2.) der *autorité judiciaire* und damit in der Regel dem Untersuchungsrichter vorbehält, anstatt sie wie bei Strafgefangenen der Gefängnisverwaltung zu überlassen (vgl. Art. 35 Abs. 4, 39 Abs. 1, 40 Abs. 1 Loi pénitentiaire; Art. 145-4 Abs. 1 CPP), gelten für diese Maßnahmen die Rechtsbehelfe des CPP zu den ordentlichen Gerichten. Im Übrigen, d.h. soweit die Gefängnisverwaltung zuständig ist, wird der gerichtliche Rechtsschutz gegen Maßnahmen des Haftvollzugs nach Maßgabe des Verwaltungsprozessrechts bestimmt.

aa) Maßnahmen des Untersuchungsrichters

Punktuell sieht das Gesetz gegen bestimmte untersuchungsrichterliche Handlungen spezifische (Eil-)Rechtsbehelfe vor: Lehnt der Untersuchungsrichter nach mehr als einmonatigem Haftaufenthalt die Bewilligung einer Besuchserlaubnis zugunsten eines Familienangehörigen ab, so kann dieser – nicht jedoch die inhaftierte Person selbst⁵⁴⁵ – die Verfügung dem Vorsitzenden der Untersuchungskammer vorlegen, der binnen fünf Tagen durch schriftliche, begründete und unanfechtbare Entscheidung über die Ausstellung der Besuchserlaubnis befindet (Art. 145-4 Abs. 3, 4 CPP). Ordnet der Untersuchungsrichter die Isolationshaft wegen der Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens (*isolement judiciaire*) an, verlängert er sie oder lehnt er ihre Aufhebung ab, so ist ein Rechtsbehelf zum Vorsitzenden der Untersuchungskammer zulässig (Art. 145-4-1 Abs. 1, Art. R. 57-5-7 Abs. 2, Art. 148-6 f. CPP).⁵⁴⁶ Lehnt der Untersuchungsrichter die Zurverfügungstellung

ben (Nr. 5), ihm (im Wege der *co-saisine*) weitere Untersuchungsrichter beordnen (Nr. 6) oder ihn durch andere Untersuchungsrichter ersetzen (Nr. 7) sowie eine Abschlussverfügung erlassen, insbesondere das Verfahren einstellen (Nr. 8).

⁵⁴⁴ Siehe dazu Crim. 14.9.2011, Bull. n° 179 sowie *Ascensi*, AJ Pén. 2012, 229.

⁵⁴⁵ CA Reims, 21.2.2001, Ordonnance n° 13.

⁵⁴⁶ Zur Unzulässigkeit der ursprünglichen Regelung im Verordnungsteil des CPP wegen der dort fehlenden Rechtsschutzmöglichkeiten siehe oben I.C.a.bb. Verfügt der Grundrechte- und Haftrichter das *isolement judiciaire* gleichzeitig mit der Anordnung oder Verlängerung der Freiheitsentziehung (Art. 145-4-1 Abs. 1, Art. R. 57-5-2 CPP), so kann es gemeinsam mit der Haftentscheidung im Wege der Beschwerde (Art. 186 CPP) angegriffen werden.

von Kopien aus der Verfahrensakte an den förmlich Beschuldigten ab, so kann die Verfügung binnen zwei Tagen dem Vorsitzenden der Untersuchungskammer zur Überprüfung vorgelegt werden, der innerhalb von fünf Werktagen durch schriftliche und begründete, allerdings unanfechtbare Entscheidung über die Berechtigung zur Überlassung entscheidet (Art. 114 Abs. 9 CPP).

Eine Beschwerde zur Untersuchungskammer kommt gegen Maßnahmen des Haftvollzugs wegen der grundsätzlich abschließenden Aufzählung beschwerdefähiger Entscheidungen in Art. 186 CPP nicht in Betracht. Für eine verfassungskonform-erweiternde Auslegung des Beschwerderechts aus Art. 186 CPP besteht kein Bedarf,⁵⁴⁷ da untersuchungsrichterliche Verstöße gegen gesetzliche Vorgaben betreffend die Ausführungsmodalitäten der Haft grundsätzlich nach den allgemeinen Prinzipien im Wege einer (sei es auch ggf. nur nachträglichen) Verfahrensanfechtung (*requête en nullité*) angegriffen werden können.⁵⁴⁸

bb) Maßnahmen der Gefängnisverwaltung

Eine verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Maßnahmen der Gefängnisverwaltung im Wege des auf ihre Aufhebung gerichteten *recours pour excès de pouvoir* schied lange Zeit komplett aus, da die entsprechenden Akte von der höchstrichterlichen Rechtsprechung des Conseil d'Etat als nicht justiziable Maßnahmen der inneren Ordnung (*mesures d'ordre intérieur*) qualifiziert wurden.⁵⁴⁹ Unter dem Einfluss von EMRK und EGMR zeichnet sich jedoch seit zwei Jahrzehnten eine grundlegende Kehrtwende ab, die sich – vor allem bei disziplinarrechtlichen (Art. R. 57-7-32 CPP)⁵⁵⁰ sowie quasi-disziplinarrechtlichen Sanktionen (*isolement administratif*)⁵⁵¹ – in einer sukzessiven Öffnung des Anwendungsbereichs der Kontrolle der Gefängnisverwaltung durch die Verwaltungsgerichte niedergeschlagen hat.⁵⁵²

⁵⁴⁷ Nach C. const. 13.7.2011, n° 2011-153 QPC, § 7 ist Art. 186 CPP verfassungskonform dahin auszulegen, dass ein Beschwerderecht auch gegen die nicht in dem Katalog aufgeführten richterlichen Verfügungen bestehen muss, wenn sie eine Beschwerde (*grief*) enthalten und anderenfalls weder im Wege der Beschwerde noch in sonstiger Weise im weiteren Fortgang des Verfahrens, insb. vor dem Prozessgericht, angreifbar wären.

⁵⁴⁸ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2723; Crim. 29.3.1989, Bull. n° 149.

⁵⁴⁹ CE 28.7.1932, *Brunaux*; 8.12.1967, *Kanayakis*; 27.1.1984, *Caillol*; *Delmas Saint-Hilaire*, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 26; *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 941.32 f.; 1221.11 ff., 1221.21 ff.; allg. zu dieser Figur und ihren Ursprüngen *Boyer-Capelle*, in: *Donier/Lapérrou-Schneider* (Hrsg.), *Accès au juge*, S. 62–64.

⁵⁵⁰ CE 17.2.1995, *Marie*; siehe *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 1221.61 ff.

⁵⁵¹ CE 30.7.2003, *Remli*; *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 941.31, 941.41, 1231.31 ff.

⁵⁵² Zur Entwicklung der Rspr. *Sauvé*, *Contrôle de l'administration pénitentiaire*; zu den konventionsrechtlichen Vorboten (Verurteilungen durch den EGMR wegen Verletzung von Art. 13 EMRK) *Herzog-Evans*, *Droit pénitentiaire*, Rn. 1221.51, 1243.21 m.w.N.; zur

Dass darüber hinaus – theoretisch – die Möglichkeit eines verwaltungsgerichtlichen Eilrechtsbehelfs gemäß Art. 521-2 CJA (*référé*) besteht, stellt das Gesetz seit der Loi pénitentiaire vom 24.11.2009 im Hinblick auf die beiden schwersten disziplinarrechtlichen Sanktionen (Art. 726 Abs. 5 CPP) und die nicht verfahrensrechtlich motivierte Isolationshaft (*isolement administratif*, Art. 726-1 Abs. 3 CPP) ausdrücklich klar.⁵⁵³ Die vom Schrifttum mit diesen Präzisierungen verbundene Hoffnung auf eine großzügigere Handhabung der Voraussetzungen des Eilrechtsschutzes in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, die bislang gegenüber (Untersuchungs-)Häftlingen und ihren Angehörigen einen überaus restriktiven Standpunkt einnehmen, scheint sich bis auf Weiteres nicht zu erfüllen.⁵⁵⁴

3. Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation

a) Im Rahmen des konkreten Strafverfahrens

Wegen des Vorrangs der Beschwerde scheidet in der gerichtlichen Voruntersuchung eine Nichtigkeitsklage zur Untersuchungskammer gegen die Anordnung oder Verlängerung der Haft ebenso aus wie gegen die Ablehnung der Freilassung (Art. 173 Abs. 4 CPP).⁵⁵⁵ Insoweit wird vielmehr im Rahmen des Beschwerdeverfahrens über die Annullierung rechtswidriger Verfahrenshandlungen (mit-)entschieden.⁵⁵⁶ Mit der Beendigung der Freiheitsentziehung wird die Beschwerde gegen diese haftrechtlichen Entscheidungen jedoch gegenstandslos (*sans objet*, Art. 186 Abs. 6 CPP) und damit unzulässig.⁵⁵⁷

Im Übrigen, d.h. in Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung sowie bei Verfahrensverstößen in der *instruction*, die nicht bei Gelegenheit einer Entscheidung über die Anordnung oder den Fortbestand der Haft erfolgt sind, sondern die die Art

konventionsrechtlichen Bewertung der Neuerungen der Loi pénitentiaire *Céré*, AJ Pén. 2009, 481; zur unübersichtlichen Kasuistik, die jedoch einen allmählichen Rückzug des Bereichs der *mesures d'ordre intérieur* erkennen lässt, siehe *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 1221.24, 1231.11 ff.; ähnlich *Boyer-Capelle*, in: Donier/Lapérou-Schneider (Hrsg.), *Accès au juge*, S. 67–69.

⁵⁵³ Zur Verfassungsmäßigkeit von Art. 726 CPP siehe C. const. 19.11.2009, n° 2009-593 DC, §§ 2–7; zu Art. 726-1 CPP siehe Ziff. V.3 des Circulaire vom 14.4.2011: „relative au placement à l'isolement des personnes détenues“.

⁵⁵⁴ *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 1243.21, 1243.71 ff., 1241.11 ff., 1243.11 ff. m.w.N.; siehe insb. CE 1.2.2012, n° 350.899.

⁵⁵⁵ Crim. 7.1.1986, Bull. n° 9; 7.12.2004, Bull. n° 309; *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 145.15; zur geringen Bedeutung der *requête en nullité* als Sanktionsinstrument für Rechtsverstöße im Zusammenhang mit der *détention provisoire Bouloc*, RSC 1991, 235 f.; vgl. auch die Ausführungen von *Colomb*, AJ Pén. 2005, 185, die zwar den „nullités de la détention provisoire“ gewidmet sind, ohne dass darin jedoch Nichtigkeitsgründe diskutiert würden.

⁵⁵⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 2082.

⁵⁵⁷ A.a.O., Rn. 2113.

und Weise der strafprozessualen Durchführung der Maßnahme betreffen (z.B. unzulässige Beschlagnahme von Verteidigerpost),⁵⁵⁸ kommt nach allgemeinen Grundsätzen eine nachträgliche Annullierung durch das Prozessgericht bzw. die Untersuchungskammer in Betracht, die zur Unverwertbarkeit der durch sie erlangten Beweise führt (Art. 170 ff., 385, 802 CPP).⁵⁵⁹ Voraussetzung dafür ist, dass dem Betroffenen der Nachweis einer Verletzung seiner Verteidigungsrechte (Beschwer, *grief*) gelingt;⁵⁶⁰ anders als bei der Polizeihaft werden in diesem Kontext kaum Fälle diskutiert, in denen die Beschwer dem Verstoß immanent ist (*théorie du grief nécessaire*).⁵⁶¹ Allein die Missachtung untergesetzlicher Vorschriften – also insbesondere der haftvollzugsrechtlichen Bestimmungen der Art. R. 57-5 ff., Art. D. 53 ff., Art. A. 40-1 ff. CPP – soll nach ständiger Rechtsprechung nicht geeignet sein, eine Nichtigkeit zu begründen.⁵⁶² Eine gerichtliche Kontrolle der von der Cour de cassation als nicht justiziable Maßnahmen der Justizverwaltung (*acte d'administration judiciaire*) eingestuften Handlungen, z.B. die Verweigerung einer Ausgangserlaubnis unter Eskorte (Art. 148-5 CPP), scheidet von vornherein aus.⁵⁶³

b) Losgelöst vom konkreten Strafverfahren

Da die Möglichkeit einer nachträglichen Feststellungsklage fehlt, wird eine gerichtliche⁵⁶⁴ Befassung mit der Freiheitsentziehung nach Wegfall der Beschwer im Prinzip nur relevant, wenn Entschädigung bzw. Schadensersatz verlangt wird oder wenn ein straf- bzw. disziplinarrechtlich relevantes Fehlverhalten im Raum steht.

aa) Entschädigung wegen ungerechtfertigter Haft (*détention injustifiée*)

Erweist sich die *détention provisoire* oder die *assignation à résidence avec surveillance électronique* (Art. 142-10 CPP) im Nachhinein als ungerechtfertigt, weil

⁵⁵⁸ Siehe auch Art. 432 CPP, wonach Verteidigerpost als Urkundenbeweis ausscheidet.

⁵⁵⁹ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 588 ff. zum *principe de loyauté des preuves*.

⁵⁶⁰ A.a.O., Rn. 2723; Crim. 29.3.1989, Bull. n° 149.

⁵⁶¹ Vgl. *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 2021.

⁵⁶² Crim. 5.5.1997, Bull. n° 166; 20.6.1996, Bull. n° 270; *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 198, 2007.

⁵⁶³ Crim. 22.7.1997, Bull. n° 278: „acte d'administration judiciaire, non susceptible de recours“; dazu *Chambon/Guéry*, Instruction préparatoire, Rn. 148.24; siehe auch *Boré/Boré*, Cassation, in: Rép. pén., Rn. 10.

⁵⁶⁴ Für die schadensrechtliche Abwicklung der sog. *Outreau*-Affäre bedurfte es dagegen keiner nachträglichen gerichtlichen Intervention, da die den Opfern zugesprochene Entschädigung (EUR 650.000 bis 1 Mio. pro Person) unmittelbar mit dem Justizministerium ausgehandelt wurde. Ihre außergewöhnliche Höhe wurde damit begründet, dass nicht nur die ungerechtfertigte Haftzeit, sondern auch das schwere Verschulden des Staates und der materielle Schaden der Betroffenen ausgeglichen werden sollten; siehe *Secrétariat d'Etat chargé de la fonction publique*, JO Sénat vom 15.12.2010, S. 12202.

das Verfahren mit einer Einstellung oder einem rechtskräftigen Freispruch endet,⁵⁶⁵ so kann der Betroffene unabhängig von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Maßnahme nach Maßgabe der zuletzt im Jahr 2000 umfassend reformierten Art. 149 ff. CPP vollständigen und verschuldensunabhängigen Ersatz des ihm entstandenen Schadens verlangen,⁵⁶⁶ wenn keiner der im Gesetz aufgeführten Ausschlussgründe einschlägig ist.⁵⁶⁷ Hierauf ist er bei der Mitteilung der verfahrensbeendenden Entscheidung hinzuweisen (Art. 149 Abs. 2 CPP).

Zuständig für die Gewährung der Entschädigung ist der Erste Präsident des Berufungsgerichts, der binnen sechs Monaten nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens angerufen werden kann und aufgrund einer öffentlichen Verhandlung nach den Grundsätzen der Zivilgerichtsbarkeit entscheidet. Diese Entscheidung kann innerhalb von zehn Tagen vor der an der Cour de cassation angesiedelten *Commission nationale de réparation des détentions* (CNRD – Nationale Haftentschädigungskommission) angefochten werden (Art. 149-1 ff. CPP).⁵⁶⁸

Während der Zuspruch einer Entschädigung lange Zeit davon abhängig war, ob der Betroffene einen Schaden nachweisen konnte, der offensichtlich anormal und von besonderer Schwere war (*manifestement anormal et d'une particulière gravité*),⁵⁶⁹ sind seit Gesetz vom 30.12.1996 grundsätzlich alle Arten von Schäden, die der inhaftierten Person selbst entstanden sind und direkt auf der Haft beruhen, vollumfänglich ersatzpflichtig.⁵⁷⁰ Für den Nachweis des materiellen Vermögensschadens (Anwaltskosten, Verdienstausfall etc.) trägt der Betroffene nach allgemeinen Grundsätzen die Beweislast.⁵⁷¹ Die Bestimmung der Höhe des immateriellen Schadens ist in das Ermessen des Ersten Präsidenten des Berufungsgerichts bzw. der CNRD gelegt; maßgeblich für die Bemessung ist in erster Linie der durch die Haft erlittene Schock (*choc carcéral*). Über die bei dessen Ermittlung zu berücksichti-

⁵⁶⁵ Zu Abgrenzungsproblemen bei Teileinstellungen oder Teilfreisprüchen siehe *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 276. Kein Anspruch besteht, wenn das Verfahren zwar mit einem Schuldspruch, jedoch ohne Freiheitsstrafe endet (CNRD 4.4.2003, Bull. n° 4; zur Verfassungskonformität siehe CNRD 20.12.2010, Bull. n° 12: achttägige Haft; Geldstrafe i.H.v. EUR 500); erst recht nicht, wenn die Freiheitsstrafe hinter der Haftzeit zurückbleibt, siehe *Cimamonti*, *Mélanges Gassin*, S. 147 Rn. 5: „détention abusive“; anders die Begrifflichkeit bei *Luciani-Mien*, *AJ Pén.* 2011, 338.

⁵⁶⁶ Zu möglichen Regressansprüchen des Staats gegen Dritte vgl. Art. 150 CPP.

⁵⁶⁷ Strafflosigkeit wegen Schuldunfähigkeit, nachträgliche Amnestie oder Verjährung nach Beendigung der Haft; gleichzeitige Inhaftierung wegen anderer Sache; freiwillige, vorsätzliche Selbstbeichtigung, um den Täter zu schützen (Art. 149 Abs. 1 Satz 2 CPP); siehe hierzu *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 3651.

⁵⁶⁸ Zum Verfahren siehe Art. 149-4 CPP i.V.m. Art. R. 26 bis R. 40-22 CPP.

⁵⁶⁹ Zur alten Rechtslage *Du Cheyron du Pavillon*, in: Yagues/Larrouy (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 145 ff.; *Grebing*, *Untersuchungshaft*, S. 283 ff., 285 f.

⁵⁷⁰ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 3652 ff.; *Caron*, *Détention provisoire*, in: JCl., Rn. 279 ff.; *Chambon/Guéry*, *Instruction préparatoire*, Rn. 149.33.

⁵⁷¹ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 3659 f., 3663; siehe z.B. CNRD 21.10.2005, Bull. n° 8, 9 (Verdienstausfall) und 11 (Anwaltskosten); 5.12.2011, Bull. n° 10 (Darlegungslast).

genden Kriterien besteht eine umfangreiche Kasuistik: Als schockmildernd und damit anspruchskürzend wird berücksichtigt, wenn der Betroffene sich bereits vor der streitgegenständlichen Freiheitsentziehung in anderer Sache in Haft befunden hat. Im Übrigen kommt es insbesondere auf folgende Umstände an: das Alter des Betroffenen bei der Haftanordnung, seine Persönlichkeit, seine Familiensituation, seinen Beruf, die Dauer der Freiheitsentziehung, die psychischen Belastungen infolge der Haft und die Haftbedingungen (Isolationshaft, Gefängnisüberbelegung). Unerheblich sind dagegen z.B. die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Haftanordnung sowie das Verhalten des Betroffenen im Verfahren.⁵⁷²

Legt man die bei *Cimamonti* aufgeführten Zahlen für die Jahre 2002–2005 zugrunde, so verhält sich anscheinend die Höhe der für den Ersatz des immateriellen Schadens zuerkannten Tagessätze mitunter sehr stark indirekt proportional zur Haftdauer: Betrug Letztere lediglich wenige Tage, so erreichten die Tagessätze eine Höhe von bis zu EUR 1.000 (Haftdauer: 7 Tage) oder EUR 1.524 (Haftdauer: 6 Tage); bei längerfristigen Freiheitsentziehungen finden sich dagegen auch Tagessätze in Höhe von lediglich EUR 6,27 (Haftdauer: 875 Tage) oder EUR 9,52 (Haftdauer: 105 Tage). Bei den dort berücksichtigten Entscheidungen betrug der gewährte Durchschnittstagesatz im Jahr 2002 EUR 105,54, im Jahr 2003 EUR 83,80, im Jahr 2004 EUR 90,64 und im Jahr 2005 EUR 86,48.⁵⁷³

bb) Schadensersatz wegen rechtswidriger Haft (*détention illégale* ou *irrégulière*)

Während der Staat im Außenverhältnis für das dienstliche Fehlverhalten der *magistrats* einstehen muss, können Staatsanwälte und Richter ausschließlich im Wege einer Regressklage vor der Cour de cassation, niemals hingegen unmittelbar durch eine Privatperson, auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden (Art. 11-1 Ordonnance n° 58-1270 du 22.12.1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature).⁵⁷⁴ Der in Art. L. 141-1 COJ geregelte *Staatshaftungsanspruch* setzt zwar eine Rechtsverweigerung (*déni de justice*) oder ein schweres Verschulden (*faute lourde*) voraus, beide Kriterien werden jedoch von der Rechtsprechung inzwischen vergleichsweise großzügig gehandhabt. So bedarf es für die Annahme eines schweren Verschuldens nicht des Nachweises eines individuellen Fehlverhaltens, sondern es reicht das Vorliegen eines objektiven Missstands, der sich auch in einer Zusammenschau verschiedener Umstände ergeben kann, aus denen die Unfähigkeit der Justiz zur ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Funktionen hervorgeht;⁵⁷⁵

⁵⁷² *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3666 ff. m.w.N.

⁵⁷³ *Cimamonti*, Mélanges Gassin, S. 147 Rn. 12 f., S. 156 ff., 183–186; siehe auch die empirischen Daten bei *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 2269. Aktuelle statistische Informationen finden sich in den Jahresberichten der Cour de cassation, die ein Kapitel über die Aktivität der CNRD enthalten, z.B. Cour de cassation, Rapport annuel 2011, S. 594 ff.

⁵⁷⁴ Siehe Art. L. 141-2 f. COJ. Nach *Magendie*, D. 2003, 1179 wurden solche staatlichen Regressansprüche in der Vergangenheit noch *nie* gerichtlich geltend gemacht.

⁵⁷⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3703 ff.; *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 2263, 2265 ff.

die Annahme einer Rechtsverweigerung kommt insbesondere bei gravierenden Verfahrensverzögerungen (Verstoß gegen *délai raisonnable*) in Betracht.⁵⁷⁶ Im Zusammenhang mit der *détention provisoire* hatte die Cour de cassation Gelegenheit festzustellen, dass zwar die Haftanordnung in Kenntnis der Überbelegung einer Haftanstalt keinen Staatshaftungsanspruch wegen richterlichen Fehlverhaltens begründen kann; der Haftvollzug unter unmenschlichen oder erniedrigenden Umständen und Verletzung von Art. 716, 719 CPP soll jedoch eine objektive *faute lourde* i.S.v. Art. L. 141-1 COJ darstellen.⁵⁷⁷ Die praktische Bedeutung dieses Staatshaftungsanspruchs ist gleichwohl gering.⁵⁷⁸

Über die – weitgehend ungeschriebenen – Staatshaftungsansprüche wegen Pflichtverstößen der Gefängnisverwaltung entscheiden die Verwaltungsgerichte.⁵⁷⁹ Bedurfte es hier ursprünglich des praktisch kaum zu erbringenden Nachweises einer *faute lourde*, die sogar offensichtlich und besonders schwerwiegend sein musste (*faute manifeste et d'une particulière gravité*),⁵⁸⁰ so begnügt sich die höchstrichterliche Rechtsprechung seit 2003 mit einem einfachen Verschulden (*faute simple*).⁵⁸¹ Die Loi pénitentiaire von 2009 hat darüber hinaus in Art. 44 Abs. 2 einen verschuldensunabhängigen Anspruch auf Schadensersatz für den Fall geschaffen, dass eine inhaftierte Person infolge der ihr von einem anderen Häftling innerhalb der Haftanstalt zugefügten Misshandlungen verstirbt.⁵⁸²

cc) Disziplinar- und strafrechtliche Sanktionen bei Rechtsverstößen

Neben der Möglichkeit der Einleitung eines Disziplinarverfahrens kommt bei Rechtsverstößen im Zusammenhang mit der *détention provisoire* auch eine Strafbarkeit der beteiligten Hoheitsträger wegen Freiheitsberaubung im Amt in Betracht. Die disziplinarrechtliche Verantwortlichkeit von *magistrats* richtet sich nach Art. 43 ff. Ordonnance n° 58-1270 vom 22.12.1958. Ein Disziplinarverstoß (*faute disciplinaire*) liegt insbesondere vor, wenn eine Verfahrensvorschrift, die eine wesentliche Garantie der Beteiligtenrechte beinhaltet, in schwerwiegender und bewusster Weise verletzt wird (Art. 43 Abs. 2 der Ordonnance). Art. 136 Abs. 1 CPP stellt ausdrücklich klar, dass die Missachtung der für die *mandats de justice* geltenden Verfahrensvorschriften Disziplinarsanktionen gegen den Untersuchungsrichter,

⁵⁷⁶ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 3705; *Guinchard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 2066.

⁵⁷⁷ Civ. 1re, 14.1.2009, n° 07-20.912.

⁵⁷⁸ Siehe *Briand/Dubrocard*, Questionnaire 2011, Nr. 37, S. 22: Zwischen 2008 und 2010 wurden im Schnitt pro Jahr 200 solcher Ansprüche gerichtlich geltend gemacht, von denen nur ein geringer Teil Freiheitsentziehungen betraf.

⁵⁷⁹ Siehe *Sauvé*, Contrôle de l'administration pénitentiaire, III.B.; *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 1251.12 f.

⁵⁸⁰ CE 3.10.1958, *Rakotoarinovy*; 5.2.1971, *Dame Veuve Picard*.

⁵⁸¹ CE 23.5.2003, *Chabba*; 9.7.2007, *Delorme*; 17.12.2008, *Zaouiya*.

⁵⁸² *Herzog-Evans*, Droit pénitentiaire, Rn. 1251.11, 1251.71; *Péchillon*, AJ Pén. 2009, 473.

den Grundrechte- und Haftrichter sowie den Staatsanwalt nach sich ziehen kann. Seit der Loi organique n° 2010-830 vom 22.7.2010 können Individuen, die sich von einem disziplinarrechtlichem Fehlverhalten betroffen wähen, selbst den Obersten Richterrat (Conseil supérieur de la magistrature – CSM) im Wege einer Disziplinarbeschwerde anrufen (Art. 50-3 Abs. 1, Art. 63 Abs. 4 der Ordonnance). Die möglichen Disziplinarsanktionen sind in Art. 45 der Ordonnance geregelt. Im April 2009 wurde in der sogenannten *Outreau*-Affäre gegenüber dem Oberstaatsanwalt eine Versetzung angeordnet (*déplacement*, vgl. Art. 45 Nr. 2 der Ordonnance); der Untersuchungsrichter wurde getadelt (*blâme*, vgl. Art. 45 Nr. 1 der Ordonnance).⁵⁸³

Die Strafbarkeit von Hoheitsträgern wegen Verletzung der individuellen Freiheit ist in Art. 432-4 ff. CP (*Des atteintes à la liberté individuelle*) geregelt: Art. 432-4 CP stellt die Anordnung und den Vollzug willkürlicher, also rechtswidriger Freiheitsentziehungen unter Strafe, Art. 432-5 CP das Unterlassen ihrer Beendigung; Art. 432-6 CP sieht ein Sonderdelikt für Beamte der Gefängnisverwaltung vor, die eine Person ohne wirksamen Hafttitel festhalten.⁵⁸⁴ Der CPP selbst enthält vereinzelt Konkretisierungen dieser Bestimmungen: Art. 126 CPP präzisiert, dass eine Person, die in Vollziehung eines *mandat d'amener* ergriffen wurde und dem Richter nicht vor Ablauf von 24 Stunden zur Vernehmung vorgeführt wird, als willkürlich festgehalten gilt (Abs. 1) und verweist insoweit explizit auf die Art. 432-4 bis 432-6 CP (Abs. 2). Art. 725 CPP stellt – unter impliziter Anknüpfung an Art. 432-6 CP – klar, dass ein Beamter der Gefängnisverwaltung sich wegen willkürlicher Freiheitsentziehung strafbar macht, wenn er eine Person in eine Haftanstalt aufnimmt oder festhält, gegen die kein Hafttitel vorliegt. Eine Strafverfolgung, die sich auf eine Verletzung von strafverfahrensrechtlichen Vorschriften stützt, setzt gemäß Art. 6-1 CPP voraus, dass der behauptete Verfahrensverstoß in dem ursprünglichen Verfahren rechtskräftig festgestellt wurde.⁵⁸⁵ Obwohl das für die Strafverfolgung von Amtsträgern in ex-Art. 679 ff., 681 CPP als Filter vorgeschaltete Zulassungsverfahren mit Gesetz n° 93-2 vom 4.1.1993 entfallen ist, kommen die Vorschriften in der Praxis bis heute kaum zur Anwendung.⁵⁸⁶ Zwar besteht Einigkeit darüber, dass auch *magistrats* im Zusammenhang mit der *détention provisoire* als taugliche Täter nach Art. 432-4 f. CP in Betracht kommen.⁵⁸⁷ Als mögliches Beispiel wird die Haftanordnung wegen eines nur mit Geldstrafe bedrohten Vergehens (Verstoß gegen Art. 143-1 Abs. 1 CPP) genannt.⁵⁸⁸ – Über Anwendungsfälle aus der Gerichtspraxis, d.h. Verurteilungen, wird indes nicht berichtet.

⁵⁸³ *Guinhard/Buisson*, Proc. pén., Rn. 2266.

⁵⁸⁴ Siehe *Casile-Hugues*, Abus d'autorité, in: Rép. pén., Rn. 32 ff.

⁵⁸⁵ *Desportes/Lazerges-Cousquer*, Traité, Rn. 1118 ff., 1123.

⁵⁸⁶ *Vitu*, Atteintes à la liberté, in: JCl., Rn. 3, 10.

⁵⁸⁷ *Casile-Hugues*, Abus d'autorité, in: Rép. pén., Rn. 40; *Vitu*, Atteintes à la liberté, in: JCl., Rn. 3, 10.

⁵⁸⁸ *Vitu*, Atteintes à la liberté, in: JCl., Rn. 24 f.

Zweiter Teil

Haft ohne Urteil in Deutschland

I. Grundlagen

A. Übergesetzliche Vorgaben

1. Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen

a) Nationale Grundrechte

aa) Grundrechte des GG

Im Gegensatz zur RV von 1871¹ enthielten zwar bereits die – nie umgesetzte – PKV von 1848/1849 (Abschnitt VI: §§ 130 ff. PKV) und später dann die mit der NS-Machtergreifung 1933 faktisch wie normativ außer Kraft gesetzte WRV von 1919 (Zweiter Hauptteil: Art. 109 ff. WRV) umfangreiche Grundrechtskataloge. Erst mit der unter dem Eindruck der Verbrechen des Dritten Reichs erfolgten Verabschiedung des GG konnten sich jedoch die Grundrechte in ihrer Eigenschaft als subjektive Rechte mit Verfassungsrang dauerhaft etablieren und ihre lückenlos-individualschützende Bedeutung voll entfalten.² Sie binden seither nicht mehr nur die Organe der Verwaltung, sondern jegliche Staatsgewalt, inklusive Judikative und Gesetzgebung (Art. 1 Abs. 2, 3 GG).³ Zur Durchsetzung ihres Vorrangs wurde eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit mit dem BVerfG als „Hüter der Verfassung“ geschaffen.⁴ Indem der Grundrechtskatalog an deren Anfang und damit noch vor das Staatsorganisationsrecht gestellt wurde (Abschnitt I: Art. 1–19 GG), trägt das GG dem gesteigerten Stellenwert – und der Vorstaatlichkeit – der Grundrechte auch durch seine Systematik mehr als nur symbolisch Rechnung. Ergänzt werden diese Grundrechte durch die in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG genannten „grundrechtsgleichen Rechte“, die über die verschiedenen Abschnitte des GG verteilt sind (Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG). Inkorporiertes Verfassungsrecht spielt nur im Zusammenhang mit der Religionsfreiheit (Art. 4 GG) eine Rolle, für die Art. 140 GG explizit die Art. 136 ff. WRV zum „Bestandteil dieses GG“ erklärt.

¹ Einzige „Garantie“ war hier die Niederlassungs- und Gewerbefreiheit in Art. 3 RV.

² Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 19, 40 ff.; *Hufen*, NJW 1999, 1504 ff.

³ Zur historischen Entwicklung *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Art. 1 Abs. 3 Rn. 6–8.

⁴ Vgl. BVerfG NJW 1952, 497; *Morgenthaler*, in: BeckOK-GG, Art. 93 Rn. 3.

In den Landesverfassungen enthaltene Grundrechte bleiben ungeachtet des Vorrangs des Bundesrechts (Art. 31 GG) in Kraft, soweit „Übereinstimmung“ im Sinne von Widerspruchsfreiheit im Verhältnis zu Art. 1–18 GG besteht (Art. 142 GG).⁵ Anders als die Grundrechte des GG, die jegliche Staatsgewalt auf Bundes- wie auf Landesebene binden, verpflichten diese jedoch nur die Landesstaatsgewalt und werden vom BVerfG nicht geprüft. Außerdem setzt sich kompetenzgemäß erlassenes Bundesrecht unabhängig von seiner Rangstufe im Kollisionsfall gegen Landesgrundrechte durch.⁶ Gewährleisten diese also ein höheres Schutzniveau als das GG, so bleiben sie zwar für die präventiv-polizeiliche Tätigkeit der Landespolizeien maßgeblich (Art. 70 GG); die einfachgesetzlichen Regelungen der StPO gehen ihnen dagegen auf dem Gebiet der Strafverfolgung vor (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG). Bedeutung erlangen – inhaltsgleiche – Landesgrundrechte für das Strafprozessrecht letztlich nur insoweit, als sie dem Bürger neben der Verfassungsbeschwerde zum BVerfG zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeiten mit identischem Prüfungsmaßstab vor dem jeweiligen LVerfG eröffnen können.⁷ Wegen der überlastungsbedingt langen Verfahrensdauer und der hohen Zulässigkeitschürden beim BVerfG (Annahmeverfahren gemäß §§ 93a ff. BVerfGG) ist dieser Punkt nicht zu unterschätzen.

bb) Bedeutung des Bundesverfassungsgerichts

Um den Vorrang der Verfassung und speziell der Grundrechte effektiv zu verwirklichen, hat das GG mit dem BVerfG eine starke Verfassungsberichtsbarkeit eingerichtet. Herausragende Bedeutung unter den verschiedenen Möglichkeiten, das Gericht – ex ante (z.B. Organstreitverfahren) oder ex post (z.B. Gerichtsvorlage) – anzurufen, kommt der Individualverfassungsbeschwerde zu.⁸ Diese war zwar im Katalog des Art. 93 GG anfangs nicht vorgesehen, wurde aber von Beginn an auf einfachgesetzlicher Grundlage (§§ 90 ff. BVerfGG) praktiziert (vgl. Art. 93 Abs. 2 GG) und später in Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG „konstitutionalisiert“.⁹ Sie erlaubt es dem Einzelnen, Hoheitsakte aller drei Gewalten nach Rechtswegerschöpfung vor dem BVerfG auf ihre Verfassungskonformität hin untersuchen zu lassen.

Dank dessen ausgreifender Rechtsprechung konnten die Grundrechte auf allen Gebieten, auch und gerade im Bereich des besonders grundrechtsrelevanten Strafprozessrechts („konkretisiertes Verfassungsrecht“), eine überragende Bedeutung gewinnen und üben enormen Einfluss auf Gesetzgebung, Rechtsprechung und Praxis aus. Mit seinem grundlegenden *Elfes*-Urteil aus dem Jahr 1957 hat das BVerfG

⁵ *Korioth*, in: Maunz/Dürig, Art. 142 Rn. 19 ff.; vgl. BVerfG NJW 1998, 1296.

⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 64.

⁷ *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu, BVerfGG, § 90 Rn. 425 f.

⁸ Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 1124: Mit jährlich ca. 6.000 erhobenen Verfassungsbeschwerden macht diese ca. 96 % aller anhängigen Verfahren aus (Erfolgsquote: ca. 2 %).

⁹ 19. Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 29.1.1969 (BGBl. I S. 97).

das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit in Art. 2 Abs. 1 GG im weitest möglichen Sinne als allgemeine Handlungsfreiheit interpretiert. Es erfasst *jedes* Tun und Unterlassen vorbehaltlich vorrangiger Spezialgrundrechte und stellt somit einen lückenlosen Grundrechtsschutz sicher.¹⁰ Darüber hinaus hat das Gericht, das seine Rolle als Hüter und Interpret der Verfassung weit auslegt, dem GG auch neue, ungeschriebene Grundrechte entnommen – so z.B. ein „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“, das jüngst durch ein „Recht auf die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme“ komplettiert wurde.¹¹

Bei dem nicht immer einfachen „Spagat“ zwischen seiner Aufgabe der Durchsetzung der Verfassungsordnung mitsamt ihrer in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden materiellen Werteordnung einerseits und der ihm als Verfassungsorgan obliegenden Pflicht zur Wahrung der Gewaltenteilung und zur gegenseitigen Rücksichtnahme (Organtreue) andererseits, profitiert das BVerfG von der hohen Reputation, die es in weiten Teilen der Öffentlichkeit genießt. Wenn das Gericht dem Gesetzgeber bei komplexen Prognosefragen auch eine gewisse Einschätzungsprärogative zugesteht, der Regierung namentlich im Bereich des auswärtigen Handelns einen „Kernbereich exekutiver Eigenverantwortung“ überlässt und bei der Rollenverteilung im Verhältnis zur Fachgerichtsbarkeit betont, dass es sich nicht als eine „Superrevisionsinstanz“ versteht,¹² so kann doch von einer – vom GG nicht gewollten – Zurückhaltung (*judicial self-restraint*), die zulasten der Grundrechte gehen müsste, keine Rede sein.¹³ Dabei scheut das Gericht im Einzelfall auch nicht davor zurück, das Instrument der verfassungskonformen Auslegung bis an die Grenzen der anerkannten Auslegungsregeln hin zu strapazieren (z.B. § 112 Abs. 3 StPO: Haftgrund der besonderen Tatschwere, siehe unten III.B.3.c.)¹⁴ oder dort, wo das nicht gelingt, dem Gesetzgeber mitunter sehr konkrete Maßgaben für die Neuformulierung – und dem Rechtsanwender befristete Übergangslösungen – mit auf den Weg zu geben (z.B. Sicherungsverwahrung).¹⁵ Obschon angesichts der damit verbundenen Machtfülle punktuell kritische Töne lautwerden, die davor warnen, das Gericht könne versucht sein, anstelle der dazu berufenen Organe selbst Politik zu betreiben, und auch wenn bisweilen ein gewisses Unbehagen im Hinblick auf die mit der starken Betonung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes einhergehende Omnipräsenz der „Abwägung“ geäußert wird, so gab es doch zu keinem Zeitpunkt Ansätze für eine grundsätzliche Infragestellung des vom BVerfG praktizierten Grundrechtsschutzmodells – das Gegenteil ist der Fall.¹⁶

¹⁰ BVerfGE 6, 32; später festgehalten in BVerfGE 80, 137 (Reiten im Walde).

¹¹ BVerfGE 65, 1 (Volkszählung); BVerfG NJW 2008, 822 (Online-Durchsuchung).

¹² Siehe dazu *Morgenthaler*, in: BeckOK-GG, Art. 93 Rn. 5–8 m.w.N.

¹³ Vgl. etwa BVerfG NJW 1973, 1539, 1540.

¹⁴ BVerfGE 19, 342 (Wencker-Beschluss); *Schlaich/Korioth*, BVerfG, Rn. 449 ff. m.w.N.

¹⁵ BVerfG NJW 2011, 1931, 1938 ff., 1945 f. = JuS 2011, 854 m. Anm. *Sachs*.

¹⁶ Vgl. etwa *Isensee*, JZ 1996, 1085; *Hufen*, NJW 1999, 1508.

b) Stellenwert der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR

Die EMRK wurde durch Gesetz vom 7.8.1952 (BGBl. II S. 685) in innerstaatliches Recht umgesetzt und gilt damit für Deutschland seit dem Tag ihres Inkrafttretens am 3.9.1953. Das in der frühzeitigen Ratifikation zum Ausdruck kommende Bekenntnis zu einem internationalen Grundrechtsschutz ist im Kontext der Nachkriegszeit zu sehen, als es galt, sich von den Menschenrechtsverletzungen der NS-Zeit zu distanzieren und jede außenpolitische Isolation zu meiden. Wenngleich die konventionsrechtlichen Garantien als beachtlicher Fortschritt gewertet wurden, herrschte doch zugleich die Annahme vor, dass das GG ein nicht nur vergleichbares, sondern in vielerlei Hinsicht sogar höheres Schutzniveau gewährleistete.¹⁷

Durch ihre Ratifikation kommt der EMRK innerstaatlich der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu, das von vollziehender Gewalt und Rechtsprechung einzuhalten ist (Art. 20 Abs. 3 GG). Im Unterschied zu den Grundrechten ist der Gesetzgeber selbst nicht direkt an sie gebunden, auch scheidet sie als unmittelbarer Prüfungsmaßstab vor dem BVerfG aus. Den sich aus ihrer Stellung in der Normenhierarchie ergebenden Problemen bei der Verwirklichung ihres völkerrechtlichen Vorranganspruchs und der lange Zeit zu beobachtenden Vernachlässigung der EGMR-Rechtsprechung durch die Fachgerichte ist das BVerfG dadurch begegnet, dass es eine verfassungsrechtliche Pflicht annimmt, die EMRK als „Auslegungshilfe“ für die Anwendung der Grundrechte heranzuziehen (Art. 1 Abs. 2, 59 GG und Grundsatz der völkerrechtsfreundlichen Auslegung).¹⁸ Auf diese Weise ist die EMRK nicht nur unmittelbarer Kontrollmaßstab im Hinblick auf die Tätigkeit von Judikative und Exekutive, sondern mittelbar auch für den Gesetzgeber selbst. Im Ergebnis nimmt sie somit einen übergesetzlichen Rang in der Normenhierarchie ein.¹⁹ Zugleich ist dadurch ein weitgehender Gleichlauf im Verhältnis zu den GG-Grundrechten hergestellt, der die Gefahr normativer Widersprüche reduziert.²⁰

Die vom BVerfG in der *Görgöli*-Entscheidung entwickelte Berücksichtigungspflicht erstreckt sich auch auf die Rechtsprechung des EGMR, der selbst über den konkret entschiedenen Einzelfall hinaus eine Orientierungs- und Leitfunktion zuwächst, indem sie die EMRK konkretisiert und fortentwickelt. Ihr entspricht ein subjektiv-rechtlicher Berücksichtigungsanspruch, der im Fall seiner Verletzung durch die Fachgerichte prozessual im Wege einer auf das korrespondierende nationale Grundrecht gestützten Verfassungsbeschwerde durchsetzbar ist.²¹ Dabei kann bereits die fehlende Auseinandersetzung mit einer Entscheidung des Gerichtshofs

¹⁷ Dazu und zur Historie *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 100 m.w.N.

¹⁸ St. Rspr., siehe etwa BVerfG NJW 2011, 1931, 1935 f. m.w.N.

¹⁹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 56 ff.

²⁰ Weiterführend zur Lösung von Konflikten *Kreicker*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, § 51 Rn. 7 f.

²¹ BVerfG NJW 2004, 3407; *Kazele*, Untersuchungshaft, S. 33 f.

gegen das einschlägige Grundrecht in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip verstoßen. Im Übrigen steht das Prozesshindernis der Rechtskraft einer früheren Vereinbarkeitserklärung durch das BVerfG einer erneuten Befassung nicht im Wege, wenn zwischenzeitlich eine Rechtsprechung des EGMR ergangen ist, die eine rechtserhebliche Änderung der Sach- oder Rechtslage bewirkt hat.²² Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass der EMRK und der Rechtsprechung des EGMR mittlerweile auch in Deutschland eine beachtliche Aufmerksamkeit zuteilwird.²³

2. Verfassungsrechtlicher Schutz der körperlichen Bewegungsfreiheit

a) Systematik, Struktur und Entstehungsgeschichte

Gemäß Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG ist die „Freiheit der Person“ unverletzlich. Dieses materielle Freiheitsgrundrecht schützt allein die körperliche Bewegungsfreiheit.²⁴ Es wird komplettiert durch die formalen Vorgaben und Verfahrensgarantien in Art. 104 GG, welches die an gesetzliche Eingriffsermächtigungen und sonstige Eingriffe zu stellenden Anforderungen im Sinne einer „Schranken-Schranke“ konkretisiert. Beide Regelungen stehen somit in unauflösbarem Zusammenhang.²⁵ Die systematische Aufspaltung erfolgte nicht aus sachlichen Gründen, sondern mit der Intention, den Grundrechtskatalog nicht mit Detailregelungen zu überladen. Dabei bot sich die Verortung bei den Prozessgrundrechten in Abschnitt IX über „Die Rechtsprechung“ (Art. 92 ff. GG) schon wegen des Richtervorbehalts an.²⁶

Art. 104 Abs. 1 GG normiert für jede Form von Eingriffen in die Bewegungsfreiheit einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, der als *lex specialis* Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG verschärft. Weitergehende Vorgaben gelten für Freiheitsentziehungen, die Art. 104 Abs. 2 GG einem Richtervorbehalt unterwirft, welcher in Abs. 3 durch spezifische Vorgaben für vorläufige Festnahme und Untersuchungshaft, also für strafprozessuale Freiheitsentziehungen, ergänzt und präzisiert wird. Für sämtliche Freiheitsentziehungen gilt außerdem die Benachrichtigungspflicht in Abs. 4 und das Misshandlungsverbot in Abs. 1 Satz 2. Die auffällig präzise Fassung der *habeas corpus*-Regelung des Art. 104 GG macht deutlich, dass dem Freiheitsgrundrecht in der grundgesetzlichen Ordnung – auch und gerade als Reaktion auf die Unrechtserfahrungen in der NS-Zeit – ein besonders hoher Stellenwert zukommt.²⁷

²² Siehe BVerfG NJW 2011, 1931, 1934.

²³ Trautwein, Freiheitsentzug, S. 101.

²⁴ BVerfG NJW 1967, 1221, 1222; Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 442 ff.

²⁵ Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 1; Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 19.

²⁶ Während der Herrenchiemsee-Entwurf noch eine einheitliche Regelung in Art. 3 vorsah, zog der Parlamentarische Rat es vor, dessen Abs. 2–4 in Art. 104 GG „auszugliedern“: Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 6; Trautwein, Freiheitsentzug, S. 93.

²⁷ Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 5; Rüping, FS für Hirsch, S. 961.

Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass auch schon einige der Vorgänger des GG dem Freiheitsrecht als „Ur-Grundrecht“ und „historisch ältestem Freiheitsrecht überhaupt“²⁸ mitunter recht ausführliche Regelungen gewidmet haben.²⁹ Sieht man von den Verfassungen der deutschen Einzelstaaten ab und beschränkt den Blick auf eine gesamtdeutsche Betrachtung, so zeigt sich, dass insbesondere die – obschon nie umgesetzte – Paulskirchenverfassung von 1848/1849 in § 138 eine im Vergleich zu Art. 2 Abs. 2 Satz 2, 104 GG nicht minder präzise Regelung bereitstellte:³⁰

- (1) Die Freiheit der Person ist unverletzlich.
- (2) Die Verhaftung einer Person soll, außer im Falle der Ergreifung auf frischer Tat, nur geschehen in Kraft eines richterlichen, mit Gründen versehenen Befehls. Dieser Befehl muss im Augenblicke der Verhaftung oder innerhalb der nächsten vierundzwanzig Stunden dem Verhafteten zugestellt werden.
- (3) Die Polizeibehörde muss jeden, den sie in Verwahrung genommen hat, im Laufe des folgenden Tages entweder freilassen oder der richterlichen Behörde übergeben.
- (4) Jeder Angeschuldigte soll gegen Stellung einer vom Gericht zu bestimmenden Kaution oder Bürgschaft der Haft entlassen werden, sofern nicht dringende Anzeigen eines schweren peinlichen Verbrechens gegen denselben vorliegen.
- (5) Im Falle einer widerrechtlich verfügten oder verlängerten Gefangenschaft ist der Schuldige und nötigenfalls der Staat dem Verletzten zur Genugtuung und Entschädigung verpflichtet.
- (6) Die für das Heer- und Seewesen erforderlichen Modifikationen dieser Bestimmungen werden besonderen Gesetzen vorbehalten.

Anders als die RV von 1871, die wie die Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 keinen Grundrechtskatalog enthielt und die Ausgestaltung der Haftgarantien dem Gesetzgeber überließ (vgl. §§ 114, 115 und 127, 128 RStPO), fand sich in Art. 114 WRV eine ausdrückliche Regelung des Freiheitsgrundrechts wieder.³¹

- (1) Die Freiheit der Person ist unverletzlich. Eine Beeinträchtigung oder Entziehung der persönlichen Freiheit durch die öffentliche Gewalt ist nur auf Grund von Gesetzen zulässig.
- (2) Personen, denen die Freiheit entzogen wird, sind spätestens am darauffolgenden Tage in Kenntnis zu setzen, von welcher Behörde und aus welchen Gründen die Entziehung der Freiheit angeordnet worden ist; unverzüglich soll ihnen Gelegenheit gegeben werden, Einwendungen gegen ihre Freiheitsentziehung vorzubringen.

Auch wenn Art. 114 WRV einen Gesetzesvorbehalt einführte, blieb das Schutzniveau wegen des Fehlens eines Richtervorbehalts hinter § 138 PKV zurück. Im Einklang mit dem weiten Verständnis des Begriffs der persönlichen Freiheit im Sinne einer allgemeinen Handlungsfreiheit wurde auch der Gesetzesvorbehalt

²⁸ Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 1; Amelung, JURA 2005, 447.

²⁹ Zur Vorbildfunktion (u.a.) der DDHC siehe Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 4; Sinn, in: Ruggeri (Hrsg.), Liberty and Security, S. 108.

³⁰ Zu Entstehung und einzelstaatlichen Regelungen Thissen, Verhaftungsrecht, S. 136 ff.

³¹ Zur Entstehung Hantel, Freiheitsentziehung, S. 161 ff.

selbst extensiv ausgelegt,³² sodass Art. 114 WRV schon zu Zeiten seiner Geltung als „leerlaufend und überflüssig“ erachtet wurde.³³ Als dann der Reichspräsident wenige Monate nach der NS-Machtergreifung von der ihm durch Art. 48 Abs. 2 WRV bei erheblicher Störung oder Gefährdung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Deutschen Reich eröffneten Möglichkeit zu dessen „vorübergehenden“ Außerkraftsetzung „bis auf weiteres“ Gebrauch machte (§ 1 der Reichstagsbrandverordnung vom 28.2.1933),³⁴ versank das Grundrecht auf persönliche Freiheit vollends in der Bedeutungslosigkeit und war den diversen fortan praktizierten Übergriffen (Schutzhaft, Konzentrationshaft etc.) schutzlos preisgegeben.³⁵

Unter dem Eindruck der Missbräuche während des NS-Regimes kombiniert der in Anordnung und Formulierung dem nahezu inhaltsgleichen Art. 5 RhPfVerf vom 18.5.1947 nachgebildete Art. 104 GG erstmals auf gesamtstaatlicher Ebene die in Art. 114 WRV angeklungene Idee der allgemeinen Freiheitssicherung durch Gesetz (Gesetzesvorbehalt, Abs. 1 Satz 1) mit der von § 138 PKV angestrebten Idee der Freiheitssicherung im Einzelfall durch den Richter (Richtervorbehalt, Abs. 2–3).³⁶ Neu sind außerdem die verfassungsrechtliche Verankerung eines Benachrichtigungsrechts (Abs. 4) und das in Reaktion auf die NS-Verbrechen ausdrücklich formulierte Misshandlungsverbot (Abs. 1 Satz 2) für festgehaltene Personen. Eine Einschränkungsmöglichkeit für Krisenzeiten bestand ursprünglich nicht. Während die Art. 2 Abs. 2 Satz 2, 104 GG seit Verabschiedung des GG unverändert geblieben sind, wurde als Bestandteil der Notstandsverfassungsnovelle (1968) für den Verteidigungsfall die Möglichkeit geschaffen, die in Art. 104 Abs. 2, 3 GG normierten Fristen, soweit es die Verhältnisse während des Verteidigungsfalls erfordern, auf höchstens vier Tage festzusetzen, falls ein Richter nicht innerhalb der für Normalzeiten geltenden Frist tätig werden konnte (Art. 115c Abs. 2 Nr. 2 GG).³⁷

³² Freiheitsentziehungen sollten hiernach nicht nur aufgrund förmlichen Gesetzes zulässig sein, sondern wie jeder andere Grundrechtseingriff auch auf Gewohnheitsrecht, polizeiliche Generalklauseln oder untergesetzliche Rechtsnormen gestützt werden können: *Anschtütz*, Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 114 Rn. 3 f.; *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 27; *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 91 m.w.N.; unzutreffend daher *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 1: „Parlamentsvorbehalt“.

³³ *Anschtütz*, Verfassung des Deutschen Reichs, Art. 114 Rn. 7; siehe auch *Rüping*, FS für Hirsch, S. 960.

³⁴ Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat (RGBl. I S. 83).

³⁵ *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 243 ff.; *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 92; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 5.

³⁶ Zu Frühformen und zur Entwicklung dieser Kombination siehe *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 3. Zu landesverfassungsrechtlichen Vorbildern *Rüping*, FS für Hirsch, S. 961.

³⁷ 17. GG-Änderungsgesetz vom 24.6.1968 (BGBl. I S. 709).

b) *Inhaltliche Komponenten der habeas corpus-Garantie in Art. 104 GG*

aa) *Besondere Bedeutung der Verhältnismäßigkeit für Freiheitsentziehungen*

Die sachlich-materielle Gewährleistung der körperlichen Bewegungsfreiheit in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG steht als „Jedermanns-Grundrecht“ Deutschen und Ausländern gleichermaßen zu. Der Schutzbereich umfasst die Möglichkeit, einen an sich zugänglichen Ort aufzusuchen, um sich dort aufzuhalten und diesen wieder zu verlassen – zur Illustration wird häufig auf den Begriff „liberté d’aller et de venir“ rekuriert.³⁸ Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung von staatlichen Eingriffen („Freiheitsbeschränkungen“) in Form von Verhaftung, Festnahme oder ähnlichen Maßnahmen unmittelbaren Zwangs setzt in materieller Hinsicht, also über die Beachtung der formellen Vorgaben in Art. 104 GG hinaus, die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes voraus. Als ungeschriebene, allen Grundrechten immanente „Schranken-Schranke“ bindet dieser nicht nur den Gesetzgeber bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Eingriffsermächtigungen, sondern auch die handelnden Hoheitsträger bei der Rechtsanwendung im konkreten Fall. Wegen der großen Bedeutung, die der persönlichen Freiheit „als der Basis der allgemeinen Rechtsstellung und Entfaltungsmöglichkeit des Bürgers zukommt“, wird dem Grundsatz im vorliegenden Kontext besonderes Gewicht beigemessen.³⁹ Er besagt, dass jede staatliche Maßnahme einen verfassungsrechtlich zulässigen Zweck verfolgen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen, also verhältnismäßig i.e.S. sein muss.⁴⁰ Da das Freiheitsrecht ein so hohes Gut ist, kommen nur besonders gewichtige Gründe als legitime Eingriffsziele in Betracht.⁴¹

Weil an die Angemessenheit einer staatlichen Eingriffsmaßnahme umso höhere Anforderungen zu stellen sind, je tiefer in das grundrechtlich geschützte Rechtsgut eingegriffen wird, ist die Anordnung und Aufrechterhaltung einer Freiheitsentziehung als schwerste Form der Freiheitsbeschränkung nur unter besonders strengen Voraussetzungen zulässig.⁴² Für die Unterbringung nach § 81 StPO entnimmt das BVerfG dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beispielsweise eine Verschärfung in dem Sinne, dass über die im Gesetz selbst normierte Verhältnismäßigkeit hinaus eine „Unerlässlichkeit“ gefordert wird.⁴³ Basiert die Freiheitsentziehung auf dem Verdacht einer Straftat, so wird ihr bereits im Verhältnismä-

³⁸ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Art. 2 Abs. 2 Satz 2 Rn. 26.

³⁹ BVerfG NJW 1966, 243, 244; 1997, 1774, 1775; vgl. auch BVerfGE 10, 302.

⁴⁰ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 280 ff., 289 ff.; *Wiesneth*, Untersuchungshaft, Rn. 10 f.

⁴¹ BVerfG NJW 1997, 1774, 1775; StV 2011, 170; *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 52 ff.

⁴² Vgl. *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 63; BVerfGE 109, 133, 159.

⁴³ BVerfGE, StV 1995, 617; NJW 2002, 383.

bigkeitsgrundsatz angelegter Ausnahmecharakter durch die Unschuldsvermutung weiter verstärkt, weil diese es grundsätzlich verbietet, vor rechtskräftiger Verurteilung Maßnahmen zu ergreifen, die in ihrer Wirkung der Freiheitsstrafe gleichkommen.⁴⁴ Aus dem im Verhältnismäßigkeitsgrundsatz enthaltenen haftrechtlichen Beschleunigungsgebot ergeben sich enge zeitliche Schranken, da sich das Gewicht des Freiheitsanspruchs, das dem staatlichen Interesse an der Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung bei der Abwägung als ständiges Korrektiv entgegenzuhalten ist, mit zunehmender Dauer vergrößert.⁴⁵ Das BVerfG wacht über die Einhaltung dieser Vorgaben im konkreten Fall und ahndet Fehler und Versäumnisse bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes konsequent.⁴⁶

Der besonderen Eingriffsintensität von Freiheitsentziehungen trägt auch Art. 104 GG selbst Rechnung, indem er über die einheitlich für alle Freiheitsbeschränkungen geltenden Vorgaben in Abs. 1 Satz 1 hinaus besondere prozessuale Absicherungen formuliert und so den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in verfahrensrechtlicher Hinsicht umsetzt. Eine den Anwendungsbereich des Richtervorbehalts und der zusätzlichen prozessualen Garantien in Art. 104 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2–4 GG eröffnende „Freiheitsentziehung“ liegt vor, wenn die körperliche Bewegungsfreiheit über einen unbedeutenden Zeitraum hinaus nach jeder Richtung hin aufgehoben wird.⁴⁷ Maßgeblich sind damit nicht Zwecksetzung und Grund, sondern die Intensität und, ergänzend, die Dauer des Eingriffs. Die Abgrenzung im Einzelfall bereitet freilich mitunter erhebliche Schwierigkeiten.⁴⁸ Das mehrstündige Festhalten in Gewahrsamszellen, Arresträumen etc. reicht für die Annahme einer Freiheitsentziehung jedenfalls aus, da der Einschluss in Zellen o.Ä. den typischen Fall darstellt, den Art. 104 GG seinen besonderen Schutzvorkehrungen unterstellen will (vgl. auch § 415 Abs. 2 FamFG).⁴⁹ Während Untersuchungshaft und vorläufige Festnahme diese Voraussetzungen stets erfüllen (arg. Art. 104 Abs. 3 GG),⁵⁰ liegt in der Vorführung oder zwangsweisen Verbringung zur Polizei, z.B. zwecks Blutentnahme (§ 81a StPO), erkennungsdienstlicher Behandlung (§ 81b StPO) oder Identitätsfeststellung (§§ 163b, c StPO) noch keine Freiheitsentziehung. Hier scheint es vielmehr im Einzelfall darauf anzukommen, ob die mit ihr bezweckte Handlung im Anschluss an die Vorführung oder Sistierung umgehend durchgeführt

⁴⁴ BVerfG NJW 1966, 243, 244 (Wencker-Beschluss).

⁴⁵ BVerfGE 20, 45; BVerfG StV 2009, 479; *Wiesneth*, Untersuchungshaft, Rn. 12 ff.

⁴⁶ Z.B. BVerfG StV 2006, 73; 2008, 198; 2008, 421; NStZ 2011, 529, 530.

⁴⁷ BVerfG NVwZ 1996, 678, 681; BVerfG NStZ 2011, 529, 530; BVerfGE 105, 239.

⁴⁸ *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 36; *Rüping*, FS für Hirsch, S. 963 ff.; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 17 ff.; *Hantel*, Freiheitsentziehung; *Lisken*, NJW 1982, 1268.

⁴⁹ BVerfG NStZ 2011, 529, 530; BVerwG, NJW 1982, 536.

⁵⁰ *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 36.

wird oder ob eine nicht ganz kurzfristige – über den eigentlichen Zweck der Maßnahme hinausgehende – Festhaltungssituation zwischengeschaltet ist.⁵¹

bb) Parlamentsvorbehalt und konstitutionalisierter Gesetzesvorrang

Für jegliche Art von Eingriffen gilt der Grundsatz, dass die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden darf (Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG). Als Eingriffsermächtigung bedarf es in Abweichung zum einfachen Gesetzesvorbehalt in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG eines Parlamentsgesetzes, das von den für die Bundes- oder Landesgesetzgebung zuständigen Organen im vorgeschriebenen Verfahren beschlossen wurde. Verordnungen, Satzungen, Verwaltungsanweisungen und Gewohnheitsrecht scheiden daher als Rechtsgrundlage aus.⁵² Nur insoweit, als das Gesetz selbst Voraussetzungen, Grund, Inhalt, Art und Maß der auf seiner Grundlage zulässigen Freiheitsbeschränkungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise festlegt, können weitere Spezifizierungen – unter Beachtung des allgemeinen Wesentlichkeitsgrundsatzes – dem Ordnungsgeber übertragen werden.⁵³ Die analoge Heranziehung von Gesetzesvorschriften kommt als Grundlage für eine Freiheitsentziehung nicht in Betracht; der entsprechenden Anwendung von Verfahrensnormen, die eine richterliche Kontrolle gewährleisten, steht das Analogieverbot jedoch nicht entgegen.⁵⁴ Für Einzelheiten des Vollzugs soll der Parlamentsvorbehalt ebenfalls nicht gelten.⁵⁵ Inhaltlich muss die gesetzliche Regelung hinreichend bestimmt sein. Dabei ist der Maßstab Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG zu entnehmen, der das allgemeine rechtsstaatliche Bestimmtheitsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) konkretisiert.⁵⁶ Je länger und intensiver die Maßnahme ist, umso höhere Anforderungen sind an die Bestimmtheit der gesetzlichen Vorgaben zu stellen.

Darüber hinaus erhebt Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG bei Eingriffen in die Fortbewegungsfreiheit die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen „Formen“ – also Zuständigkeiten, Verfahren, Formen, Fristen und Beteiligungsrechte – zu einem Verfassungsgebot. Damit begründet bereits die Verletzung einfachen Rechts einen Grundrechtsverstoß, der im Wege der Verfassungsbeschwerde gerügt werden

⁵¹ Vgl. BVerfG NSTz 2011, 529, 530: Freiheitsentziehung bei fünfeneinhalbständigem Festhalten zwecks Identitätsfeststellung, wobei der Betroffene zweimal für je eine Stunde in eine Gewahrsamszelle gesperrt und eine Stunde lang im Polizeifahrzeug untergebracht war. Krit. zur fehlenden ex ante-Bestimmbarkeit, die mit diesem Ansatz verbunden ist, Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 114 Rn. 20.

⁵² BGHZ 15, 61 (Verordnung zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten von 1938).

⁵³ BVerfGE 14, 174; BVerfGE 109, 133.

⁵⁴ BVerfGE 29, 183; NVwZ 2007, 1296; bedenklich OLG Naumburg NJW 2002, 2576.

⁵⁵ Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 55 f.

⁵⁶ BVerfGE 109, 133; ungenau Radtke, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 6: Art. 103 Abs. 2 GG.

kann.⁵⁷ Da jedoch Anwendung und Auslegung der Gesetze in erster Linie den Fachgerichten obliegen, hält das BVerfG auch hier – wie beim allgemeinen Gesetzesvorrang (Art. 20 Abs. 3 GG) – am Erfordernis einer Verletzung spezifischen Verfassungsrechts fest.⁵⁸ Die Bedeutung der Regelung erschöpft sich mithin darin, dass sie dem Gesetzgeber selbst die Regelung des Verfahrensrechts aufträgt.⁵⁹

cc) Richtervorbehalt

(1) Art. 104 Abs. 2 GG unterwirft die Freiheitsentziehung, egal, ob diese aus präventiven, strafprozessualen oder sonstigen Gründen geschieht,⁶⁰ einem Richtervorbehalt, indem die Entscheidung über deren Zulässigkeit und Fortdauer ausschließlich dem Richter anheimgestellt wird (Satz 1). Erfolgt die Freiheitsentziehung ausnahmsweise ohne vorherige richterliche Entscheidung, so ist eine solche unverzüglich herbeizuführen (Satz 2). Aus eigener Machtvollkommenheit darf die Polizei niemanden länger als bis zum Ende des auf die Ergreifung folgenden Tages in eigenem Gewahrsam halten (Satz 3). Die nähere Regelung ist dem Gesetzgeber aufgegeben (Satz 4). Für den Fall der vorläufigen, also nicht richterlich angeordneten⁶¹ Festnahme wegen einer Straftat gilt insoweit nichts anderes (Art. 104 Abs. 3 GG): Hier ist der Betroffene spätestens am Tag nach der Festnahme dem Richter vorzuführen (Satz 1), der unverzüglich einen Haftbefehl erlässt oder die Freilassung anordnet (Satz 2). Soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, lässt diese ergänzende Sonderregelung für strafprozessuale Freiheitsentziehungen die Anwendbarkeit der allgemeinen Regelung in Abs. 2 unberührt.

(2) Das richterliche Entscheidungsmonopol über Freiheitsentziehungen stellt sicher, dass nicht ein weisungsgebundener Verwaltungsbeamter, sondern ein sachlich und persönlich unabhängiger („gesetzlicher“, Art. 101 GG) Richter in einem mit formellen Garantien ausgestatteten gerichtlichen Verfahren über diesen besonders schwerwiegenden Grundrechtseingriff entscheidet.⁶² Dabei wird dem Zusammenspiel von Art. 104 Abs. 2 Satz 1 und 2 ein Grundsatz der vorgängigen richterlichen Entscheidung entnommen, der mangels abweichender Regelung in Abs. 3 auch für strafprozessuale Freiheitsentziehungen gilt.⁶³ Er besagt, dass „Art. 104 GG

⁵⁷ BVerfG NVwZ 2009, 1033; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 449.

⁵⁸ BVerfGE 65, 317; *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 122.

⁵⁹ *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 28; zur Zulässigkeit von Analogien BVerfGE 83, 24.

⁶⁰ Zur bei Erlass des GG umstrittenen Erstreckung des Richtervorbehalts auf außerstrafrechtliche Freiheitsentziehungen siehe *Podlech*, in: AK-GG, Rn. 18 m.w.N.

⁶¹ A.A. *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 66, der auch die Ergreifung aufgrund richterlichen Haftbefehls als „vorläufige Festnahme“ i.S.v. Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG ansieht.

⁶² *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 23; BVerfG BeckRS 2012, 48178.

⁶³ *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 66; *Rüping*, FS für Hirsch, S. 968 f.; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 23; *Radtke*, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 27.

[...] eine [...] nachträgliche richterliche Entscheidung nur in den Fällen zu[lässt], in denen der mit der Freiheitsentziehung verfolgte verfassungsrechtlich zulässige Zweck nicht erreichbar wäre, wenn der Festnahme die richterliche Entscheidung vorausgehen müsste“.⁶⁴

Art. 104 GG liegt also ein striktes *habeas corpus*-Modell zugrunde, da er sich nicht generell mit einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle von Freiheitsentziehungen begnügt, sondern deren Zulässigkeit vielmehr von vornherein auf dringliche Ausnahmesituationen („Gefahr im Verzug“) beschränkt.⁶⁵ Damit dieses Recht auf präventiven Rechtsschutz nicht leerläuft, muss durch organisatorische Vorkehrungen – etwa die Einrichtung eines Bereitschaftsdienstes – die Erreichbarkeit eines Richters auch an Wochenenden und Feiertagen sowie, zumindest bei absehbarem Bedarf, zur Nachtzeit gewährleistet sein.⁶⁶

(3) Soweit eine Freiheitsentziehung ausnahmsweise ohne vorherige richterliche Entscheidung zulässig ist, muss diese unverzüglich, spätestens am Tag nach der Ergreifung von Amts wegen eingeholt werden. Das Unverzüglichkeitserfordernis in Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG gilt nach h.M. auch für strafprozessuale Festnahmen, obwohl es in Abs. 3 Satz 1 nicht eigens wiederholt wird.⁶⁷ Die je nach Festnahmezeitpunkt variierende Höchstfrist endet mit Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages und kann somit im Fall der Festnahme kurz nach Mitternacht bis zu 48 Stunden erreichen. Sie darf grundsätzlich nicht ausgeschöpft werden; vielmehr ist eine Hinauszögerung der Befassung des Richters nur so lange zulässig, als dafür ein sachlicher Grund besteht. Anerkannt sind Verzögerungen, „die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind“. Dagegen kann „[di]e fehlende Möglichkeit, einen Richter zu erreichen, [...] angesichts der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates, der Bedeutung des Richtervorbehalts durch geeignete organisatorische Maßnahmen Rechnung zu tragen, nicht ohne weiteres als unvermeidbares Hindernis für die unverzügliche Nachholung der richterlichen Entscheidung gelten“.⁶⁸

Die Pflicht zur unverzüglichen Nachholung der richterlichen Entscheidung entfällt nicht, wenn absehbar ist, dass der Betroffene ohnehin vor Ablauf des auf die

⁶⁴ BVerfGE, 22, 311; NVwZ 2009, 1033; Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 42, 47; Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 450; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 66.

⁶⁵ Vgl. Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 14.

⁶⁶ BVerfG NVwZ 2006, 579; Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 42; Pjeroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 450; Radtke, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 22.

⁶⁷ BVerfG BeckRS 2009, 39529; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 71, 76. Davon geht im Übrigen das Gesetz selbst aus, vgl. §§ 128 Abs. 1 Satz 1, 163c Abs. 1 Satz 2 StPO.

⁶⁸ BVerfGE 105, 239; 103, 142; Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 47 f.; Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 39; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 72.

Ergreifung folgenden Tages seine Freiheit wiedererlangen wird.⁶⁹ Die Einschaltung des Richters ist jedoch entbehrlich, wenn anzunehmen ist, dass seine Entscheidung erst nach Wegfall des Grundes der Maßnahme ergehen würde, weil der Schutzzweck des Richtervorbehalts anderenfalls zulasten des Betroffenen in sein Gegenteil verkehrt wäre; da im Fall der Freilassung die Beschwerde durch prozessuale Überholung entfällt, bedarf es hier keiner von Amts wegen zu veranlassenden Überprüfung durch den Richter mehr.⁷⁰ Allerdings steht dem Betroffenen wegen der Schwere des Grundrechtseingriffs das Recht zu, auf eigene Initiative im Wege der nachträglichen (Fortsetzungs-)Feststellungsklage eine gerichtliche Klärung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung herbeizuführen (Art. 19 Abs. 4 GG).⁷¹

(4) Art. 104 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 1 GG statuieren eine absolute Höchstfrist für solche Freiheitsentziehungen, denen keine richterliche Entscheidung zugrunde liegt. Soweit Landesverfassungen *kürzere* Fristen zu deren Herbeiführung vorsehen, sind diese für das Handeln der jeweiligen Landesstaatsgewalt zwar insoweit bindend, als sie aufgrund Landesrechts, insbesondere der Landespolizeigesetze, tätig werden (Art. 142 GG). Auf dem Gebiet des Strafprozessrechts gehen dagegen die bundesgesetzlichen Bestimmungen der StPO vor (Art. 30, 74 GG).⁷²

Eine *längere* Frist kann nur durch Bundesgesetz für den Verteidigungsfall (Art. 115a GG)⁷³ vorgesehen werden.⁷⁴ Zulässig ist die Festsetzung einer Frist von höchstens vier Tagen⁷⁵ – gerechnet ab Ablauf des Festnahmetages, also maximal 120 Stunden⁷⁶ – für den Fall, dass ein Richter nicht innerhalb der für Normalzeiten geltenden Frist tätig werden konnte (Art. 115c Abs. 2 Nr. 2 GG). Die abweichende Frist gilt also nicht pauschal.⁷⁷ Für den verfassungsändernden Gesetzgeber war dabei die Befürchtung ausschlaggebend, dass infolge des „Ausfalls von Gerichtsorganen oder Verkehrsverbindungen“ die Einhaltung der herkömmlichen Fristen unmöglich werden könnte und die Freilassung ohne Rücksicht auf die Erheblichkeit des Tatvorwurfs in solchen Fällen unerträglich wäre.⁷⁸ Ein Rückgriff auf die

⁶⁹ BVerfGE 105, 239.

⁷⁰ BVerfGE 105, 239; *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 73; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 55; a.A. *Rachor*, in: Denninger/Rachor (Hrsg.), Handbuch, E Rn. 541.

⁷¹ Siehe unten II.E.3.b.aa. und III.E.3.b.aa.

⁷² *Rüping*, FS für Hirsch, S. 974.

⁷³ Eingefügt durch das 17. GG-Änderungsgesetz vom 24.6.1968 (BGBl. I S. 709).

⁷⁴ Das Gesetz kann auch zu Normalzeiten für den Verteidigungsfall erlassen werden, *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 115c Rn. 29. Gegenwärtig liegt ein solches nicht vor.

⁷⁵ Die Fristfassung war bei Erlass des Art. 115c GG umstritten. Die Bandbreite der Vorschläge reichte vom gänzlichen Fehlen einer zeitlichen Beschränkung über drei Tage, vier Tage bis zu einer Woche, siehe *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 115c Rn. 42 Fn. 16.

⁷⁶ *Schmidt-Radefeld*, in: BeckOK-GG, Art. 115c Rn. 4.

⁷⁷ *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 59.

⁷⁸ BT-Drucks. V/1879; *Herzog*, in: Maunz/Dürig, Art. 115c Rn. 41, 44.

modifizierten Höchstfristen kommt also nur bei entsprechenden infrastrukturellen bzw. gerichtsorganisatorischen Störungen in Betracht und nicht zur Verfolgung sonstiger Belange der Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr. Abgesehen von dieser Höchstfrist stehen die Verfahrensgarantien des Art. 104 GG (insb. das Unverzögerlichkeitskriterium) nicht zur Disposition des Gesetzgebers. Da Gesetze nach Art. 115c Abs. 2 Nr. 2 GG nicht unter die Vorbereitungsermächtigung nach Abs. 4 fallen, scheidet eine Anwendung vor Eintritt des Verteidigungsfalls zur Vorbereitung ihres Vollzugs aus.⁷⁹ Selbst wenn die Überlegungen, einen terroristischen Angriff wie den vom 11.9.2011 in New York als Verteidigungsfall i.S.v. Art. 115a GG einzustufen,⁸⁰ eines Tages Wirklichkeit werden sollten, sind zumindest von Art. 115c Abs. 2 Nr. 2 GG keine rechtsstaatlichen Gefahren zu erwarten.⁸¹

(5) Unabhängig davon, ob seine Intervention vor oder nach Beginn der Freiheitsentziehung stattfindet, obliegt die „Entscheidung“ über die Maßnahme stets ausschließlich dem Richter. Dieses Monopol wird durch die ausnahmsweise Möglichkeit einer Freiheitsentziehung ohne seine vorherige Befassung nicht tangiert, da etwa der polizeilich veranlassenen Fest- oder Ingewahrsamnahme keine „Entscheidung“ i.S.v. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG innewohnt. Indem diese Bestimmung die Entscheidungshoheit in die Hände des Richters legt, ist zugleich klargestellt, dass es bei seiner nachträglichen Befassung nicht um eine bloße Überprüfung der Rechtmäßigkeit bzw. eine Genehmigung oder Bestätigung des vorangegangenen Exekutivhandelns geht, sondern dass der Richter nach eigenem Ermessen und in eigener Verantwortung eine konstitutive Entscheidung über die Fortdauer der Haft trifft.⁸² Er muss deshalb selbst die Tatsachen feststellen und die Erforderlichkeit eingehend prüfen. Dabei kommen als Mittel der Sachaufklärung wegen der Eilbedürftigkeit insbesondere die Verfahrensakten, eventuell sichergestellte Gegenstände, die Aussagen der beteiligten Beamten und die persönliche Anhörung des Betroffenen in Betracht.⁸³

Weil Art. 104 Abs. 2 GG keine Aussage darüber trifft, welcher Richter für die Entscheidung zuständig ist, obliegt die Klärung dem Gesetzgeber (Art. 104 Abs. 2 Satz 4 GG). Da das GG von einer Gleichstellung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und der ordentlichen Gerichtsbarkeit ausgeht, steht es ihm frei, welchem Gerichtszweig er die Zuständigkeit nach Art. 104 Abs. 2 GG übertragen will. Soweit eine gesetzliche Zuständigkeitsregelung fehlt, sind sowohl die Amtsgerichte als auch die Verwaltungsgerichte zuständig. Für einen Rückgriff auf die zugunsten der or-

⁷⁹ Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 115c Rn. 45.

⁸⁰ Vgl. Blechschmidt, Jung: Terror-Angriff löst Verteidigungsfall aus, Sueddeutsche.de, 19.5.2010.

⁸¹ Vgl. Herzog, in: Maunz/Dürig, Art. 115c Rn. 45.

⁸² BVerfGE 83, 24; NVwZ 2006, 579; Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 28.

⁸³ BVerfGE 83, 24; NVwZ 2006, 579; Radtke, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 12 f. Weiterführend zum gerichtlichen Verfahren Gusy, NJW 1992, 457, 462 f.

dentlichen Gerichtsbarkeit formulierte Vermutungsregel in Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG ist im Rahmen von Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG kein Raum, denn bei der (konstitutiven) Entscheidung über die Freiheitsentziehung handelt es sich wie oben erwähnt gerade nicht um eine bloße Rechtskontrolle der Verwaltung.⁸⁴

dd) Zusätzliche Verfahrensgarantien für die strafprozessuale Festnahme

Bei strafprozessualen Freiheitsentziehungen wird der Richtervorbehalt durch weitergehende verfahrensrechtliche Vorgaben in Art. 104 Abs. 3 GG näher ausgestaltet und komplettiert. Hiernach muss jeder wegen des Verdachts einer strafbaren Handlung vorläufig Festgenommene spätestens am Tage nach der Festnahme dem Richter vorgeführt werden, der ihm die Gründe der Festnahme mitzuteilen, ihn zu vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen zu geben hat (Satz 1). Sodann hat der Richter unverzüglich entweder einen mit Gründen versehenen schriftlichen Haftbefehl zu erlassen oder die Freilassung anzuordnen (Satz 2).

Die Regelung greift die – bereits bei den parlamentarischen Beratungen zu § 138 (Abs. 2) PKV⁸⁵ erarbeitete und in der Folge von der (R)StPO zugrunde gelegte – Unterscheidung zwischen vorläufiger Festnahme und Untersuchungshaft auf und unterwirft erstere, also die *nicht* durch einen richterlichen Haftbefehl gedeckte und deshalb nur ausnahmsweise zulässige Spontanfestnahme, spezifischen prozessualen Absicherungen im Zusammenhang mit der nach Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG unverzüglich gebotenen Nachholung der richterlichen Entscheidung.⁸⁶

Während sich Art. 104 Abs. 2 GG scheinbar damit begnügt, dass vor Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages eine richterliche Entscheidung ergeht, verlangt Abs. 3 Satz 1 im Hinblick auf das Verfahren, dass der Betroffene binnen dieser Frist dem Richter vorgeführt, über die Festnahmegründe informiert und vernommen wird sowie Gelegenheit zu Einwendungen erhält. Mit der aus der Vorführungspflicht resultierenden verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Richters zur unmittelbaren persönlichen Vernehmung, also zur mündlichen Anhörung des Festgenommenen und den damit einhergehenden Garantien (Mitteilung der Festnahmegründe und Möglichkeit zu Einwendungen), werden der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) spezifiziert und die über Art. 104 Abs. 2 GG gewährleisteten Minimalgarantien zur Beteiligung am Verfahren verschärft.⁸⁷

⁸⁴ *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 30 m.w.N.; vgl. auch *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 43.

⁸⁵ *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 142 m.w.N.

⁸⁶ A.A. *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 65 f., der auch die Ergreifung aufgrund richterlichen Haftbefehls als vorläufige Festnahme i.S.v. Art. 104 Abs. 3 Satz 1 GG wertet; dem folgend *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 103; wie hier die ganz h.M., vgl. Art. 104 Abs. 3 Satz 2 GG und *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 34 ff.; *Rüping*, FS für Hirsch, S. 969; *ders.*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 74 ff.

⁸⁷ *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 80; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 68.

Abs. 3 Satz 2 grenzt den Inhalt der unverzüglich – und wohl noch innerhalb der absoluten Höchstfrist der Art. 104 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 1 GG⁸⁸ – zu treffenden richterlichen Entscheidung insofern ein, als der Richter vor die strikte Alternative „Freilassung oder Haftbefehl“ gestellt wird. Andere Entscheidungsmöglichkeiten bestehen nicht;⁸⁹ insbesondere ist, anders etwa als beim Präventivpolizeigewahrsam (vgl. Art. 104 Abs. 2 Satz 2, 3 GG), eine unselbstständige Verlängerung der nicht-richterlich angeordneten Freiheitsentziehung („Polizeihaft“) über die absolute Höchstfrist von maximal 48 Stunden hinaus unzweifelhaft ausgeschlossen.

ee) Benachrichtigungspflicht bei richterlichen Haftentscheidungen

Um ein „spurloses Verschwinden“ festgehaltener Personen zu verhindern, ordnet Art. 104 Abs. 4 GG an, dass von jeder richterlichen Entscheidung über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung unverzüglich ein Angehöriger oder eine Vertrauensperson zu benachrichtigen ist.⁹⁰ Weil die Regelung an eine richterliche Entscheidung anknüpft, wird die vorläufige Festnahme nicht erfasst. Wegen ihrer objektiv-rechtsstaatlichen Funktion hat die Benachrichtigung von Amts wegen zu erfolgen.⁹¹ Zugleich begründet die Vorschrift ein subjektives Recht des Betroffenen, dessen Verletzung mit der Verfassungsbeschwerde gerügt werden kann.

Eine Gefährdung des mit der Freiheitsentziehung verfolgten Zwecks lässt die Benachrichtigungspflicht als solche nicht entfallen, sondern ist nur bei der EmpfängerAuswahl zu berücksichtigen. Der Kreis der in Betracht kommenden Vertrauenspersonen bestimmt sich grundsätzlich nach den Präferenzen des Betroffenen. Dieser darf die zu benachrichtigende Person frei wählen, sofern der Berücksichtigung seiner Auswahlentscheidung nicht ausnahmsweise besondere sachliche

⁸⁸ Der Bezugspunkt der absoluten Höchstfrist ist bei Art. 104 Abs. 3 streitig. Nach wohl überwiegender Auffassung handelt es sich wie bei Art. 104 Abs. 2 GG um eine Entscheidungsfrist, *Rüping*, FS für Hirsch, S. 970; *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 15; *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 36; a.A. (fristgemäßer Beginn der Vernehmung ausreichend, Entscheidung kann noch am übernächsten Tag nach der Festnahme ergehen) *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 79; so tendenziell auch *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 69; a.A. (fristgemäße Vorführung ausreichend, Vernehmungsbeginn und Entscheidung auch noch am übernächsten Tag möglich) OLG Frankfurt NJW 2000, 2037 („vertretbar“); offenlassend BVerfG BeckRS 2009, 39529.

⁸⁹ *Müller-Franken*, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 105; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 70; *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 82.

⁹⁰ Auch Rechtsmittelentscheidungen fallen hierunter, BVerfGE 16, 119. An der Unverzüglichkeit fehlt es, wenn die Benachrichtigung mehr als zwei Wochen in Anspruch nimmt, ohne dass dies durch objektive Umstände gerechtfertigt ist, BVerfGE 38, 32.

⁹¹ Die Benachrichtigung ist Sache des Gerichts, BVerfGE 16, 119. Auch wenn es sich dazu der Staatsanwaltschaft bedienen darf, wird es dadurch nicht von seiner Pflicht entbunden, für die unverzügliche Durchführung selbst Sorge zu tragen, BVerfGE 38, 32.

Gründe entgegenstehen.⁹² Da zumindest der Wahlverteidiger und der auf konkreten Wunsch hin beigeordnete Pflichtverteidiger als Vertrauenspersonen angesehen werden können, genügt es für die Erfüllung der Benachrichtigungspflicht bereits, wenn die Entscheidung dem Anwalt mitgeteilt oder in dessen Gegenwart verkündet wird, solange der Beschuldigte nichts Gegenteiliges zu erkennen gibt.⁹³

Unterschiedlich beurteilt wird die Frage nach der Möglichkeit eines Verzichts des Betroffenen, bei der sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit der objektiv-rechtsstaatlichen Benachrichtigungsfunktion kollidiert. Nach h.M. steht das „Ob“ der Benachrichtigung jedenfalls nicht ohne Weiteres zur Disposition des Betroffenen. Überwiegend werden jedoch Ausnahmen im Einzelfall für zulässig erachtet, während die Gegenansicht eine solche Abwägung aus Gründen der Rechtssicherheit ablehnt und berechtigten Diskretionsinteressen bei der Auswahl des Empfängers (Anwalt, Gefangenenfürsorge o.Ä.) Rechnung trägt.⁹⁴

ff) Misshandlungsverbot gegenüber festgehaltenen Personen

Das haftspezifische Misshandlungsverbot in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG stellt ausdrücklich klar, dass festgehaltene Personen weder seelisch noch körperlich misshandelt werden dürfen und unterstreicht damit die besondere Bedeutung der körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) sowie der Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 GG) im Bereich der Freiheitsentziehungen.⁹⁵ Es nimmt insofern eine Sonderstellung innerhalb der *habeas corpus*-Regelung des Art. 104 GG ein, als es hier nicht so sehr um den Schutz der Bewegungsfreiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG), als vielmehr um den der körperlichen Unversehrtheit und damit um das „Wie“ der Maßnahme geht.⁹⁶ Die Vorschrift ergänzt und konkretisiert das allgemeine, aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG folgende Misshandlungsverbot – das unter Gesetzesvorbehalt steht und bei entsprechender Ermächtigungsgrundlage verhältnismäßige Eingriffe zulässt – um ein zusätzliches, absolutes Verbot besonders gravierender

⁹² Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 43; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 92; Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 9; Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 73.

⁹³ BVerfGE 16, 119; 38, 42; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 91.

⁹⁴ Gegen die Möglichkeit eines vollständigen Verzichts: Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 11; Radtke, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 18; Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 35; für ausnahmsweise Zulässigkeit Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 74; Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 43; für prinzipielle Zulässigkeit: Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 87 f.; ders., FS für Hirsch, S. 973; Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 155, 452.

⁹⁵ Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 20; Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 65; für eine weitere, über den Begriff „Freiheitsentziehung“ hinausgehende Auslegung des „Festhaltens“: Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 29; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 35.

⁹⁶ Radtke, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 28.

Maßnahmen, bei denen eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung von vornherein ausscheidet (h.M.).⁹⁷ Folgt man dem, so kann für diese verfassungsrechtlich stets unzulässige „Misshandlung“ nicht schon jede üble und unangemessene Behandlung i.S.v. § 223 StGB genügen. Vielmehr ist der Begriff eng auszulegen und setzt darüber hinaus einen unmenschlichen oder erniedrigenden Charakter voraus, der sich aus der Intensität und dem Zweck des Eingriffs ergeben muss.⁹⁸

Als „Prototyp“ der gemäß Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG unzulässigen Misshandlung gilt die Folter, bei der zur Intensität des zugefügten oder angedrohten Übels der unzulässige Zweck der Willensbeugung hinzutritt.⁹⁹ Nach h.M. gilt das absolute Folterverbot nicht nur im Bereich der Strafverfolgung, sondern auch im Rahmen der Gefahrenabwehr („Rettungsfolter“).¹⁰⁰ Die Möglichkeit einer dreimonatigen „Kontaktsperre“ (§§ 23 ff. EGGVG) wird mangels hinreichender Eingriffsschwere nicht als „Misshandlung“ i.S.v. Art. 104 Abs. 1 GG gewertet.¹⁰¹ Gleiches soll wegen ihrer lebensrettenden Intention für die Zwangsernährung gelten.¹⁰²

c) Haftspezifische Garantien im weiteren Sinne

Die Rechtsstellung festgehaltener Personen ist in Art. 104 GG nicht abschließend geregelt. Es gelten vielmehr auch insoweit sämtliche Grundrechte im Rahmen ihrer jeweiligen Schranken.¹⁰³ Dabei können sich insbesondere aus der staatlichen Fürsorgepflicht im Zusammenhang mit Freiheitsentziehungen Mindestanforderungen an deren Vollzug (medizinische Versorgung, Ernährung etc.) ergeben.¹⁰⁴

Im Rahmen der ausdrücklichen grundrechtlichen Gewährleistungen kommt dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), der ein Recht auf Information, Äußerung und Berücksichtigung umfasst, jedoch keine Anhörung des Be-

⁹⁷ Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 40, 43; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 35 f.; Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 69 ff.

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 2, 118; Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 68; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 37 ff.; a.A. Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 20.

⁹⁹ BVerfG NJW 2005, 656; Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 42; Rüping, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 38.

¹⁰⁰ Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 34; Müller-Franken, in: Stern/Becker (Hrsg.), Art. 104 Rn. 69 ff.; LG Frankfurt NJW 2005, 692 (Fall Daschner); EGMR, Gäfgen ./ Deutschland, NStZ 2008, 699.

¹⁰¹ BVerfGE 49, 24; siehe dazu Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 45.

¹⁰² Radtke, in: BeckOK-GG, Art. 104 Rn. 30 m.w.N.; a.A. Podlech, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 46; anders dagegen die Lage beim Brechmitteleinsatz, EGMR, Jalloh ./ Deutschland, NJW 2006, 3117.

¹⁰³ Gusy, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 31; Müller-Dietz, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 227 f. Zur Abkehr von der „Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis“ (dazu Tiedemann, Rechtsstellung des Strafgefangenen, S. 91 ff.) BVerfG NJW 1972, 811 (Strafvollzug); vgl. auch BVerfG NJW 1963, 755.

¹⁰⁴ Z.B. OLG Düsseldorf NJW 1985, 2208; vgl. Wiesneth, Untersuchungshaft, Rn. 16.

schuldigten vor Erlass des Haftbefehls gebietet, besondere Bedeutung zu.¹⁰⁵ Der aus Art. 19 Abs. 4 GG folgende Anspruch auf nachträgliche Klärung der Rechtmäßigkeit einer erledigten Zwangsmaßnahme besteht bei Freiheitsentziehungen wegen der Schwere des Eingriffs unabhängig von einer Wiederholungsgefahr.¹⁰⁶

Darüber hinaus hat das BVerfG dem in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG verankerten – und im Lichte der EMRK auszulegenden – „Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren“ umfangreiche strafprozessuale Garantien (insb. Unschuldsumutung,¹⁰⁷ Waffengleichheit,¹⁰⁸ Selbstbelastungsfreiheit¹⁰⁹ und Verteidigerbeistand¹¹⁰) entnommen.¹¹¹ Diese haben im Bereich der Freiheitsentziehungen wegen der spezifischen Bedeutung und Intensität des Grundrechtseingriffs zum Teil besondere Konturen erlangt. So folgt etwa aus Art. 103 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Recht auf ein faires Verfahren ein Anspruch des *inhaftierten* Beschuldigten auf Einsicht seines Verteidigers in die haftentscheidungsrelevanten Akten.¹¹² Unschuldsumutung und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verbieten es, eine Verhaftung ausschließlich auf die Schwere einer Straftat zu stützen, derer der Beschuldigte lediglich verdächtig ist; außerdem muss ungeachtet der Schwere des Tatvorwurfs stets eine Vollzugsaussetzung (§ 116 StPO) in Betracht kommen.¹¹³

3. Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafgewalt des Gesetzgebers¹¹⁴

Der potenzielle Anwendungsbereich der an einen Tatverdacht anknüpfenden strafprozessualen Freiheitsentziehungen hängt nicht zuletzt von der Frage ab, in welchem Umfang der Staat von der ihm laut Verfassung zustehenden Befugnis der Pönalisierung missbilligter Verhaltensweisen Gebrauch machen darf. Mittelbar – und weniger zwingend – gilt diese Wechselwirkung auch für gefahrenabwehrrechtliche Eingriffsbefugnisse, denn die unmittelbar bevorstehende oder andauernde Verletzung einer strafrechtlichen Verbotsnorm stellt ebenso wie sonstige, nicht

¹⁰⁵ Hierzu und zum komplementären Verhältnis zu Art. 104 GG siehe BVerfGE 9, 189.

¹⁰⁶ BVerfG NJW 2002, 2456; StraFo 2006, 20; NVwZ 2011, 743.

¹⁰⁷ BVerfGE 19, 342; 82, 106; *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 42 ff., 64 ff.; *Wiesneth*, Untersuchungshaft, Rn. 15 f.

¹⁰⁸ BVerfGE 63, 45; NJW 1975, 103; 2001, 3695.

¹⁰⁹ BVerfGE 38, 105; *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 68 ff.

¹¹⁰ BVerfGE 9, 189; 26, 66; 34, 293; 38, 105; 39, 156; 110, 226.

¹¹¹ *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Art. 20 VII Rn. 142 ff.

¹¹² BVerfG NStZ 1994, 551; zur Abgrenzung BVerfG NStZ-RR 1998, 108.

¹¹³ BVerfGE 19, 342.

¹¹⁴ Die Bedeutung dieser Frage ist im dt. Recht mit seiner Kombination von strafprozessualen und präventiv-polizeirechtlichen Zwangsbefugnissen (dazu unten B.1.) ungleich geringer als in dem frz. *régime répressif*, siehe oben Teil 1, I.B. Im Interesse der Ermöglichung einer umfassenden Gegenüberstellung sollen die in Deutschland geltenden Prinzipien gleichwohl ebenfalls kurz umrissen werden.

strafbewehrte Normverstöße eine konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit und damit eine sogenannte Störung dar, die den Rückgriff auf das präventiv-polizeiliche Eingriffsinstrumentarium der Polizei- und Sicherheitsgesetze eröffnet.¹¹⁵ Verfassungsrechtliche Kriterien zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalt lassen sich dem Gesetzlichkeitsprinzip in seinen Ausprägungen als Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot (Art. 103 Abs. 2 GG), dem Schuldprinzip und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entnehmen. Dabei ist Letzterer nach Auffassung der herrschenden Lehre im Lichte eines – im Einzelnen streitigen – Rechtsgutskonzepts auszulegen, dem das BVerfG indes bislang jede verfassungsrechtliche Anerkennung versagt.

a) Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgrundsatz

Gemäß Art. 103 Abs. 2 GG kann eine Tat nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die herausragende Bedeutung des *nullum crimen sine lege*-Satzes, der als grundrechtsgleiches Recht im Wege der Verfassungsbeschwerde eingeklagt werden kann, wird durch seine einfachgesetzliche Wiederholung in §§ 1 StGB, 3 OWiG unterstrichen.¹¹⁶ Sinn und Zweck ist einerseits der Schutz des Normadressaten, der vorhersehen können muss, was verboten und was erlaubt ist, um sein Verhalten danach ausrichten zu können; andererseits soll im Interesse der Gewaltenteilung sichergestellt werden, dass nur der unmittelbar demokratisch legitimierte Gesetzgeber die Grundsatzentscheidung über die Strafbarkeit oder Straflosigkeit einer Verhaltensweise trifft und nicht erst die Gerichte oder die Exekutive.¹¹⁷ Es handelt sich mithin um einen qualifizierten Gesetzesvorbehalt, der die Definition von Straftatbeständen dem Gesetzgeber vorbehält und ihn dabei zugleich auf deren inhaltliche Bestimmtheit verpflichtet.¹¹⁸

Ogleich in Art. 103 Abs. 2 GG nicht ausdrücklich von einem „förmlichen Gesetz“ die Rede ist, wird der Vorschrift im Einklang mit ihrer soeben skizzierten Schutzrichtung ein Parlamentsvorbehalt für Straf- und Bußgeldtatbestände entnommen, der sich im Fall der Androhung einer Freiheitsstrafe *zusätzlich* aus Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG ergibt.¹¹⁹ Da der Bundesgesetzgeber von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) im Bereich des Kriminalstrafrechts sehr weitgehend Gebrauch gemacht hat, bleibt für eine ergän-

¹¹⁵ Soweit vereinzelte Landespolizeigesetze den polizeirechtlichen Sicherheitsgewahrsam ausschließlich zur Verhinderung oder Beendigung von Straftaten zulassen (vgl. § 55 Abs. 1 Nr. 2 SOG-MV), ist diese Korrelation ungleich enger.

¹¹⁶ Radtke/Hagemeyer, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 18.

¹¹⁷ Zu dieser Doppelschutzrichtung BVerfG NJW 1978, 933; 1993, 581; 1993, 1457.

¹¹⁸ Das auch an den Gesetzgeber gerichtete Rückwirkungsverbot bedarf im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ebensowenig der Vertiefung, wie die an den Richter adressierten Verbote, zulasten des „Täters“ Analogien oder Gewohnheitsrecht heranzuziehen.

¹¹⁹ BVerfG NSTz 1986, 261; NJW 1987, 3175; 1989, 1663; 1993, 581; 2010, 754.

zende Zuständigkeit des Landesgesetzgebers – anders als im besonderen Ordnungswidrigkeitenrecht – nur wenig Raum (vgl. EGStGB).¹²⁰ Auch wenn untergesetzlichen Rechtsakten niemals eine eigenständige, strafbarkeitsbegründende Wirkung zukommen kann, schließt es der Parlamentsvorbehalt nicht per se aus, Straftatbestände in einer Verordnung zu konkretisieren oder an die Nichtbefolgung eines Verwaltungsakts zu koppeln. Die Voraussetzungen der Strafbarkeit sowie Art und Maß der Strafe müssen für den Bürger jedoch auch in diesen Fällen schon aufgrund des Gesetzes vorhersehbar sein. Im gleichen Maße, wie die pauschale Anknüpfung einer Strafandrohung an Verstöße gegen inhaltlich nicht näher präzierte Verwaltungsakte ausscheidet, dürfen dem Ordnungsgeber lediglich Spezifizierungen des Tatbestands überlassen werden (siehe Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG).¹²¹ Entscheidend ist stets, dass das förmliche Gesetz selbst dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt.

Dieser Grundsatz gebietet es, die Strafbarkeitsvoraussetzungen so konkret zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände aus dem Gesetzeswortlaut zu erkennen sind oder sich zumindest durch Auslegung ermitteln lassen. Dabei gelten umso strengere Maßstäbe, je höher die Strafandrohung ist. Umgekehrt wird jedoch zugleich betont, dass die Anforderungen nicht überspannt werden dürfen, weil die Gesetze ansonsten zu starr und kasuistisch würden. Insbesondere ist die Verwendung von Generalklauseln und wertausfüllungsbedürftigen Begriffen zulässig, sofern sich nur – etwa aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung – eine zuverlässige Auslegungsgrundlage gewinnen lässt. Dabei kann in Grenzfällen die Erkennbarkeit lediglich des Risikos einer Bestrafung genügen.¹²² Außerdem soll es ausreichen, wenn ein an und für sich unbestimmtes Tatbestandsmerkmal im Wege einer restriktiven Auslegung auf einen „bestimmbaren Kern“ reduziert werden kann. Verkennt das Gericht die Möglichkeit einer solchen „geltungserhaltenden Reduktion“, so verstößt nicht das Gesetz, sondern die Rechtsanwendung im Einzelfall gegen das Bestimmtheitsgebot.¹²³

In Anwendung dieser Grundsätze wurde nicht nur die für unechte Unterlassensdelikte erforderliche Garantenstellung (§ 13 StGB), sondern auch der frühere Übertretungstatbestand des „groben Unfugs“ (vormals § 360 Nr. 11 StGB)¹²⁴ und jüngst

¹²⁰ Maunz, in: ders./Dürig, Art. 74 Rn. 68.

¹²¹ BVerfG NJW 1962, 1339; 1987, 3175; Schmidt-Aßmann, in: Maunz/Dürig, Art. 103 Abs. 2 Rn. 198–221; Radtke/Hagemeyer, in: BeckOK-GG, Art. 103 Rn. 29–35.

¹²² BVerfG NJW 1962, 1563; 1969, 1759; 1977, 1815; NStZ 2010, 626 m.w.N.

¹²³ Siehe BVerfG NJW 1995, 1141 („Gewalt“, § 240 StGB); NJW 2010, 754 („erhebliche Ruhestörung“, §§ 4, 15 BerlLImSchG); zustimmend Roxin, AT I, § 5 Rn. 77, 79.

¹²⁴ „Mit Geldstrafe bis zu einhundertfünfzig Mark oder mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Wochen wird bestraft: wer ungebührlicher Weise ruhestörenden Lärm erregt oder wer groben Unfug verübt.“ Siehe die heute geltende, etwas präzisere Fassung in § 181 Abs. 1 OWiG.

der Untreuetatbestand (§ 266 StGB) als hinreichend bestimmt eingestuft.¹²⁵ Die Verfassungswidrigkeit eines gesetzlichen Straftatbestands wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG wurde hingegen nur ausgesprochen selten angenommen.¹²⁶ So wurde etwa eine Vorschrift mangels hinreichender Bestimmtheit für nichtig erklärt, der zufolge sich strafbar machen sollte, „wer gegen die öffentliche Ordnung verstößt oder gegen die Interessen der alliierten Streitkräfte oder eines ihrer Mitglieder handelt“.¹²⁷ Außerdem wurde bei der Strafbarkeit des Betreibens einer Fernmeldeanlage unter Verletzung von Verleihungsbedingungen (so der frühere § 15 Abs. 2 Fernmeldeanlagen-gesetz) eine Missachtung von Art. 103 Abs. 2 GG festgestellt, da der Inhalt dieser Bedingungen vom Gesetzgeber nirgends präzisiert wurde und es in Ermangelung einer konkretisierenden Rechtsprechung letztlich den Behörden selbst überlassen blieb, durch Verwaltungsakt die Voraussetzungen und den Schutzzweck der Straftat zu bestimmen.¹²⁸ Schließlich wurde jüngst die Ausfüllung eines landesrechtlichen Blankett-Ordnungswidrigkeitentatbestands (§ 30 Abs. 1 Nr. 4 AbfG BW) durch eine kommunale Abfallwirtschaftssatzung für zu unbestimmt und deshalb nichtig befunden, weil das sanktionierte Verhalten in der Satzung nicht ausreichend vorhersehbar war.¹²⁹ Angesichts der Zurückhaltung des BVerfG bleibt insgesamt der Eindruck, dass sich Art. 103 Abs. 2 GG trotz teilweise weitergehender Forderungen im Schrifttum¹³⁰ nur in Ausnahmefällen als effektives Begrenzungskriterium für die staatliche Straf-gewalt erwiesen hat.

b) Schuldprinzip als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips

Der im modernen Strafrecht selbstverständliche Grundsatz, dass jede Strafe Schuld voraussetzt und schuldangemessen sein muss (*nulla poena sine culpa*), hat als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) und als Ausprägung der in Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG geschützten Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen Verfassungsrang und kann im Wege der Verfassungsbeschwerde eingeklagt werden. Er fungiert zugleich als Rechtsgrund und Begrenzung der Strafe und gilt dabei nicht nur für das Kriminalstrafrecht, sondern auch für strafähnliche Sanktionen wie Ordnungswidrigkeiten oder Ordnungs- bzw. Verwaltungsstrafen.

¹²⁵ BVerfG NJW 1969, 1759 („grober Unfug“); 2003, 1030 (§ 13 StGB); NStZ 2010, 626 (§ 266 StGB); zur Diskussion im Schrifttum siehe *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 67 ff.

¹²⁶ Zur Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes durch die gesetzlichen Rechtsfolgen der Tat siehe BVerfG NJW 2002, 1779 (Vermögensstrafe, § 43a StGB).

¹²⁷ BayVerfGH, BayGVBl. 1952 S. 8 f., zit. nach *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 68.

¹²⁸ BVerfG NJW 1989, 1663.

¹²⁹ BVerfG NVwZ 2007, 1172; zu den Bestimmtheitsanforderungen an die gesetzliche Ermächtigungsgrundlage im Zusammenhang mit Strafbestimmungen in Gemein-desatzungen BVerfG NJW 1972, 860.

¹³⁰ Vgl. *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 71 ff. m.w.N.; zu den durch das GVVG eingeführten Vorfeldkriminalisierungen zur Terrorismusbekämpfung siehe *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 203 ff.

Entscheidend ist, dass es bei der Sanktion im Gegensatz zu reinen Präventionsmaßnahmen zumindest auch um Repression und Vergeltung für ein verbotenes Verhalten geht, da der Vorwurf eines Rechtsverstößes stets Vorwerfbarkeit, also strafrechtliche Schuld im Sinne von eigener Verantwortlichkeit voraussetzt.¹³¹

Ungeachtet seiner Doppelfunktion wird dem Schuldgrundsatz heute vor allem für die Schuldangemessenheit der – gesetzlich angedrohten oder im Einzelfall verhängten – Strafhöhe, also für das „Wie“ der Strafbarkeit praktische Relevanz beigemessen. Dort ergänzt er das an präventiven Strafzielen orientierte Verhältnismäßigkeitsprinzip, welches selbst außerstande ist, eine absolute Obergrenze der staatlichen Strafgewalt zu markieren, um ein Schuldüberschreitungsverbot.¹³² Darüber hinaus schränkt das Schuldprinzip die Strafgewalt des Gesetzgebers bzw. die gerichtliche Anwendung von Straftatbeständen auch im Hinblick auf das „Ob“ der Strafbarkeit ein. Zum einen werden gesetzliche Schuldvermutungen jedenfalls im Bereich des Kriminalstrafrechts, darüber hinaus inzwischen wohl aber auch auf dem Gebiet des Ordnungswidrigkeitenrechts für unzulässig erachtet, da dem Täter Tat und Schuld nachgewiesen werden müssen. Soweit sich allerdings vereinzelt noch gesetzliche Vorschriften fanden, die dem Täter im Hinblick auf bestimmte Tatbestandsmerkmale oder gar auf die subjektive Tatseite die Beweislast für den Nachweis seiner Unschuld auferlegen wollten, haben sich die Gerichte regelmäßig mit einer verfassungskonformen Auslegung beholfen und die gesetzliche Regelung als solche intakt gelassen.¹³³ Zum anderen sind Vorschriften, die auch strafrechtliche Elemente enthalten, von den Gerichten so auszulegen und anzuwenden, dass die Verhängung einer Sanktion nur zulässig ist, wenn dem Betroffenen ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.¹³⁴

c) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Rechtsgüterschutz

In inhaltlich-materieller Hinsicht beurteilt das BVerfG die Frage, welche Verhaltensweisen der Gesetzgeber unter Strafe stellen darf, primär am Maßstab des im Rechtsstaatsprinzip und in den Grundrechten verwurzelten Verhältnismäßigkeitsprinzips, dem wegen des in der Strafe zum Ausdruck kommenden sozialetischen

¹³¹ BVerfG NJW 1959, 619; 1967, 195, 196; 1969, 1059.

¹³² Ausführlich zu dieser Funktion *Roxin*, AT I, § 5 Rn. 51 ff. Auch die besonderen schuldspezifischen Probleme, die sich bei abstrakten Gefährungsdelikten stellen können, wenn eine konkrete Rechtsgutsgefährdung aufgrund besonderer Umstände schlechterdings ausgeschlossen war, betreffen vor allem die Höhe und weniger das Ob der Strafindrohung, vgl. *Roxin*, a.a.O., § 11 Rn. 153 ff. (Qualifikationstatbestände der §§ 306 ff. und §§ 244 Abs. 1 Nr. 1a, 250 Abs. 1 Nr. 1a StGB); in diesen Fällen kann ggf. eine teleologische Reduktion helfen, vgl. BVerfG BeckRS 2011, 48101 (§ 306b StGB). Vgl. auch die kritische Analyse der Straffrahmen bei den durch das GGVG eingefügten Vorfeldkriminalisierungen zur Terrorismusbekämpfung, *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 202 f.

¹³³ BVerfG NJW 1959, 619; KG NStZ 1986, 560; BayVerfGH, NJW 1983, 1600.

¹³⁴ BVerfG NJW 1967, 195 (§ 890 Abs. 1 ZPO).

Unwerturteils besondere Bedeutung beigemessen wird. Zwar soll der Einsatz des Strafrechts hiernach nur als *ultima ratio* des Rechtsgüterschutzes zulässig sein, wenn ein bestimmtes Verhalten über sein Verbotensein hinaus in besonderer Weise sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich ist, seine Verhinderung mithin als besonders dringlich erscheint. Zugleich betont das Gericht jedoch, dass es grundsätzlich Aufgabe des Gesetzgebers sei, den Bereich strafbaren Handelns verbindlich festzulegen, und dass er grundsätzlich frei in seiner Entscheidung sei, ob er ein bestimmtes Rechtsgut, dessen Schutz ihm wesentlich erscheint, gerade mit den Mitteln des Strafrechts verteidigen will. Das BVerfG beschränkt sich deshalb darauf, darüber zu wachen, dass Strafvorschriften materiell in Einklang mit den Bestimmungen der Verfassung stehen und den ungeschriebenen Verfassungsgrundsätzen sowie Grundentscheidungen des GG entsprechen.¹³⁵

Um dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen, muss die gesetzliche Strafvorschrift einem legitimen Zweck dienen und zu dessen Erfüllung geeignet, erforderlich und angemessen sein.

Im Hinblick auf die verfassungsrechtlich zulässige Zwecksetzung erachtet es das BVerfG für ausreichend, dass die Strafnorm dem Schutz anderer oder der Allgemeinheit dient und dass die Verfolgung des jeweiligen Zwecks nicht von vornherein durch die Verfassung zu beanstanden ist. Im Übrigen gesteht es dem Gesetzgeber einen „Einschätzungsspielraum“ zu. Den im Schrifttum vertretenen Rechtsgutskonzepten wird explizit die Eignung abgesprochen, den demokratisch legitimierten Gesetzgeber weitergehenden Bindungen zu unterwerfen, weil es nach der grundgesetzlichen Ordnung allein seine Sache sei, die mit den Mitteln des Strafrechts zu schützenden Güter in den Grenzen des Verfassungsrechts festzulegen. Die Frage, ob eine Unterscheidung zwischen Strafnormen, die allein in Moralvorstellungen gründen, und solchen, die dem Rechtsgüterschutz dienen, überhaupt tragfähig ist und ob bejahendenfalls Strafnormen der ersteren Art verfassungsrechtlich zu beanstanden wären, hat das BVerfG dabei ausdrücklich offengelassen.¹³⁶

Zur Erreichung des Zwecks geeignet ist eine Strafvorschrift, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann. Er muss also nicht in jedem Einzelfall auch tatsächlich erreicht werden oder erreichbar sein, vielmehr genügt bereits die bloße Möglichkeit der Zweckerreichung. Erforderlich ist die Strafnorm, wenn dem Gesetzgeber nicht ein anderes, gleich wirksames, aber weniger eingriffs-

¹³⁵ BVerfG NJW 2008, 1137, 1138 (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB). Über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinaus sind insbesondere grundrechtsspezifische „Schranken-Schranken“ zu prüfen. Im Fall der Meinungsfreiheit ist z.B. Art. 5 Abs. 2 GG zu beachten, wonach Eingriffe nur aufgrund „allgemeiner Gesetze“ zulässig sind, vgl. BVerfG NJW 2010, 47 (§ 130 Abs. 4 StGB). Soweit Tatbestände in bestimmten Konstellationen mit spezifischen Grundrechten in Widerstreit treten, bedarf es einer verfassungskonform-einschränkenden gerichtlichen Auslegung, siehe NJW 2004, 1305 (§ 261 StGB).

¹³⁶ BVerfG NJW 2008, 1137, 1138 ff. (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB).

intensives Mittel zur Verfügung steht. Bei der Beurteilung der Eignung und Erforderlichkeit steht dem Gesetzgeber ein Spielraum zu, dessen Ausfüllung vom BVerfG je nach Sachmaterie, den einschlägigen Rechtsgütern und den Bewertungsmöglichkeiten „nur in begrenztem Umfang“ kontrolliert wird. Der Umstand, dass ähnlich gelagerte Sachverhalte, die einen entsprechenden Unrechtsgehalt aufweisen, von der Pönalisierung nicht erfasst werden, steht der Eignung und Erforderlichkeit einer Strafnorm nicht entgegen, da der Gesetzgeber bei der Festlegung des Bereichs strafbaren Handelns einen „weiten Gestaltungsspielraum“ hat, dessen Ausübung das BVerfG nur bei der „Überschreitung äußerster Grenzen“ beanstanden kann, wenn für eine Differenzierung „sachlich einleuchtende Gründe schlechterdings nicht mehr erkennbar“ sind.¹³⁷

Angemessen und damit verhältnismäßig im engeren Sinne ist eine Strafvorschrift, wenn eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere und den Zielen des Eingriffs ergibt, dass die Grenze der Zumutbarkeit für die Verbotsadressaten gewahrt ist, diese also nicht übermäßig belastet werden. Insbesondere müssen Tatbestand und Rechtsfolge einander in dem Sinne entsprechen, dass Tatschwere und Schuld in einem gerechten Verhältnis zur Strafe stehen. Ausreichend ist es jedoch bereits, wenn Art und Maß der Strafandrohung „nicht schlechthin unangemessen“ sind im Hinblick auf das unter Strafe gestellte Verhalten.¹³⁸

Angesichts dieser relativ großzügigen Handhabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes werden dem gesetzgeberischen Ermessen bei der Entscheidung über die Pönalisierung von Verhaltensweisen gegenwärtig praktisch kaum verfassungsrechtliche Grenzen gezogen.¹³⁹ Soweit ersichtlich, wurde bislang noch kein Straftatbestand wegen Verletzung des Übermaßverbots aufgehoben.¹⁴⁰ In kritischen Fällen ist außerdem die Möglichkeit einer mildernden Korrektur im Wege der verfassungskonformen Auslegung durch die Gerichte vorrangig in Erwägung zu ziehen.¹⁴¹

Das strafrechtliche Schrifttum hat erst relativ spät begonnen, sich für die verfassungsrechtlichen Grenzen der Strafgewalt zu interessieren. Es hatte sich lange Zeit damit abgefunden, dass die Pönalisierungsbefugnis des Gesetzgebers unter Zugrundelegung des Prüfungsmaßstabs des BVerfG einer inhaltlichen Kontrolle weitgehend entzogen ist. Inzwischen mehren sich jedoch die Stimmen, welche die An-

¹³⁷ BVerfG NJW 2008, 1137, 1138, 1140 f. (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB).

¹³⁸ BVerfG NJW 2008, 1137, 1138 (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB).

¹³⁹ Roxin, AT I, § 2 Rn. 86; Swoboda, ZStW 122 (2010), 44 ff.

¹⁴⁰ Swoboda, ZStW 122 (2010), 48; siehe aber immerhin die abweichende Meinung des Richters Hassemer, BVerfG NJW 2008, 1137, 1142 ff. (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB). Umgekehrt wurde die sog. Fristenlösung (§ 218a StGB) wegen Verstoßes gegen das Untermaßverbot aufgehoben, weil der Gesetzgeber hier seine Pflicht, den Rechtsgüterschutz ggf. mit den Mitteln des Strafrechts zu realisieren, verletzt habe, BVerfG NJW 1975, 573. Siehe nunmehr aber BVerfG NJW 1993, 1751, wonach es dem Gesetzgeber freisteht, das ungeborene Leben auch auf andere Weise als durch das Strafrecht zu schützen.

¹⁴¹ Vgl. BVerfG BeckRS 2011, 48101 (§ 306b StGB); NJW 2004, 1305 (§ 261 StGB).

wendung des verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Wege einer Rezeption des Rechtsgutskonzepts strafrechtsspezifisch konkretisieren wollen.¹⁴²

Im Ausgangspunkt handelt es sich bei dem in der Strafrechtslehre entwickelten Rechtsgutskonzept um den Versuch, kriminalpolitische Richtlinien zu formulieren, anhand derer die Art und Weise der Ausübung der Strafgewalt durch den Gesetzgeber einer rationalen Diskussion und Überprüfung zugänglich gemacht werden kann. Ausgehend von der Prämisse, dass dem liberalen Strafrecht die Aufgabe eines subsidiären Rechtsgüterschutzes zuwächst, soll die Pönalisierung von Verhaltensweisen nur insoweit legitim sein, wie sie dem Schutz von dem Strafgesetzbuch vorgelagerten rechtlichen Gütern dient, die für ein freies und friedliches Zusammenleben der Bürger erforderlich sind. Die positive Umschreibung des Inhalts des Rechtsgutsbegriffs bereitet freilich erhebliche Schwierigkeiten und wird im Schrifttum entsprechend uneinheitlich gehandhabt. Vorgeschlagen wird beispielsweise, hierunter wegen der freiheits-, friedens- und grundrechtsschützenden Funktion des Strafrechts „alle Gegebenheiten oder Zwecksetzungen zu verstehen, die für die freie Entfaltung des Einzelnen, die Verwirklichung seiner Grundrechte und das Funktionieren eines auf dieser Zielvorstellung aufbauenden staatlichen Systems notwendig sind“.¹⁴³ Weitgehende Einigkeit besteht immerhin darüber, dass neben Individualrechtsgütern wie Leben, Gesundheit oder Eigentum auch Universal- und Kollektivrechtsgüter anzuerkennen sind, soweit diese dem Individuum zu dienen bestimmt sind (z.B. Sicherheit des Straßenverkehrs, Umweltschutz) und es sich nicht nur um eine diffuse Summierung von im Einzelnen weder konkret noch abstrakt gefährdeten Individualrechtsgütern handelt (z.B. „Volksgesundheit“).¹⁴⁴

Im Hinblick auf das Rechtsgutskonzept problematisch sind nicht nur willkürliche, rein ideologisch motivierte oder grundrechtswidrige Strafgesetze, sondern auch solche, denen lediglich „Schein-“ oder „Pseudo-Rechtsgüter“ zugrunde liegen. Als bedenklich eingestuft werden etwa Strafnormen, zu deren Legitimation nur abstrakt-ungreifbare Konstrukte – z.B. der „öffentliche Friede“ (§ 130 StGB) – oder Umschreibungen des Gesetzeszwecks – z.B. die „Existenz einer drogenfreien Gesellschaft“ (§ 29 BtMG) oder die „Freihaltung der Organspende von kommerziellen Erwägungen“ (§§ 17, 18 TPG) – bemüht werden und bei denen der Gesetzgeber eine Antwort auf die Frage schuldig bleibt, inwieweit Beeinträchtigungen für das friedliche Zusammenleben der Menschen oder sonstige Schäden zu befürchten sind. Auch der Schutz vor bloßer Unmoral oder Unsittlichkeit, mit dem bis 1969 die Strafbarkeit der Homosexualität begründet wurde, sowie der Schutz vor gesell-

¹⁴² *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 88 ff.; zu Entstehung und Historie des Rechtsgutskonzepts *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 25 ff.; zu Parallelen mit dem anglo-amerikanischen *harm principle* siehe *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 123 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 38 ff.; zu abweichenden Konzepten: *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 103 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 41 ff.

¹⁴³ *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 3, 7 m.w.N.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 33 f.

¹⁴⁴ *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 11, 75 ff.; *Swoboda*, ZStW 122 (2010), 33.

schaftlichen Tabus (z.B. § 173 Abs. 2 Satz 2 StGB) lässt sich mit dem Rechtsgutskonzept kaum vereinbaren. Gleiches gilt für den Schutz vor unerwünschten Gefühlen (z.B. § 183a StGB), sofern die inkriminierten Verhaltensweisen nicht zugleich einen bedrohenden, diskriminierenden oder ehrenrührigen Charakter haben. Kritisch bewertet werden außerdem Strafandrohungen, die es als Ziel ausgeben, die Würde des Täters selbst oder die der Menschheit insgesamt (z.B. §§ 17, 18 TPG) schützen zu wollen, sowie die strafrechtliche Erfassung bewusst-eigenverantwortlich vorgenommener Selbstschädigungen und deren Ermöglichung oder Unterstützung durch Dritte (z.B. § 29 BtMG). Bedenken werden schließlich auch im Hinblick auf Tatbestände formuliert, mit denen überwiegend symbolische Zwecke verfolgt werden, ohne dass sie für den Rechtsgüterschutz und die friedliche Koexistenz der Menschen erforderlich sind (z.B. § 130 Abs. 4 StGB).¹⁴⁵

Mit dem Rechtsgutskonzept grundsätzlich vereinbar ist es dagegen, wenn die gesetzliche Strafandrohung nicht an die tatsächliche Verletzung eines Rechtsguts anknüpft, sondern sich mit dessen konkreter oder auch nur abstrakter Gefährdung begnügt. Da es ausreichend ist, wenn das inkriminierte Verhalten seiner objektiven oder subjektiven Tendenz nach auf die Verletzung eines Rechtsguts gerichtet ist und die Grenze vom Tat- zum Gesinnungsstrafrecht nicht überschritten wird, steht weder die Strafbarkeit des Versuchs noch die Existenz konkreter oder abstrakter Gefährdungsdelikte mit der Rechtsgutslehre per se in Widerspruch. Die zunehmend zu beobachtende Ausdehnung und Vorverlagerung des Strafrechts im Wege einer Vervielfachung von Vorfelddelikten, mit denen – ungeachtet der grundsätzlichen Straflosigkeit bloßer Vorbereitungshandlungen – Verhaltensweisen kriminalisiert werden, die weit im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung angesiedelt sind, wirft aus rechtsgutsorientierter Sichtweise gleichwohl Bedenken auf. Der schleichende Funktionswandel hin zu einem (materiellen) Präventionsstrafrecht, das nicht mehr nur in seinen Rechtsfolgen, sondern schon in der prospektiven Ausrichtung seiner Tatbestände auf die Abwehr künftiger Gefahren gerichtet ist,¹⁴⁶ kann nur so lange hingenommen werden, wie nicht nur das verbotene Gefährdungsverhalten eindeutig umschrieben wird (Bestimmtheitsgrundsatz) und die Strafhöhe in angemessenem Verhältnis zur Schuld steht (Schuldprinzip), sondern darüber hinaus ein hinreichend starker Rechtsgutbezug und das Subsidiaritätsprinzip gewahrt bleiben.¹⁴⁷

Jüngere Untersuchungen, die sich den durch das GVVG eingefügten Gefährdungsdelikten im Vorfeld terroristischer Gewalt (§§ 89a ff. StGB) gewidmet haben, konnten aufzeigen, dass der normlegitimierende Zusammenhang zwischen tatbestandsmäßigem Verhalten und geschütztem Rechtsgut bei einigen dieser Vorbereitungsdelikte derart unscharf ist, dass diese Tatbestände nicht nur kriminalpoli-

¹⁴⁵ Die vorstehenden Ausführungen basieren auf *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 13–50.

¹⁴⁶ *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 121 ff.; *Sieber*, ZStW 119 (2007), 26 ff.; *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 137 ff.; vgl. außerdem *Hassemer*, HRRS 2006, 130.

¹⁴⁷ *Roxin*, AT I, § 2 Rn. 68 f.; vgl. auch *Sieber*, NStZ 2009, 356.

tisch verfehlt erscheinen, sondern auch verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.¹⁴⁸

Der Umstand, dass das BVerfG den soeben skizzierten Richtlinien jegliche verfassungsrechtliche Relevanz abspricht, stößt im Schrifttum zunehmend auf Unverständnis, scheinen sich die von der Rechtsgutslehre entwickelten Kriterien doch – ungeachtet ihrer primär kriminalpolitischen Intention und dem fehlenden Konsens über ihre exakten Konturen – für eine rational-argumentative Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung durchaus zu eignen.¹⁴⁹ Im Ausgangspunkt stimmen beide Ansätze darin überein, dass die Funktion des Strafrechts in einem subsidiären Rechtsgüterschutz besteht.¹⁵⁰ Die aus dieser Aufgabenbestimmung und -begrenzung abzuleitenden Schlussfolgerungen divergieren jedoch: Während die Vertreter der Rechtsgutslehre dazu neigen, nur solche Ziele als zulässige Zwecke der Strafgesetzgebung anzuerkennen, die auf einen Schutz von Rechtsgütern im Sinne einer im Lichte der Werteordnung des GG entwickelten Rechtsgutslehre ausgerichtet sind, begnügt sich das BVerfG damit, dass die mit der Pönalisierung verfolgten „Zwecke [...] verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sind“ und gesteht dem Gesetzgeber eine „Einschätzungsprärogative“ darüber zu, welche Belange er für gewichtig genug einstuft, um sie dem Schutz des Strafrechts zu unterstellen.¹⁵¹ Hiernach dürften die Grenzen der staatlichen Strafgewalt wohl erst dann überschritten sein, wenn der Pönalisierung eindeutig verfassungswidrige Motive zugrunde lägen oder wenn die Strafbarkeit über die absolute Untergrenze der Strafwürdigkeit hinaus in die Sphäre des reinen Bagatell- und Verwaltungsunrechts ausgedehnt würde.¹⁵²

Infolge der unterschiedlichen Zweckvorstellungen variieren denn auch die Prüfungsmaßstäbe im Hinblick auf die Ausgestaltung von Tatbestand und Rechtsfolge der Strafandrohung: Während die Vertreter der Rechtsgutslehre die Eignung, Erforderlichkeit und Angemessenheit der Strafandrohung zu dem durch sie zu schützenden Rechtsgut in Bezug setzen, stellt das BVerfG auf die vom Gesetzgeber verfolgten, verfassungsrechtlich nicht von vornherein unzulässigen Ziele ab und gesteht ihm nach allgemeinen Grundsätzen insoweit auch einen im Demokratieprinzip und der Gewaltenteilung wurzelnden Beurteilungsspielraum zu.¹⁵³

¹⁴⁸ Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 176 ff.; Sieber, NStZ 2009, 356 ff.; a.A. Griesbaum/Wallenta, NStZ 2013, 371–373.

¹⁴⁹ Roxin, AT I, § 2 Rn. 91 f.; Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 196 ff.

¹⁵⁰ BVerfG NJW 2008, 1137, 1138: „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes“.

¹⁵¹ BVerfG NJW 2008, 1137, 1139, 1140 (§ 173 Abs. 2 Satz 2 StGB).

¹⁵² Swoboda, ZStW 122 (2010), 45.

¹⁵³ Vgl. Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 196 ff. einerseits und BVerfG NJW 2008, 1137 andererseits. Siehe auch Swoboda, ZStW 122 (2010), 46 ff.

B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen

1. Funktional-kompetenzieller Dualismus: Grundsatz und Durchbrechungen

a) Grundsatz: Unterscheidung zwischen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung

aa) Gleichberechtigtes Nebeneinander von Polizeirecht und Strafprozessrecht

In seiner Grundkonzeption ist das deutsche Sicherheitsrecht – verstanden als sämtliche Regelungen, die der Vorbeugung oder Verfolgung konkreter Straftaten dienen – durch einen in der föderalen Kompetenzverteilung wurzelnden funktionalen Dualismus geprägt,¹⁵⁴ der sich auch in der Regelung der freiheitsentziehenden Maßnahmen im Zusammenhang mit Straftaten widerspiegelt. Diese sind nicht auf den Bereich des Strafprozessrechts beschränkt, sondern kommen darüber hinaus auch auf präventiv-polizeilicher Grundlage in Betracht.

Präventive Eingriffsbefugnisse, die der Gefahrenabwehr, insbesondere der Verhinderung künftiger Straftaten oder sonstiger in der Zukunft liegender Rechtsgutsbefröchtigungen dienen, werden herkömmlich dem Rechtsgebiet des Polizeirechts zugeordnet, für welches grundsätzlich der Landesgesetzgeber zuständig ist (Art. 30, 70 GG). In diesem Kontext steht der Polizei als freiheitsentziehende Maßnahme insbesondere das Instrument des in sämtlichen Landespolizeigesetzen als Standardmaßnahme normierten Sicherheitsgewahrsams zur Verfügung, dessen Existenz das GG in Art. 104 Abs. 2 voraussetzt.¹⁵⁵ Grundvoraussetzung für die Eröffnung des Anwendungsbereichs der präventiv-polizeilichen Befugnisnormen ist das Vorliegen einer konkreten Gefahr für die öffentliche Sicherheit, also einer Sachlage, bei der im Einzelfall – nicht lediglich abstrakt-hypothetisch – die Wahrscheinlichkeit besteht, dass bei ungehindertem Geschehensablauf in absehbarer Zeit ein Schaden eintritt.¹⁵⁶ Im Übrigen gilt hier der Grundsatz der Opportunität.

Repressive Eingriffsbefugnisse, die der Verfolgung begangener Straftaten, also klassischerweise in der Vergangenheit liegender – vollendeter oder versuchter – Rechtsgutsschädigungen dienen, sind im Strafprozessrecht verankert, für welches eine konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes besteht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG). Als freiheitsentziehende Maßnahmen stehen den Strafverfolgungsbehörden die in der StPO geregelten und in Art. 104 Abs. 3 GG ausdrücklich anerkannten Institute der Untersuchungshaft und der vorläufigen Festnahme zu. Anknüpfungspunkt für den Einsatz des strafprozessualen Eingriffsinstrumentariums ist das Vorliegen eines Tatverdachts, der im Wege einer retrospektiven Prognose zu

¹⁵⁴ *Denninger*, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 169, 171.

¹⁵⁵ *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 37; *Podlech*, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 36; vgl. auch *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 109.

¹⁵⁶ *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht, Rn. 411.

ermitteln ist. Im Übrigen gilt hier das Legalitätsprinzip, und die Polizei unterliegt den Weisungen der Staatsanwaltschaft (§§ 160 Abs. 1, 161 Abs. 1, 163 StPO).

Beide Aufgabenbereiche bzw. Kompetenzblöcke und deren Eingriffsermächtigungen stehen im Rahmen ihrer jeweiligen Funktionen und Anwendungsvoraussetzungen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander. Weder das GG noch die einfach-gesetzliche Ausgestaltung der Rechtsgebiete gehen von einem generellen Vorrang der einen oder anderen Materie aus. Ebenso wenig besteht zwischen Polizeigewahrsam einerseits und vorläufiger Festnahme sowie Untersuchungshaft andererseits eine klare Rangordnung oder ein festes Hierarchieverhältnis. Bei doppel-funktionalen Polizeimaßnahmen, also solchen, die im konkreten Fall sowohl der Gefahrenabwehr als auch der Strafverfolgung dienen, bestimmt sich die Abgrenzung daher grundsätzlich nach dem Schwerpunkt des polizeilichen Handelns.¹⁵⁷

Grundlegende Unterschiede ergeben sich allerdings daraus, dass es im präventiven Gefahrenabwehrrecht um eine primär ereignisbezogene, prognostisch fundierte, möglichst effektive und flexible Reaktion auf eine künftige Schadenswahrscheinlichkeit geht, bei welcher der Störer, d.h. der Adressat des polizeilichen Handelns, als moralisches Wesen ohne Belang ist, wohingegen die repressive Tätigkeit Bestandteil eines tat- und täterbezogenen, an der Einzelfallgerechtigkeit orientierten Verfahrens ist, das auf die Feststellung von Gewissheit über ein in der Vergangenheit gelegenes Ereignis gerichtet ist und bei dem die individuelle Verantwortlichkeit des Beschuldigten im Hinblick auf die Findung eines gerechten Urteils und die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs eine entscheidende Rolle spielt.¹⁵⁸

Mithin unterscheiden sich nicht nur Zielrichtung und Voraussetzungen des staatlichen Handelns, sondern auch die potenzielle Reichweite der Eingriffsbefugnisse einerseits und die Rechtsstellung des Beschuldigten bzw. Störers andererseits. Wegen des grundsätzlichen Vorrangs des präventiven Rechtsgüterschutzes (Schadensverhinderung) vor der lediglich nachträglichen Ahndung bereits eingetretener Rechtsgutsverletzungen (Schadenswiedergutmachung) gewähren die präventiv-polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen mitunter einschneidendere Eingriffsbefugnisse als ihre strafprozessualen Pendanten, stehen dabei jedoch zugleich unter einem besonders strikten Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit. Besonders anschaulich kommt diese Abstufung in der Regelung des sogenannten Lauschangriffs in Art. 13 GG zum Ausdruck, der zufolge der Einsatz technischer Mittel zum Zwecke der Strafverfolgung nur in Form einer akustischen Überwachung zulässig ist (Abs. 3 GG), während er zur Gefahrenabwehr auch eine optische oder sonstige Überwa-

¹⁵⁷ Siehe die Nachweise zur h.M. bei *Schenke*, FS für Knemeyer, S. 384. Zu den Überschneidungen von Terrorverdacht und -gefahr siehe *Griesbaum/Wallenta*, NSTZ 2013, 374 f.

¹⁵⁸ *Denninger*, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 170.

chung umfassen kann (Abs. 4, 5).¹⁵⁹ Umgekehrt stehen dem Beschuldigten auf dem Gebiet des Straf- und Strafverfahrensrechts weiterreichende, aus der Unschuldsvermutung folgende prozessuale Absicherungen zu (vgl. Art. 104 Abs. 3 GG).¹⁶⁰

bb) Verfassungs- und konventionsrechtliche Grenzen
präventiv-polizeilicher Freiheitsentziehungen

Damit diese Garantien und die strengen Formen des Strafverfahrens nicht durch das Polizeirecht unterlaufen werden, sind dem Einsatz der gefahrenabwehrrechtlichen Befugnisse durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Grenzen gezogen. Wegen ihrer besonderen Eingriffsintensität und der Tatsache, dass sie sich in ihrem äußeren Erscheinungsbild kaum von der Freiheitsstrafe unterscheiden, gilt dies in besonderem Maße für Freiheitsentziehungen. Diese sind auf allgemein präventiv-polizeilicher Grundlage nicht nur kraft geltenden Gesetzesrechts, sondern auch aus verfassungsrechtlichen Gründen lediglich als vorübergehende Maßnahme von maximal 14-tägiger Dauer zulässig. Die „kurzfristige Natur“ des präventiven Polizeigewahrsams ergibt sich zum einen daraus, dass er schon nach seinem gesetzlichen Zweck auf eine zeitlich limitierte Freiheitsentziehung gerichtet ist, weil er dazu bestimmt ist, der unmittelbar bevorstehenden Begehung oder Fortsetzung einer Straftat zu begegnen und dass diese akute, temporär wie situativ eng umgrenzte Gefahrenlage in der Regel bereits in unmittelbarem Anschluss an die Ingewahrsamnahme entfallen wird.¹⁶¹ Zum anderen kommen längerfristige Freiheitsentziehungen zum Schutz vor gefährlichen, aber psychisch und physisch gesunden Personen¹⁶² ausschließlich in Reaktion auf die rechtskräftige Feststellung (Strafe oder Maßregel) oder – ausnahmsweise und unter besonderen Voraussetzungen – auf den dringenden Verdacht (Untersuchungshaft) bzw. das schwerwiegende, dem Betroffenen zurechenbare Indiz (vorläufige Maßregel) einer rechtswidrigen Anlasst in Betracht, in der sich seine Gefährlichkeit nach außen manifestiert hat.¹⁶³

¹⁵⁹ Vgl. a.a.O., D Rn. 175.

¹⁶⁰ A.a.O., D Rn. 174.

¹⁶¹ BVerfG BeckRS 1997, 10046; vgl. auch *Rachor*, in: Denninger/Rachor (Hrsg.), Handbuch, E Rn. 572: „Nur wenn die dem Polizeigewahrsam immanente Kurzfristigkeit beachtet wird, kann im Übrigen ein Konflikt mit der bundesrechtlichen Regelung des § 112a StPO vermieden werden.“

¹⁶² Die Besonderheiten, die für die Zwangsmaßnahmen der Quarantäne nach dem Infektionsschutzgesetz, für die landesgesetzlich geregelte Unterbringung psychisch Kranker und für das Ausländerrecht gelten, brauchen vorliegend nicht vertieft zu werden.

¹⁶³ BVerfG NJW 2004, 750 (fehlende Länderkompetenz für die nachträgliche Straftäterunterbringung): „Unterhalb dieser Schwelle kann der Staat auf konkrete Gefahrensituationen lediglich mit den situationsbezogenen Instrumenten des Polizeirechts reagieren, zu denen auch der bis zu 14-tägige landesrechtliche Polizeigewahrsam gehören dürfte. Dagegen wäre die längerfristige Verwahrung eines psychisch gesunden und strafrechtlich nicht oder nur unerheblich vorbelasteten Bürgers zum Zweck der Abwehr einer von ihm ausgehenden Gefahr der Begehung von Straftaten mit dem Grundgesetz nicht vereinbar.“

Das prinzipiell gleichberechtigte Verhältnis der strafprozessualen und polizeirechtlichen Zwangsmaßnahmen ist mithin für den Bereich der Freiheitsentziehungen dahin zu konkretisieren, dass sie auf gefahrenabwehrrechtlicher Grundlage lediglich als kurzfristige, maximal 14-tägige Maßnahmen zulässig sind, während eine längerfristige Inhaftierung stets wenigstens den (dringenden) Verdacht einer bereits begangenen Straftat voraussetzt, über den im Rahmen eines mit besonderen rechtsstaatlichen Garantien ausgestalteten Strafverfahrens zu befinden ist.¹⁶⁴

Konventionsrechtlich ist der mit der Koexistenz einer polizeirechtlichen Freiheitsentziehung zum Zwecke der Verhinderung künftiger oder Beendigung laufender Straftaten verbundene „Dualismus“ keineswegs unproblematisch. Der deutsche Präventivpolizeigewahrsam lässt sich insbesondere nicht auf Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK stützen, da diese Vorschrift nur auf solche Freiheitsentziehungen anwendbar ist, die im Rahmen eines Strafverfahrens erfolgen.¹⁶⁵ In Betracht kommt allerdings eine Rechtfertigung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK, der besagt, dass eine „Freiheitsentziehung [...] zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung“ zulässig ist.¹⁶⁶ Gegen den auf die Beendigung einer laufenden Straftat gerichteten „Beseitigungsgewahrsam“, dem die Verpflichtung zugrunde liegt, ein tatbestandsmäßiges Verhalten umgehend zu beenden, bestehen daher keine Bedenken. Die Verpflichtung, in unmittelbarer Zukunft keine bestimmte Straftat zu begehen, ist hingegen nicht ausreichend konkret und bestimmt, solange keine spezifischen Maßnahmen – etwa ein Platzverweis¹⁶⁷ – angeordnet worden sind, denen nicht Folge geleistet wurde.¹⁶⁸ In Fällen, in denen es an derartigen „spezifischen Maßnahmen“ fehlte, erachtete der EGMR den deutschen „Verhinderungsgewahrsam“ als konventionswidrig;¹⁶⁹ das VG Rostock weigerte sich daher jüngst, die entsprechende landespolizeirechtliche Ermächtigungsgrundlage wegen des Entgegenstehens der EMRK als vorrangigem Bundesrecht (Art. 31 GG) anzuwenden.¹⁷⁰ In einer neueren Entscheidung hat es der EGMR allerdings genügen lassen, wenn

¹⁶⁴ Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 83 f., 113.

¹⁶⁵ „Freiheitsentziehung zur Vorführung vor die zuständige Gerichtsbehörde, wenn hinreichender Verdacht besteht, dass [...] es notwendig ist, sie [die betreffende Person] an der Begehung einer Straftat [...] zu hindern“; EGMR, *Ostendorf ./ Deutschland*, NVwZ 2014, 43, §§ 68, 82 ff.; *Schwabe u. M.G. ./ Deutschland*, NVwZ 2012, 1089, 1091, § 72; *Epple ./ Deutschland*, NVwZ 2006, 797, 798; Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 114 f.; a.A. *Trautwein*, Freiheitsentzug, S. 201 ff.; VG Hannover, NVwZ-RR 2012, 925; abweichende Meinung der Richter *Lemmens* und *Jäderblom* in EGMR, *Ostendorf ./ Deutschland*, NVwZ 2014, 43, §§ 4 ff.; ebenfalls krit. *Schaks/Schneider*, LKV 2014, 203; *Heidebach*, NVwZ 2014, 554; *Michaelis*, JA 2014, 200. Lesenswert auch die Analyse aus frz. Perspektive zur „garde à vue préventive“ von *Marguénaud*, RSC 2013, 653.

¹⁶⁶ Dies übersieht scheinbar *Walther*, ZIS 2007, 470 ff.

¹⁶⁷ EGMR, *Epple ./ Deutschland*, NVwZ 2006, 797, 798.

¹⁶⁸ EGMR, *Schwabe u. M.G. ./ Deutschland*, NVwZ 2012, 1089, 1092, § 82; unklar *Scheidler*, NVwZ 2012, 1083.

¹⁶⁹ EGMR, *Schwabe u. M.G. ./ Deutschland*, NVwZ 2012, 1089.

¹⁷⁰ LG Rostock, Urt. vom 19.4.2012, Az.: 3 T 13/10.

der Verhinderungsgewahrsam (hier: gegenüber einem Hooligan) im Hinblick auf die Verpflichtung angeordnet wurde, sich friedlich zu verhalten und keine nach Zeit, Ort und möglichen Opfern hinreichend konkretisierte, unmittelbar bevorstehende Straftat (hier: Beteiligung an einer Schlägerei, §§ 223, 231, 125 StGB) zu begehen, *vorausgesetzt*, der Betroffene wurde vorher auf diese Verpflichtung hingewiesen und machte Anstalten, ihr zuwiderzuhandeln.¹⁷¹ Der polizeirechtliche Präventivgewahrsam ist nach alledem zwar nicht generell konventionswidrig, doch zieht Art. 5 EMRK seinem potenziellen Anwendungsbereich enge Grenzen.¹⁷²

b) Durchbrechungen in der grundgesetzlichen Kompetenzordnung

Der verfassungsrechtlich angelegte Dualismus Prävention–Polizeirecht–Länderzuständigkeit versus Repression–Strafprozessrecht–Bundeskompetenz ist im GG nicht strikt im Sinne einer Exklusivität verwirklicht. Vielmehr stehen auch den Ländern punktuelle Kompetenzen auf dem Gebiet der Strafverfolgung zu, und es existieren vor allem im Bereich des präventiven Rechtsgüterschutzes eine Reihe direkter oder indirekter Zuständigkeitsverlagerungen zugunsten des Bundes.

aa) Länderkompetenzen im Bereich der Strafverfolgung

Da der Bundesgesetzgeber von der ihm in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG eingeräumten konkurrierenden Zuständigkeit für das „gerichtliche Verfahren“, zu dem neben dem Ermittlungsverfahren auch die sogenannte Verfolgungsvorsorge gehört,¹⁷³ in der StPO und den einschlägigen Nebengesetzen grundsätzlich abschließend Gebrauch machen wollte, ist der Landesgesetzgeber nicht zur Regelung ergänzender polizeilicher Eingriffsbefugnisse auf dem Gebiet des Strafprozessrechts befugt (Art. 72 Abs. 1 GG).¹⁷⁴ Das Polizeihandeln kann deshalb nicht auf die teilweise weitergehenden Ermächtigungen der Landespolizeigesetze (z.B. polizeiliche Vorladung) gestützt werden, wenn im konkreten Fall die Belange der Strafverfolgung, also der Tataufklärung und -verfolgung, im Vordergrund stehen.¹⁷⁵

Ungeachtet dessen ergeben sich aus der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung auch mittelbare und unmittelbare Zuständigkeiten der Länder auf dem Gebiet der Strafverfolgung: Zum einen obliegt ihnen im Bereich der Ausführung

¹⁷¹ EGMR, *Ostendorf./Deutschland*, NVwZ 2014, 43, §§ 93 ff.; *Schaks/Schneider*, LKV 2014, 203; *Heidebach*, NVwZ 2014, 554; *Söllner*, EGMR zum Präventivgewahrsam, Legal Tribune Online, 15.3.2013; *Waechter*, NVwZ 2014, 995.

¹⁷² Deshalb für eine Reform der deutschen Regelungen *Schaks/Schneider*, LKV 2014, 207; differenzierter insoweit *Waechter*, NVwZ 2014, 997.

¹⁷³ BVerfG NJW 1971, 275, 279; 2001, 879; *Seiler*, in: BeckOK-GG, Art. 74 Rn. 10 f.

¹⁷⁴ *Schenke*, JR 1970, 49 ff. m.w.N. zu den früher vertretenen Gegenauffassungen; *Denninger*, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 171 ff., 175 f.

¹⁷⁵ *Denninger*, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 173 f.

der Bundesgesetze (StPO) selbst die „Einrichtung der Behörden“, also die Ausgestaltung der Vollzugsorganisation der Polizeien, als eigene Angelegenheit (Art. 83, 84 GG) – nicht jedoch die äußere Organisation der Landesgerichte und Landesstaatsanwaltschaften („Gerichtsverfassung“ i.S.v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG). Zum anderen wurde das „Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ parallel zum Strafvollzug durch die Föderalismusreform mit Wirkung zum 1.9.2006 aus der konkurrierenden Zuständigkeit des Bundes für das „gerichtliche Verfahren“ ausgegliedert und in die ausschließliche Landesgesetzgebungskompetenz überführt (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).¹⁷⁶ Schließlich soll wegen der Lückenhaftigkeit der StPO und der Unanwendbarkeit des UZwG auf *Landespolizei*beamte eine ergänzende Heranziehung der landespolizeirechtlichen Bestimmungen über die Anwendung unmittelbaren Zwangs zur Durchsetzung polizeilicher Maßnahmen in Betracht kommen.¹⁷⁷

bb) Bundeskompetenzen im Bereich der Gefahrenabwehr

Die Regelzuständigkeit der Länder für das Polizeirecht, die im Lichte historischer Missbrauchserfahrungen mit zentralisierter Polizeigewalt zu sehen ist und daher freiheitsschützende Wirkung entfalten soll, ergibt sich aus Art. 30, 70 GG. Bis zur Föderalismusreform war sie nur im Bereich des Grenzschutzes (Art. 73 Abs. 1 Nr. 5 GG) und auf den drei in Art. 73 Abs. 1 Nr. 10 GG genannten Gebieten der inneren Sicherheit zugunsten einer ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz des Bundes durchbrochen: erstens bei der Zusammenarbeit von Bund und Ländern in der Kriminalpolizei, im Verfassungsschutz oder zum Schutz gegen auswärtige Belange gefährdende Bestrebungen (lit. a–c); zweitens bei der Einrichtung eines Bundeskriminalpolizeiamts; drittens bei der „internationalen Verbrechensbekämpfung“. Neu hinzugekommen ist zum 1.9.2006 „die Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus durch das Bundeskriminalpolizeiamt in Fällen, in denen eine länderübergreifende Gefahr vorliegt, die Zuständigkeit einer Landespolizeibehörde nicht erkennbar ist oder die oberste Landesbehörde um eine Übernahme ersucht“ (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG). Die zugehörigen Verwaltungskompetenzen für die Einrichtung der Bundesgrenzschutzbehörden – die seit Gesetz vom 21.6.2005 als „Bundespolizei“ bezeichnet werden – und einer Bundeskriminalpolizei (BKA) ergeben sich aus Art. 87 Abs. 1 Satz 2 GG; von ihnen hat der Gesetzgeber im BPolG (vormals: BGS) und im BKAG Gebrauch gemacht. Infolge der einfachgesetzlichen Umsetzung des neuen Kompetenztitels (Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG) in § 4a i.V.m. §§ 20a–20x BKAG nimmt das BKA, dessen Aufgabenspektrum bis dato auf die Strafverfolgung fokussiert war, jetzt erstmals auch originär präven-

¹⁷⁶ GG-Änderungsgesetz vom 28.8.2006 (BGBl. I S. 2034).

¹⁷⁷ Str., so etwa *Schenke*, JR 1970, 52; *Denninger*, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 178 f.

tiv-polizeiliche Funktionen wahr, zu deren Erfüllung es sich unter anderem des Präventivgewahrsams (§ 20p BKAG i.V.m. §§ 39 ff. BPolG) bedienen kann.¹⁷⁸

Neben diesen ausdrücklich im GG vorgesehenen Zuständigkeitsverschiebungen wachsen dem Bundesgesetzgeber durch das extensive Verständnis der Begriffe „Strafrecht“ und „gerichtliches Verfahren“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG weitere gefahrenabwehrrechtliche Kompetenzen zu, deren zunehmende Inanspruchnahme zu einer weitreichenden Absorption polizeilich-rechtlicher Funktionen durch das Straf- und Strafprozessrecht geführt hat. Dieses Phänomen eines „Polizeirechts in strafrechtlicher Gestalt“ betrifft nicht nur die Formulierung von Straftatbeständen, sondern auch die strafrechtlichen Sanktionen und das Strafprozessrecht.¹⁷⁹

Da das BVerfG dem Bundesgesetzgeber bei der Definition strafbarer Verhaltensweisen erhebliche Gestaltungsspielräume belässt, steht es diesem in sehr weitem Umfang frei, mit den Mitteln des materiellen Strafrechts Gefahrenprävention zu betreiben, indem er die Strafbarkeit im Wege von abstrakten Gefährdungsdelikten und Vorfeldtatbeständen in ein Stadium vorverlagert, in dem es nicht um die Reaktion auf begangene Rechtsgutsverletzungen geht, sondern darum, der Gefahr künftiger Schädigungen durch gefährliche Personen zu begegnen.¹⁸⁰ Nicht nur die Freiheitsstrafe nimmt auf diese Weise Züge einer „vorweggenommenen Sicherungsverwahrung“ an,¹⁸¹ sondern auch die strafprozessualen Eingriffsbefugnisse werden in ihren Wirkungen notwendigerweise und zumindest reflexhaft von der präventiven Ausrichtung des materiellen Rechts erfasst und umfunktioniert,¹⁸² sodass sie in Konkurrenz zu den polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen treten.

Der weite Strafrechtsbegriff in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG umfasst „die Gesamtheit der Normen [...], in denen staatliche Reaktionen anlässlich und auf Grund einer Straftat geregelt sind“. Neben der Strafe i.e.S. als missbilligende hoheitliche Reaktion auf ein schuldhaftes Verhalten sind also auch schuldunabhängige Präventionsmaßnahmen wie die Sicherungsverwahrung (§ 66 StGB) erfasst. Wegen der insoweit abschließenden bundesgesetzlichen Regelung ist daher kein Raum mehr für die Normierung einer funktionsgleichen landesrechtlichen Straftäterunterbringung.¹⁸³ Die Zuordnung aller ausschließlich für Straftäter geltenden, auf einer Straftat beruhenden Sanktionen zum Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG

¹⁷⁸ *Griesbaum/Wallenta*, NStZ 2013, 373 ff.; krit. *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 19b ff.

¹⁷⁹ OLG München NJW 2007, 2786, 2787. Krit. zu dieser „Vermischung“ *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 123 ff. Weiterführend zur Prävention durch Strafrecht *Hassemer*, HRRS 2006, 130; zur Prävention im Strafprozessrecht siehe *Schmidt*, JR 1970, 204.

¹⁸⁰ Es geht hier also nicht um die präventiven Ziele der *Strafe*, sondern darum, dass die tatbestandliche *Strafandrohung* als solche auf (materielle) Prävention angelegt ist.

¹⁸¹ *Jakobs*, HRRS 2004, 92; *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 117.

¹⁸² *Albrecht*, FS für Trechsel, S. 363 f.

¹⁸³ BVerfG NJW 2004, 750, 751; vgl. nunmehr auch zum Therapieunterbringungsgesetz BVerfG, Beschl. vom 11.7.2013, Az.: 2 BvR 2302/11, 2 BvR 1279/12, Rn. 53 ff. (juris).

rechtfertigt sich nach Auffassung des BVerfG insbesondere aus Gründen des Sachzusammenhangs. Legt man die Maßstäbe des Gerichts zugrunde, so kommt es – jedenfalls im Verhältnis zum materiellen Strafrecht und seinen Sanktionen – zu einer beachtlichen Verdrängung der Landesgesetzgebungskompetenzen für das Polizeirecht:

„Erscheint eine Regelung als Annex zu einem Sachgebiet, auf dem der Bund tätig ist [hier: Strafrecht], umfasst die Zuständigkeit zur Gesetzgebung auch präventive Regelungen in diesem Sachbereich. Soweit der Bund ein Recht zur Gesetzgebung in einem bestimmten Sachbereich hat, kann er auch punktuelle Annexregelungen zu einem der Zuständigkeit der Länder unterfallenden Regelungsbereich [hier: Polizeirecht] treffen, sofern diese [hier: wegen der Anlasstat] in einem notwendigen Zusammenhang zu der in der Zuständigkeit des Bundes liegenden Materie stehen und daher für den wirksamen Vollzug der Bestimmungen erforderlich sind. Nur solche Regelungen, bei denen die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung [hier: mangels Anknüpfung an eine Anlasstat] nicht als Teil einer bundesgesetzlich geregelten Sachmaterie gesetzlich bestimmt ist, können einem selbstständigen Sachbereich zugerechnet werden, der als allgemeines Polizeirecht bezeichnet wird und in die Zuständigkeit der Landesgesetzgebung fällt.“¹⁸⁴

Die geschilderten Maßstäbe wurden zwar nicht für das Verhältnis von Strafprozessrecht und Polizeirecht entwickelt, sondern gelten unmittelbar nur für die Zuständigkeitsabgrenzung im Hinblick das – materielle – „Strafrecht“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG). Bei einer Übertragung dieser Grundsätze auf das Strafprozessrecht wird jedoch verständlich, warum es aus Sicht des BVerfG – etwa beim Haftgrund der Wiederholungsfahr (§ 112a StPO)¹⁸⁵ oder bei den vorläufigen Maßregeln – nicht zu beanstanden ist, wenn der Bundesgesetzgeber kraft seiner Kompetenz für das „gerichtliche Verfahren“ in Einzelfällen den Schutz der Allgemeinheit vor weiteren Straftaten, also einen präventiv-polizeilichen Gesichtspunkt, als zulässiges Motiv strafprozessualer Maßnahmen definiert (vgl. auch § 110a Abs. 1 Satz 2 StPO). Entscheidend ist, dass es sich um punktuelle, präventive Annexregelungen handelt, die wegen der Anknüpfung an den Verdacht einer Anlasstat in notwendigem Zusammenhang zum bundesgesetzlich geregelten Strafprozessrecht stehen.¹⁸⁶ Allein der Verdacht, dass bestimmte strafbare Handlungen geplant sind, begründet dagegen noch nicht den für eine Regelung im Strafprozessrecht notwendigen Sachzusammenhang. Die vom Verdacht einer begangenen Anlasstat losgelöste Verhinderung

¹⁸⁴ BVerfG NJW 2004, 750, 751 f.

¹⁸⁵ In der einschlägigen Entscheidung zur Verfassungskonformität von § 112a StPO, in der die Bundeskompetenz gar nicht diskutiert wird, scheint sich das BVerfG (NJW 1966, 243, 244) noch mit einem bloßen „Zweckmäßigkeitssammenhang“ zu begnügen.

¹⁸⁶ Zur Übertragbarkeit der Ausführungen des BVerfG (NJW 2004, 750, 751 f.) zum Verhältnis Sicherungsverwahrung versus landesrechtliche Unterbringung auf den Haftgrund der Wiederholungsfahr *Knauer/Reinbacher*, StV 2008, 377, 380.

künftiger Straftaten kann daher nicht auf den Kompetenztitel für das „Strafrecht“ und das „gerichtliche Verfahren“ (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) gestützt werden.¹⁸⁷

Anders verhält es sich dagegen bei den Maßnahmen der Verfolgungsvorsorge, welche die Beweisführung in künftigen Strafverfahren erleichtern sollen: Sie sind zwar unabhängig vom Vorliegen des für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens erforderlichen Anfangsverdachts zulässig, haben jedoch gerade nicht die Funktion, künftige Straftaten präventiv abzuwehren. Es handelt sich somit um genuin strafprozessuale Regelungen, für die der Bundesgesetzgeber zuständig ist.¹⁸⁸ Folgt man dem, so ist es für die Eröffnung der Bundesgesetzgebungskompetenz im Ergebnis ausreichend, wenn entweder der repressive Zweck (Verfolgungsvorsorge) oder zumindest – subsidiär-annexartig – der repressive Anlass (§ 112a StPO) der Regelung ihre Zugehörigkeit zum Strafprozessrecht begründet.

2. Präventive Elemente bei strafprozessualen Freiheitsentziehungen

Abgesehen von der reflexartigen präventiv-polizeilichen „Infizierung“ sämtlicher Eingriffsbefugnisse der StPO durch die Zunahme von Vorfeldkriminalisierungen im materiellen Strafrecht einerseits (siehe oben A.3.) und von der – in der Historie der BRD freilich bislang lediglich einmalig eingesetzten – „Kontaktsperreregelung“ andererseits (siehe unten C.3.c.), manifestieren sich präventiv-polizeiliche Fremdkörper im engeren Sinne bei strafprozessualen Freiheitsentziehungen in dem Institut der einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO) und dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO).

a) *Einstweilige Unterbringung als vorläufige Maßregel*

Über die strafprozessualen Zwangsmaßnahmen i.e.S. hinaus, die sich durch ihre verfahrenssichernde Zielsetzung kennzeichnen, sieht die StPO auch die Möglichkeit vor, in Vorgriff auf das Urteil *vorläufige* Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB) anzuordnen, die dem Schutz der Allgemeinheit vor gefährlichen Personen dienen und daher eindeutig präventiv-polizeiliche Ziele verfolgen.¹⁸⁹ Ne-

¹⁸⁷ *Denninger*, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 176; BVerfG NJW 2001, 879, 880. Unklar BVerfG NJW 1971, 275, 279 f.; nicht gefolgt werden kann den auf dieses Judikat gestützten, aber zu pauschalen Folgerungen von *Maunz*, in: ders./Dürig, Art. 74 Rn. 83, wonach „[d]ie Regelungskompetenz des Bundes [...] insoweit gegeben [ist], als es um die *Verhinderung*, Aufklärung und Verfolgung von Straftaten geht. Es muss dabei immer um Fälle gehen, in denen tatsächliche Anhaltspunkte für den Verdacht bestehen, dass bestimmte strafbare Handlungen *geplant*, begangen werden oder begangen worden sind“ (H.d.d.A.).

¹⁸⁸ BVerfG NJW 2001, 879, 880; *Rieß*, JR 2006, 269, 275; a.A. *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 14b ff.

¹⁸⁹ Siehe *Rieß*, JR 2006, 269, 275; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 464; *Roxin/Schöne-mann*, Strafverfahrensrecht, § 38 Rn. 1, 2; *Schmidt*, JR 1970, 204, 205 f.

ben der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 111a StPO), die eine Vorläuferin der Maßregel nach § 69 StGB darstellt, und dem vorläufigen Berufsverbot (§ 132a StPO), mit dem eine Maßregel nach § 70 StGB antizipiert wird, kommt in Vorwegnahme auf die freiheitsentziehende Maßregel nach § 63 f. StGB auch eine einstweilige Unterbringung in einer Anstalt (§ 126a StPO) in Betracht.

Diese strafprozessuale Freiheitsentziehung dient dem Schutz der Allgemeinheit vor gemeingefährlichen Geisteskranken („wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert“) und setzt „dringende Gründe für die Annahme [voraus], dass jemand eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit (§§ 20, 21 StGB) begangen hat und dass seine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt angeordnet werden wird“.

Der Sachzusammenhang mit dem Strafverfahrensrecht ergibt sich aus der Anknüpfung an den Verdacht einer rechtswidrigen Anlasstat und aus dem Umstand, dass es sich bei dem Institut der einstweiligen Unterbringung – ebenso wie bei allen anderen vorläufigen Maßregeln – um die strafprozessuale Entsprechung und Ergänzung der Zweispurigkeit des Sanktionensystems des materiellen Strafrechts handelt.¹⁹⁰

Da die vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO bei Gefahr im Verzug auch im Hinblick auf den Erlass eines Unterbringungsbefehls zulässig ist, erhält auch diese Freiheitsentziehung einen mittelbaren präventiv-polizeilichen Einschlag.¹⁹¹

b) Haftgrund der Wiederholungsgefahr („Sicherungshaft“)

Nach herkömmlichem Verständnis handelt es sich bei der Untersuchungshaft um eine „klassische“, auf die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens ausgerichtete strafprozessuale Eingriffsmaßnahme.¹⁹² Diese Konzeption wurde durch die Einführung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) mit dem StPÄG vom 19.12.1964 gesprengt: Danach ist die Haft beim dringenden Verdacht bestimmter Straftaten subsidiär auch dann zulässig, wenn die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte „vor rechtskräftiger Aburteilung weitere erhebliche Straftaten gleicher Art begehen oder die Straftat fortsetzen werde“. Nach ganz h.M. stehen hier – ungeachtet etwaiger verfahrenspräventiver Reflexwirkungen – präventiv-

¹⁹⁰ Zur Verfassungskonformität *Krause*, in: AK-StPO, § 126a Rn. 1; krit. *Paeffgen*, Vor § 126a Rn. 1.

¹⁹¹ *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 18, 24; a.A. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 38 Rn. 4.

¹⁹² *Hassemmer*, StV 1984, 40 f.; *Paeffgen*, SK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 11; *Walther*, ZIS 2007, 467; *Weigend*, FS für Müller, S. 740 f.; *Wolter*, ZStW 93 (1981), 453.

polizeiliche Gesichtspunkte im Vordergrund.¹⁹³ Der Sache nach war mit der Einführung dieses Haftgrundes also eine partielle Umfunktionierung der Untersuchungshaft in eine „Vorbeuge-“ oder „Sicherungshaft“ verbunden.¹⁹⁴ Mangels repressiver Zielrichtung besteht der Sachzusammenhang mit dem Strafverfahrensrecht hier nur in der Koppelung der Maßnahme an den dringenden Verdacht der Anlasstat. Hier erscheint es nach Auffassung des BVerfG „zweckmäßiger, diesen Schutz [vor Wiederholung] den bereits mit der Aufklärung der begangenen Straftat befassten Strafverfolgungsbehörden und damit dem Richter anzuvertrauen als der Polizei [bzw. dem Polizeirecht]“.¹⁹⁵ Im Vergleich zur Alternative einer landesrechtlichen Polizeihaft als reiner Exekutivmaßnahme ohne strafprozessuale Sicherungen handelt es sich rechtsstaatlich zweifellos um das geringere Übel.¹⁹⁶

Die mit diesem Haftgrund eingeführte präventiv-polizeiliche Komponente setzt sich nicht nur beim möglichen Inhalt haftvermeidender Auflagen (§ 116 Abs. 3 StPO) fort, sondern schlägt sich auch im Vollzug der Untersuchungshaft nieder. Dieser dient neben der Durchführung eines geordneten Strafverfahrens auch dazu, der Gefahr weiterer Straftaten zu begegnen (vgl. vormals Nr. 1 UVollzO sowie nunmehr etwa § 2 UVollzG Bln); haftzielsichernde Beschränkungen nach § 119 Abs. 1 StPO können auch zur Abwehr einer Wiederholungsgefahr angeordnet werden. Darüber hinaus wirkt sich die funktionale Erweiterung auf die haftsichernde vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO aus, soweit die Voraussetzungen eines Haftbefehls auf Grundlage von § 112a StPO angenommen werden.¹⁹⁷

c) Grenzen der Zulässigkeit präventiver Fremdkörper im Haftrecht

aa) Grundsätzliche systematische Bedenken

Die Regelung der einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO) und der anderen „vorläufigen Maßregeln“ wird ganz überwiegend als Konsequenz der prozessualen Umsetzung der Zweispurigkeit des materiellen Strafrechts hingenommen. Der funktionale Sachzusammenhang zwischen vorläufigen Maßregeln sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung ist offensichtlich, zumal das Strafprozessrecht in Ermangelung eines spezifischen Maßregelverfahrens als Erkenntnisverfahren für beide Rechtsfolgen fungieren muss. Hintergrund dafür ist zum einen der Umstand, dass sich das Bedürfnis nach einer Maßregel oft erst im Verlauf des normalen Ver-

¹⁹³ BVerfG NJW 1966, 243, 244. Zu den Versuchen einer verfahrenssichernden Legitimierung dieses Haftgrundes siehe *Schloth*, Haftgründe, S. 137 f. (Normstabilisierung) sowie *Schmidt*, JR 1970, 207 (Schutz gegen Störungen); ähnlich *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 397; abl. *Weigend*, FS für Müller, S. 743 und *Wolter*, ZStW 93 (1981), 485.

¹⁹⁴ *Baumann*, JZ 1969, 134; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 10.

¹⁹⁵ BVerfG NJW 1966, 243, 244.

¹⁹⁶ *Schmidt*, JR 1970, 208; vgl. auch *Wolter*, ZStW 93 (1981), 489.

¹⁹⁷ *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 18, 24.

fahrens zeigt. Zum anderen sind Maßregeln auch bei eingeschränkter Schuldfähigkeit anwendbar und können somit kumulativ neben die Strafe treten. Überschneidungen sind daher unvermeidbar.¹⁹⁸ Obwohl mit den vorläufigen Maßregeln auf Rechtsfolgen vorgegriffen werden, deren Ausspruch eigentlich dem Urteil vorbehalten ist, werden sie als mit der Unschuldsvermutung vereinbar angesehen. Maßregeln basierten anders als die Strafe nicht auf der Schuld, sondern auf der Gefährlichkeit des Betroffenen. Eine Ungefährlichkeitsvermutung gebe es gerade nicht.¹⁹⁹

Auch 50 Jahre nach Einführung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr wird § 112a StPO im Schrifttum noch immer überwiegend als (vollkommen) systemwidriger präventiv-polizeilicher Fremdkörper abgelehnt.²⁰⁰ Anders als bei den vorläufigen Maßregeln, die sich wegen des Vorgriffs auf die Maßregeln der Besserung und Sicherung – trotz fehlender verfahrenspräventiver Zielsetzung – zumindest als „strafverfahrensbezogene Präventivmaßnahmen“ legitimieren lassen,²⁰¹ scheidet eine solche Begründung bei § 112a StPO aus, weil sich eine Antizipation der negativ-spezialpräventiven Komponente der Strafe wegen der Unschuldsvermutung verbietet. Obwohl die grundsätzliche Zulässigkeit einer strafprozessualen Freiheitsentziehung wegen Wiederholungsgefahr inzwischen überwiegend akzeptiert wird,²⁰² beklagen weite Teile der Literatur vor allem deren Einbettung im Untersuchungshaftrecht: Mangels verfahrenssichernder Zielsetzung handle es sich nicht um „Untersuchungshaft“, sondern um eine „Sicherungshaft“, deren gesonderte Regelung – etwa in Form eines separaten „§ 126b StPO“ – vorzugswürdig sei.²⁰³

bb) Verfassungsrechtliche Schranken einer Ausdehnung der Wiederholungsgefahr

Wegen der gefahrenabwehrrechtlichen Grundsatzkompetenz der Länder beinhaltet die Zuständigkeit des Bundesgesetzgebers für das Strafprozessrecht nur die Befugnis zum Erlass punktueller präventiver Annexregelungen, sofern diese in notwendigem Zusammenhang zum Strafverfahren stehen und erforderlich sind.²⁰⁴ Vom Vorliegen dieser Voraussetzungen geht das BVerfG in seinen beiden Entscheidungen zum Haftgrund des § 112a StPO stillschweigend aus.²⁰⁵ Eine Los-

¹⁹⁸ Bohnert, JR 2001, 402, Ziff. 4.; die Systemfremdheit betonend dagegen Wolter, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 101; Paeffgen, Vor § 126a Rn. 1.

¹⁹⁹ Wolter, ZStW 93 (1981), 488 f.; Krause, in: AK-StPO, § 126a Rn. 1; zur Kritik siehe Paeffgen, Vor §§ 112 ff. Rn. 5 f.; Vor § 126a Rn. 1.

²⁰⁰ Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 227 ff. m.w.N.; Wolter, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 102.

²⁰¹ Krause, in: AK-StPO, § 126a Rn. 1; Schmidt, JR 1970, 205 f.

²⁰² BVerfG NJW 1966, 243; 1973, 1363; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 421; a.A. Weigend, FS für Müller, S. 741; Paeffgen, in: SK-StPO, § 112a Rn. 4; Rieß, JR 2006, 275.

²⁰³ Schmidt, JR 1970, 207; vgl. auch Wolter, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 102 f.

²⁰⁴ BVerfG NJW 2004, 750, 751 f.; Knauer/Reinbacher, StV 2008, 377, 380.

²⁰⁵ BVerfG NJW 1973, 1363, 1365; NJW 1966, 243, 244; Knauer/Reinbacher, StV 2008, 377, 380. Zust. Schmidt, JR 1970, 208, der die gegenteilige Auffassung einer fehlenden Bundesgesetzgebungskompetenz als „doktrinaire Übertreibung“ ablehnt.

lösung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr von der Anlasstat („Ausführungsgefahr“) müsste hingegen schon aus Kompetenzgründen ausscheiden.²⁰⁶

Inhaltlich zieht der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) dem Bundesgesetzgeber insbesondere bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs präventiver Haftgründe „enge Grenzen“: Das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit kann den Freiheitsanspruch des Beschuldigten nur überwiegen, wenn es um eine Straftat geht, die „einen erheblichen, in der Höhe der Strafanandrohung zum Ausdruck kommenden Unrechtsgehalt aufweist und den Rechtsfrieden empfindlich stört“.²⁰⁷ Die zunächst vom BVerfG angedeutete Beschränkung der Zulässigkeit der Wiederholungsgefahr auf bestimmte Sittlichkeitsdelikte „zur Bewahrung eines besonders schutzbedürftigen Kreises der Bevölkerung“ wurde dagegen nicht aufrechterhalten; stattdessen ist lediglich der Bereich der „kleinen Kriminalität“, der insbesondere Straftaten i.S.v. § 113 Abs. 1 StPO mit einer Strafanandrohung von maximal sechs Monaten umfasst, von vornherein ausgeschlossen.²⁰⁸

Seine erstmalige Prüfung des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr hatte das BVerfG mit der Feststellung eingeleitet, dass es aufgrund der Unschuldsvermutung unzulässig ist, gegen Beschuldigte im Vorgriff auf die Strafe Maßregeln zu verhängen, deren Wirkung der Freiheitsstrafe gleichkommt, und dass die Untersuchungshaft nicht nach Art einer Strafe einen Rechtsgüterschutz vorwegnehmen darf, dem das materielle Strafrecht dient.²⁰⁹ Mit der Anerkennung der Verfassungsmäßigkeit von § 112a StPO hat das Gericht implizit klargestellt, dass es insoweit kein grundsätzliches Konfliktpotenzial sieht. Ist nämlich *annexartig* die Verfolgung präventiv-polizeilicher Ziele im Strafverfahren zulässig, so besteht gar kein Bedürfnis, den Haftgrund auf eine Vorwegnahme der negativ-spezialpräventiven Wirkung der Freiheitsstrafe zurückzuführen;²¹⁰ ihm liegen vielmehr dieselben schuldneutralen gefahrenabwehrrechtlichen Motive zugrunde, die auch im Polizeirecht – unabhängig von der Beschuldigteneigenschaft des „Störers“ – verfolgt werden dürfen.

cc) Unzulässigkeit der Vorwegnahme von Urteilswirkungen

Die Unschuldsvermutung verbietet es, mit einer strafprozessualen Freiheitsentziehung das Ziel der Bestrafung oder auch nur einzelne Zwecke der Kriminalstrafe zu verfolgen – sofern diese Zwecke nicht auch in anderer Weise als durch den Vorgriff auf die Strafwirkung legitimiert werden können.²¹¹

²⁰⁶ Vgl. dagegen Art. 221 Abs. 2 der Schweizer StPO vom 5.10.2007.

²⁰⁷ BVerfG NJW 1973, 1363, 1365.

²⁰⁸ A.a.O.; enger dagegen BVerfG NJW 1966, 243, 244.

²⁰⁹ BVerfG NJW 1966, 243, 244.

²¹⁰ Schmidt, JR 1970, 208; a.A. Schmitt, JZ 1965, 197, der von „Teilvorwegnahme“ spricht.

²¹¹ Vgl. Wolter, ZStW 93 (1981), 453; enger jedoch Weigend, FS für Müller, S. 740, sowie Hassemer, StV 1984, 40.

Wegen dieser Einschränkung dürfte die – im Strafprozessrecht zumindest punktuell-annexartig zulässige – Zugrundelegung präventiv-polizeilicher Motive im Hinblick auf die Unschuldsvermutung unbedenklich sein (vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK),²¹² da der Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten kein ausschließliches Charakteristikum der Strafe darstellt. Vielmehr sind auch und gerade außerhalb des Straf- und Strafprozessrechts, insbesondere im (Landes-)Polizeirecht, Grundrechtseingriffe im Zusammenhang mit bevorstehenden oder andauernden Straftaten zu lasten nicht rechtskräftig verurteilter, also unschuldig geltender Personen möglich, um sie an der Begehung oder Fortsetzung der in dem Verstoß gegen das strafrechtliche Verbot liegenden Störung der öffentlichen Sicherheit zu hindern. Zur Legitimation der Verfolgung gefahrenabwehrrechtlicher Motive ist es also gerade nicht erforderlich, auf die negativ spezialpräventive Wirkung der Strafe abzustellen.²¹³

Generalpräventive oder positiv spezialpräventive Ziele dürfen hingegen nicht mit strafprozessualen Freiheitsentziehungen verfolgt werden, da die Verwirklichung dieser Aufgaben exklusiv der Strafe vorbehalten ist, also nur gegenüber Personen in Betracht kommt, deren Schuld rechtskräftig festgestellt wurde. Die Anordnung oder Ausgestaltung der Untersuchungshaft im Hinblick auf die Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Durchsetzungskraft der Rechtsordnung (positive Generalprävention) oder zur Abschreckung Dritter (negative Generalprävention) scheidet mithin aus, weil es sich dabei um eine unzulässige Vorwegnahme von Funktionen handeln würde, die allein der Strafe obliegen.²¹⁴ Aus dem gleichen Grund dürfen nach h.M. mit der Untersuchungshaft – zumindest im Erwachsenenstrafrecht²¹⁵ – gegen den Willen des Beschuldigten keine Zwecke verfolgt werden, die auf eine Resozialisierung, also eine Besserung oder Erziehung zur Rechtstreue, gerichtet sind (positive Spezialprävention).²¹⁶

²¹² H.M. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 112a Rn. 1 m.w.N.

²¹³ *Schmidt*, JR 1970, 208; a.A. *Schmitt*, JZ 1965, 197.

²¹⁴ Unzutreffend OLG Hamburg StV 1994, 590, wo „positive Generalprävention“ als legitimer Haftanordnungsgrund bezeichnet wird. Siehe auch unten II.B.3.d. zur missratenen Gesetzesbegründung für die Einführung der sog. Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO).

²¹⁵ Vgl. dagegen §§ 93 Abs. 2, 110 Abs. 1, 2 JGG i.d.F. vor dem 1.1.2010.

²¹⁶ *Wolter*, ZStW 93 (1981), 455 f., 495 ff. m.w.N. (insb. zu den unerwünschten Nebeneffekten dieses „Resozialisierungsverbots“); Handlungsbedarf sieht angesichts der empirisch erwiesenen Tatsache, dass ein Großteil der Untersuchungshäftlinge später zu Freiheitsstrafen verurteilt wird, auch *Feest*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 412; *Hassemer*, StV 1984, 40; *Graf*, in: KK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 12; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 7.

C. Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts

1. Überblick über das einheitliche Ermittlungsverfahren der StPO

a) Funktionen, Akteure und Ablauf

Das Ermittlungs- oder Vorverfahren bezeichnet einheitlich den gesamten Zeitraum zwischen der durch einen Anfangsverdacht (§ 152 Abs. 2 StPO) ausgelösten Aufnahme der Ermittlungen und der Entscheidung über die Anklageerhebung oder Einstellung des Verfahrens (§ 170 StPO). Es dient der Feststellung, ob der für eine Eröffnung des Hauptverfahrens erforderliche hinreichende Tatverdacht besteht, und der Sammlung des entsprechenden Beweismaterials.²¹⁷ Im Gegensatz zur ursprünglichen gesetzgeberischen Konzeption, der zufolge das Hauptverfahren das „Kernstück des Strafverfahrens“ bilden und alle vorhergehenden Verfahrensabschnitte nur „von untergeordneter Bedeutung“ sein sollten, hat sich das Ermittlungsverfahren von einem der vorbereitenden Stoffsammlung dienenden Verfahrensstadium zu dem für die Wahrheitssuche und das Schicksal des Beschuldigten häufig zentralen Prozessabschnitt entwickelt.²¹⁸ Die gesetzliche Ausgestaltung trägt diesem Funktionswandel nur unzureichend Rechnung, weil der Anwendungsbereich einiger der für einen rechtsstaatlichen Strafprozess wesentlichen Verfahrensgrundsätze (insb. Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit) nach wie vor auf die Hauptverhandlung beschränkt ist und dem Beschuldigten erst dort die für eine effektive Verteidigung erforderlichen Verfahrensrechte in vollem Umfang zustehen.²¹⁹ In Schrifttum und Praxis mehren sich daher seit einiger Zeit die Stimmen derer, die zur Wiederherstellung der durch diese Entwicklungen gestörten strukturellen Verfahrensbalance, aber auch zur Umsetzung der gewandelten verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen auf eine Reform des Vorverfahrens und eine Aufwertung der Beschuldigtenrechte drängen.²²⁰

Seit Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung und des Untersuchungsrichters mit Wirkung zum 1.1.1975²²¹ liegt das gesamte Vorverfahren in den Händen der Staatsanwaltschaft. Ihr steht als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ die vollumfängliche, eigenverantwortliche Leitungskompetenz zu. Sie ist aufgrund des Legalitätsprinzips verpflichtet, beim Verdacht einer Straftat den Sachverhalt zu erforschen; dabei hat sie ihre Ermittlungen gleichermaßen auf be- und entlastende Umstände zu erstrecken (§ 160 Abs. 1, 2 StPO). Hierzu kann sie sich der Mitwirkung der weisungsgebundenen Polizeibehörden und Beamten des Polizeidienstes

²¹⁷ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 39 Rn. 1.

²¹⁸ Satzger, Gutachten C des 65. Deutschen Juristentags, S. 18; Jung/Kopf/Stuckenberg, GA 2011, 531.

²¹⁹ Vgl. Satzger, Gutachten C des 65. Deutschen Juristentags, S. 17 f.

²²⁰ A.a.O., S. 20 ff. m.w.N.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 39 Rn. 1, 35 f.

²²¹ Art. 1 Nr. 57 des 1. StVRG vom 9.12.1974 (BGBl. I S. 3393). Zur früheren Rechtslage siehe z.B. Schroeder, JuS 1990, 176 f.

(§ 161 Abs. 1 StPO), insbesondere der sogenannten Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft (§ 152 GVG) bedienen. In der Praxis ist allerdings – nicht zuletzt ressourcenbedingt – eine weitgehende „Verpolizeilichung“ des Ermittlungsverfahrens zu beobachten: Abgesehen vom Bereich der Kapital- und Wirtschaftsdelikte führt die Polizei die Ermittlungen vielfach selbstständig und unterrichtet die Staatsanwaltschaft häufig erst nach deren Abschluss über die Ergebnisse, damit diese über Anklageerhebung oder Einstellung des Verfahrens entscheidet.²²²

Der Ermittlungsrichter am AG (§ 162 Abs. 1 StPO) darf entgegen seiner Bezeichnung nicht selbst die Ermittlungen führen, sondern kommt nur punktuell anlässlich konkreter Strafverfolgungsmaßnahmen und auf Antrag der Staatsanwaltschaft zum Einsatz (Initiativverbot; Ausnahme: § 165 StPO, „Notstaatsanwalt“). Zum einen kann ihm die Durchführung von einfachen Ermittlungshandlungen, z.B. Vernehmungen, übertragen werden, wenn dies aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden – etwa wegen der erhöhten Beweiskraft richterlicher Protokolle, vgl. §§ 252, 254 StPO – sinnvoll erscheint (Ermittlungsrichter als unselbstständiges „Hilfsorgan“ der Staatsanwaltschaft mit beschränkten Kontrollbefugnissen).²²³ Zum anderen ist ihm in Form von teils ausdrücklich oder implizit auf verfassungsrechtlichen Vorgaben beruhenden Richtervorbehalten die Anordnung nahezu sämtlicher strafprozessualer Zwangsmaßnahmen vorbehalten (Ermittlungsrichter als rechtsprechendes Kontrollorgan mit weitreichender Prüfungskompetenz).²²⁴ Auch wenn das BVerfG – unter Betonung der grundrechtsschützenden Funktion des präventiven Richtervorbehalts – den Tendenzen von Polizei und Staatsanwaltschaft zu einer übermäßigen Inanspruchnahme der zu ihren Gunsten im Gesetz normierten Eilkompetenzen („Gefahr im Verzug“) entgegengetreten ist,²²⁵ werden die geringe Effektivität und der Bedeutungsverlust der ermittelungsrichterlichen Kontrolle beklagt. Die hohe Arbeitsbelastung, der starke Zeitdruck, die oberflächliche Sachverhaltskenntnis und die Unerfahrenheit der häufig noch jungen Ermittlungsrichter werden als Faktoren für eine strukturelle Unterlegenheit und faktische Abhängigkeit von den Strafverfolgungsbehörden identifiziert, die sich in minimalen Ablehnungsquoten und formelhaft-abstrakten Begründungen niederschlagen.²²⁶ Da es zudem nicht beanstandet wird, wenn dem Richter vorformulierte Entscheidungs-

²²² Satzger, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 98; Denninger, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 180 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 9 Rn. 21 ff.; Ambos, JURA 2003, 677 f.

²²³ Satzger, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 95 f.

²²⁴ A.a.O., S. 96 f.

²²⁵ BVerfG NJW 2001, 1121; Ein Verwertungsverbot soll aber nur bei bewusster oder willkürlicher Missachtung bestehen, BGH NStZ 2007, 601; BVerfG NJW 2008, 3053.

²²⁶ Asbrock, ZRP 1998, 19; Satzger, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 98 f.; Walther, ZIS 2007, 468.

entwürfe zur Unterschrift vorgelegt werden, fungiere dieser entgegen seinem gesetzlichen Leitbild oftmals nur als „Urkundsbeamter der Staatsanwaltschaft“.²²⁷

Die Rechte des Verdächtigen im Ermittlungsverfahren sind maßgeblich an seine Beschuldigtenstellung gekoppelt. Kraft dieser ist er zwar zunächst Objekt und primärer Adressat des staatlichen Zwangs, indem er die mit den Ermittlungen verbundenen Grundrechtseingriffe hinnehmen muss. Zugleich aber stehen ihm in seiner Eigenschaft als Beschuldigter bestimmte Beteiligungsrechte und prozessuale Absicherungen zu, die ihn als ein mit selbstständigen Verfahrensrechten ausgestattetes Verfahrenssubjekt kennzeichnen.²²⁸ Unter seinen aktiven Beteiligungsrechten kommt in diesem Prozesstadium insbesondere dem Anspruch auf rechtliches Gehör (z.B. § 163a Abs. 1 StPO), dem Recht auf Verteidigerbeistand (§§ 137 ff. StPO), dem Akteneinsichtsrecht (§ 147 StPO), dem Recht auf Anwesenheit bei richterlichen Beweisaufnahmen (§§ 168c, d StPO) und dem Recht, bestimmte Beweiserhebungen zu beantragen (§ 163a Abs. 2 StPO) Bedeutung zu. Diese auf eine aktive Teilnahme am Verfahren gerichteten Garantien werden durch passive Beteiligungsrechte ergänzt, die vor allem auf den Schutz der Aussagefreiheit des Beschuldigten zielen. Er ist bei Beginn der ersten Vernehmung über seine Rechte zu belehren (§ 136 Abs. 1 StPO) und wird vor unzulässigen Beeinträchtigungen seiner Willensfreiheit geschützt (§ 136a StPO). Obgleich der Beschuldigte zur passiven Duldung gesetzlicher Zwangsmaßnahmen verpflichtet ist, kann er niemals zur aktiven Mitwirkung an Ermittlungsmaßnahmen verpflichtet werden (*nemo tenetur*).²²⁹

Das Gesetz lässt die Frage offen, ab wann ein Verdächtiger im Vorverfahren die Rechtsstellung als „Beschuldigter“ erlangt (vgl. § 157 StPO). H.M. und Rechtsprechung legen analog § 397 Abs. 1 AO einen gemischt subjektiv-objektiven Maßstab zugrunde. Danach kommt es grundsätzlich weder allein auf die Schwere des Verdachts an, noch bedarf es einer ausdrücklichen oder gar förmlichen Bezeichnung. Ausreichend ist vielmehr das subjektive Vorliegen eines Verfolgungswillens der Strafverfolgungsbehörden, der sich objektiv wenigstens konkludent in einem Willensakt manifestiert.²³⁰ Dies ist insbesondere dann unproblematisch anzunehmen, wenn Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt werden, die nur gegenüber Beschuldigten zulässig sind oder an einen Tatverdacht anknüpfen (z.B. §§ 112, 127 StPO).²³¹ Im Übrigen – insbesondere bei informatorischen Anhörungen – steht den Ermittlungsbehörden zwar ein gewisser subjektiver Spielraum zu. Dessen Grenzen sind jedoch überschritten, wenn sich aus den Umständen des konkreten Falls (z.B. aus

²²⁷ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 25; Schünemann, ZStW 114 (2002), 20.

²²⁸ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 18 Rn. 1 ff.

²²⁹ A.a.O., § 18 Rn. 19; KG NJW 1979, 1668.

²³⁰ BGH NJW 2007, 2706, 2707; 1997, 1591; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 11; krit. Roxin, FS für Schöch, S. 823 ff.

²³¹ BGH NJW 2007, 2706, 2707; 1997, 1591; Roxin, FS für Schöch, S. 829 f.

Art und Dauer der Vernehmung) ergibt, dass dem Verdächtigen der Beschuldigtenstatus willkürlich vorenthalten wurde, um seine Rechte zu umgehen. In diesem Fall ist das Fehlen eines subjektiven Inculpationswillens ausnahmsweise unbeachtlich.²³²

b) Bedeutung besonderer Verfahrensarten

Den im Sechsten Buch (§§ 407 ff. StPO) geregelten besonderen Verfahrensarten kommt für die strafprozessualen Freiheitsentziehungen keine nennenswerte Bedeutung zu. Infolge der – von kontroversen Diskussionen begleiteten – Einführung der Hauptverhandlungshaft in § 127b StPO, die einen speziellen Festnahme- und Haftgrund für die Durchführung des sogenannten beschleunigten Verfahrens (§§ 417 ff. StPO) geschaffen hat, existiert allerdings seit 1997 eine eigens auf dieses Eilverfahren zugeschnittene Sonderregelung für vorläufige Festnahme und Untersuchungshaft.

Abgesehen von der Möglichkeit der Hauptverhandlungshaft unterscheidet sich das beschleunigte Verfahren vom normalen Strafverfahren insbesondere durch den Verzicht auf das Zwischenverfahren (§ 418 Abs. 1 StPO), die Entbehrlichkeit einer Anklageschrift (§ 418 Abs. 3 StPO), die verkürzte Ladungsfrist (§ 418 Abs. 2 Satz 3 StPO) und die – zumal seit der Reform von 1994²³³ – vereinfachte Beweisaufnahme (§ 420 StPO). Seine Einleitung steht im Ermessen der Staatsanwaltschaft, „wenn die Sache auf Grund des einfachen Sachverhalts oder der klaren Beweislage zur sofortigen Verhandlung geeignet ist“, wobei die Hauptverhandlung „in kurzer Frist“ zu terminieren ist (§ 418 Abs. 1 StPO). Das beschleunigte Verfahren ist weder normativ noch faktisch an die vorherige Durchführung einer Hauptverhandlungshaft geknüpft. Weil höchstens eine Freiheitsstrafe von einem Jahr verhängt werden darf (§ 419 Abs. 1 Satz 2 StPO), kommt es nur bei kleiner und mittlerer Kriminalität in Betracht. Das Schrifttum steht ihm wegen der verkürzten Aufklärungs- und Verteidigungsmöglichkeiten überaus kritisch gegenüber,²³⁴ in der Praxis wird von ihm seit jeher – und trotz der anhaltenden gesetzgeberischen Bemühungen um eine breitere Anwendung – nur zurückhaltend Gebrauch gemacht (vor 1994 ca. 4 % aller amtsgerichtlichen Verfahren).²³⁵ Erklärtes Hauptanliegen

²³² BGH NJW 2007, 2706, 2708; weiterführend *Roxin*, FS für Schöch, S. 823.

²³³ VerbrBekG vom 28.10.1994 (BGBl. I S. 3186). Neben der Justizentlastung sollte eine Aburteilung ermöglicht werden, die der Tat auf dem Fuß folgt, BT-Drucks. 12/6853, S. 34.

²³⁴ *Temming*, in: BeckOK-StPO, § 417 Vor Rn. 1; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, Vor § 417 Rn. 1 ff.; *Degener*, FS für Dencker, S. 31 ff.; *Graf*, in: KK-StPO, Vor § 417 Rn. 2.

²³⁵ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, Vor § 417 Rn. 1; *Graf*, in: KK-StPO, Vor § 417 Rn. 2. Siehe aber auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 61 Rn. 1, wonach „es in Großstädten nicht selten [ist], dass die in der Nacht vorläufig Festgenommenen schon am anderen Morgen [...] abgeurteilt werden“.

für die Einführung des § 127b StPO war es, die Justiz zu einer stärkeren Nutzung des beschleunigten Verfahrens zu motivieren. Da allerdings 2011 bei insgesamt 772.867 amtsgerichtlich erledigten Verfahren lediglich in 19.062 Fällen (2,5 %) ein Antrag nach § 417 StPO gestellt wurde, zeichnet sich eher eine weiter rückläufige Tendenz ab.²³⁶ Die Ursachen für seine zahlenmäßig untergeordnete Bedeutung werden nicht nur im Fehlen der personellen und organisatorischen Voraussetzungen, sondern auch in den Schwierigkeiten bei der Beschaffung der Beweismittel und der ggf. nötigen Verteidigerbeordnung (§ 418 Abs. 4 StPO) gesehen.²³⁷

2. Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren

a) Bedeutung vorprozessualer Geständnisse und Rechtsfolgen des Schweigens

Strafprozessuale Freiheitsentziehungen erzeugen nicht nur aufgrund der mit ihnen einhergehenden psychischen Belastungen zwangsläufig einen erhöhten Geständnisdruck, sondern können in der Praxis auch dazu verwendet werden, das Aussageverhalten des Betroffenen zu beeinflussen und ihn zu selbstbelastenden Erklärungen zu veranlassen. Während die geständnisfördernde Wirkung der Freiheitsentziehung als solchen als haftimmanentes Phänomen prinzipiell hingenommen werden muss, besteht Einigkeit, dass der missbräuchliche, weil von den gesetzlichen Haftgründen nicht gedeckte Einsatz von Freiheitsentziehungen zum Zwecke der Geständniserlangung (sog. apokryphe Haftgründe) unzulässig ist (siehe unten III.B.3.f.).

Obgleich das Geständnis normativ keine Sonderstellung unter den gerichtlichen Erkenntnisquellen einnimmt, wird es wegen seiner faktischen Bedeutung bisweilen noch heute als „Königin der Beweise“ bezeichnet.²³⁸ Die gegenwärtigen Grundsatzdiskussionen zu seiner strafprozessualen Bedeutung gelten – abgesehen von den aus dem *nemo tenetur*-Grundsatz abzuleitenden Grenzen der Beweiserhebung und -verwertung – vor allem dem in der Hauptverhandlung im Rahmen einer „Verständigung“ abgegebenen Geständnis (§ 257c StPO).²³⁹ Ungeachtet dessen können Geständnisse und Absprachen der Verteidigung auch schon im Ermittlungsverfahren eine gestalterische Einflussnahme auf den weiteren Verfahrensverlauf ermög-

²³⁶ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafgerichte, S. 24.

²³⁷ *Temming*, in: BeckOK-StPO, § 417 Vor Rn. 1.

²³⁸ *Schramm*, in: Engberg-Pedersen u.a. (Hrsg.), Geständnis, S. 34 f. m.w.N. und empirischen Schätzungen.

²³⁹ Eingefügt durch Gesetz vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2353); BGH (Gr. Sen.), NJW 2005, 1440; *Schramm*, in: Engberg-Pedersen u.a. (Hrsg.), Geständnis, S. 41 ff.; *Paeffgen*, Vor § 112 Rn. 10a. Zu möglichen Zusammenhängen zwischen Verständigung und U-Haft-Druck siehe aber z.B. *Gieg*, GA 2007, 477 sowie *Schünemann*, ZRP 2009, 107.

lichen (vgl. § 160b StPO).²⁴⁰ Für Einleitung und Ablauf der Hauptverhandlung spielt es hingegen grundsätzlich keine Rolle, ob der Beschuldigte die Tat bereits im Vorverfahren eingeräumt hat; insbesondere knüpft keine der in §§ 407 ff. StPO geregelten besonderen Verfahrensarten normativ oder faktisch an das Vorliegen eines Geständnisses an. Im Ermittlungsverfahren gewonnene Geständnisse müssen nach Maßgabe des Unmittelbarkeitsprinzips durch eine entsprechende Einlassung des Angeklagten bzw. im Wege des Zeugen- oder Urkundenbeweises in den Prozess eingeführt werden (§ 261 StPO).²⁴¹ Die gerichtliche Verwertung trotz späteren Widerrufs des Angeklagten setzt voraus, dass der Tatrichter die Glaubhaftigkeit des Geständnisses anhand einer sorgfältigen Würdigung der Umstände und Gründe für die ursprüngliche Abgabe und den späteren Widerruf geprüft hat.²⁴²

Der vernehmungsbetonte Schutz der Aussagefreiheit des Beschuldigten wird unabhängig davon, ob er sich in Haft oder auf freiem Fuß befindet, verfahrensrechtlich durch die §§ 136 f. StPO umgesetzt. Macht er von seinem Schweigerecht Gebrauch, so darf diese Entscheidung „jedenfalls bei einem unverteidigten Beschuldigten nicht dadurch missachtet werden, dass beständig auf verschiedenen Wegen versucht wird, den Beschuldigten doch noch zu Angaben in der Sache zu bringen“.²⁴³ Ein weiteres Nachfragen soll jedoch wegen der Möglichkeit eines Sinneswandels nicht nur dann „gänzlich unproblematisch“ sein, wenn neue Informationen vorliegen, zu denen sich der Beschuldigte noch nicht positionieren konnte oder eine neue prozessuale Situation eingetreten ist, sondern auch dann, „wenn eine gewisse Zeitspanne verstrichen ist, in denen sich die Auffassung des Beschuldigten geändert haben kann“.²⁴⁴ Beharrt der Beschuldigte ungeachtet dessen auf einer *vollständigen* Aussageverweigerung, so besteht heute entgegen der früher h.M. Einigkeit darüber, dass sein Schweigen der gerichtlichen Beweiswürdigung vollumfänglich entzogen ist, also selbst dann nicht als Indiz zu seinen Ungunsten verwendet werden darf, wenn es lebensfremd erscheinen mag, dass ein völlig Unschuldiger bestimmte Zwangsmaßnahmen widerspruchslos hinnehmen würde.²⁴⁵ Macht der Beschuldigte dagegen zu einigen Punkten tatsächliche Angaben, indem er sich zur Richtigkeit des ihm vorgeworfenen Sachverhalts einlässt und verweigert die Aussage nur hinsichtlich bestimmter Aspekte der Tat, so darf dieses „partielle

²⁴⁰ Eingefügt durch Gesetz vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2353); zu dieser Verteidigungsfunktion siehe *Dencker*, ZStW 102 (1990), 74 ff.; *Ignor/Matt/Weider*, in: Widmaier (Hrsg.), Strafverteidigung, § 13 Rn. 92 ff.

²⁴¹ Zu den Anforderungen an die tatrichterliche Beweiswürdigung, wenn ein Angeklagter, der sich in der Hauptverhandlung nicht eingelassen hat, aufgrund seiner geständigen Einlassungen im Ermittlungsverfahren verurteilt werden soll, siehe BGH NSTZ 2007, 538.

²⁴² BGH NJW 1967, 2020.

²⁴³ BGH NJW 2006, 1008, 1009.

²⁴⁴ Ebda.

²⁴⁵ *Gleiß*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 82 f. m.w.N.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 31 f.; BGH StV 1987, 377; 1989, 383.

Schweigen“ im Rahmen der freien Beweiswürdigung auch gegen ihn verwertet werden.²⁴⁶ Verweigert der Beschuldigte erst in der Hauptverhandlung die Aussage, so können seine früheren Aussagen nach allgemeinen Beweisgrundsätzen (siehe sogleich b.) verwertet werden.²⁴⁷ Schätzungen zufolge leisten lediglich ca. 30 % aller Personen einer polizeilichen Vorladung in der Weise Folge, dass sie nicht nur bei der Polizei erscheinen, sondern dort auch Angaben zur Sache machen.²⁴⁸

b) Freie Beweiswürdigung auf Grundlage des Unmittelbarkeitsprinzips

Für die Urteilsfindung gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung, wobei das Gericht seine Überzeugung aus dem „Inbegriff der Verhandlung“ schöpfen muss (§§ 261, 264 Abs. 1 StPO). Die Einführung und Verwertung selbstbelastender Aussagen, die der Beschuldigte im Ermittlungsverfahren gemacht hat, bestimmt sich daher nach den seit der Reformgesetzgebung des 19. Jahrhunderts die Hauptverhandlung prägenden Prinzipien der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit, die beide gewährleisten sollen, dass das Gericht in eigener Wahrnehmung einen möglichst direkten Eindruck vom Angeklagten und sämtlichen Beweismitteln erhält.²⁴⁹

Der Mündlichkeitsgrundsatz besagt, dass nur der in Hauptverhandlung mündlich vorgetragene und erörterte Prozessstoff Grundlage des Urteils werden darf.²⁵⁰ Er wird ergänzt durch den Unmittelbarkeitsgrundsatz, der es dem Gericht nicht nur aufgibt, die Beweisaufnahme selbst durchzuführen (formelle Unmittelbarkeit), sondern ihm darüber hinaus verbietet, unmittelbare Beweismittel durch sogenannte Beweissurrogate zu ersetzen (materielle Unmittelbarkeit, vgl. § 250 Satz 2 StPO).²⁵¹ In dem die Schuld- und Straffrage beherrschenden Strengbeweisverfahren – das auf die Verwendung der gesetzlichen Beweismittel (Beschuldigter, Zeugen, Sachverständige, Augenschein und Urkunden) nach strikter Maßgabe der §§ 244 ff. StPO beschränkt ist – gilt deshalb ein grundsätzlicher Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis.²⁵² Da schriftliche Akteninhalte, namentlich Vernehmungsprotokolle, dem Urteil nicht als solche zugrunde gelegt werden dürfen, muss nicht nur der Angeklagte selbst, sondern sämtliche Personen, die als Beweismittel dienen sollen, etwa der Vernehmungsbeamte, ggf. erneut vernommen werden. Eine Ersetzung dieser Vernehmung durch die Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls ist grundsätzlich unzulässig (§ 250 Satz 2 StPO).

²⁴⁶ BGH NJW 1966, 209, 210; 1984, 1829; NStZ 1997, 147.

²⁴⁷ NJW 1968, 1838; *Schneider*, in: KK-StPO, § 243 Rn. 53.

²⁴⁸ *Gleiß*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 81.

²⁴⁹ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 5.

²⁵⁰ A.a.O., § 46 Rn. 1.

²⁵¹ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 410; *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 250.

²⁵² *Ganter*, in: BeckOK-StPO, § 250 Rn. 1; BGH NJW 1954, 1415; 1961, 327.

Ungeachtet dieser Grundsätze können selbstbelastende mündliche Äußerungen, die der Beschuldigte im Vorverfahren abgegeben hat, auf mannigfache Weise die Urteilsfindung beeinflussen.²⁵³ Zum einen ist zumindest den Berufsrichtern die Kenntnisnahme des Akteninhalts gestattet.²⁵⁴ Zum anderen dürfen frühere Vernehmungspersonen – insbesondere Polizeibeamte – uneingeschränkt als Zeugen vom Hörensagen über die ihnen gegenüber getätigten Aussagen des Beschuldigten vernommen werden, da die StPO keinen absoluten Vorrang des sachnäheren Beweismittels kennt.²⁵⁵ Darüber hinaus können Protokolle oder Tonbandaufzeichnungen über frühere Vernehmungen nicht nur dazu verwendet werden, dem Angeklagten selbst „Vorhalte“ zu machen, sondern dürfen auch ohne Weiteres als Vernehmungsbehelf bei der Anhörung der Vernehmungsperson eingesetzt werden.²⁵⁶ Schließlich erlauben die §§ 251 ff. StPO in bestimmten Fällen eine Ersetzung der Anhörung der Vernehmungsperson durch „Verlesung“ des Protokolls mit der Wirkung, dass *dieses selbst* – unter Durchbrechung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes – im Wege des Urkundenbeweises zur Urteilsgrundlage werden darf.²⁵⁷ Eine Verlesung von Erklärungen des Angeklagten zum Zwecke der Beweisaufnahme über ein Geständnis kommt jedoch ausschließlich – und stets – dann in Betracht, wenn diese in einem *richterlichen* Protokoll enthalten sind (§ 254 StPO).

c) Beweisverwertungsverbote

Überschreiten die Ermittlungsbehörden ihre Beweiserhebungsbefugnisse, indem sie gegen „Beweisverbote“,²⁵⁸ also einfach-gesetzliche oder verfassungsrechtliche Vorgaben verstoßen, so ist damit noch nichts darüber gesagt, ob und inwieweit die hierdurch erlangten Beweise – bei strafprozessualen Freiheitsentziehungen dürfte es sich in erster Linie um selbstbelastende Äußerungen handeln – im weiteren Verfahren gegen den Beschuldigten verwendet werden dürfen. Abgesehen von den zwar mit zunehmender Tendenz, aber noch immer nur fragmentarisch im Gesetz

²⁵³ Diemer, in: KK-StPO, § 254 Rn. 1. Siehe auch § 420 StPO (beschleunigtes Verfahren).

²⁵⁴ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 6 m.w.N. zum Streit bzgl. der Laienrichter.

²⁵⁵ Diemer, in: KK-StPO, § 250 Rn. 10 ff.; BGH NJW 1960, 1630; 1952, 1265.

²⁵⁶ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 46 Rn. 25; BGH NJW 1953, 115; NJW 1967, 2020.

²⁵⁷ Weiterführend zur Zulässigkeit vernehmungsergänzender Verlesungen Mosbacher, NSTZ 2014, 1 ff.

²⁵⁸ Da der Ausschluss rechtswidrig erlangter Beweise zumindest im frz. Recht teilweise de facto die einzige Möglichkeit für den Betroffenen darstellt, Verstöße gegen freiheitsschützende Garantien vor Gericht zu rügen, soll die dort für die Beurteilung seiner Rechtsschutzmöglichkeiten so zentrale Beweisverwertungsthematik (siehe insb. oben Teil 1, II.E.3.) auch im deutschen Recht in der gebotenen Kürze skizziert werden.

ausdrücklich normierten Fällen (z.B. § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO),²⁵⁹ bereitet die Beurteilung der materiellen Voraussetzungen eines Verwertungsverbots erhebliche Schwierigkeiten.²⁶⁰ Ausgehend von der Prämisse, dass das Gericht die Wahrheits-suche grundsätzlich auf *alle* relevanten Tatsachen erstrecken muss, kommt die An-nahme eines ungeschriebenen Beweisverwertungsverbots nach Auffassung des BGH nur *ausnahmsweise* und „aus übergeordneten wichtigen Gründen im Einzel-fall“ in Betracht.²⁶¹ Im Gegensatz zu älteren Entscheidungen stellt er dabei nicht mehr vorrangig auf den Schutzzweck der verletzten Norm ab („Rechtskreistheo-rie“),²⁶² sondern legt in gefestigter Rechtsprechung eine einzelfallbezogene, für jede Vorschrift und jede Fallgestaltung gesondert zu prüfende „Abwägungslehre“ zugrunde, deren Anwendung zu einer umfangreichen Kasuistik geführt hat.²⁶³ Maßgebliche Bedeutung für die Abwägung zwischen den Belangen der Strafver-folgung und den Interessen des Beschuldigten kommt dem Gewicht des fraglichen Verstoßes und der Bedeutung der involvierten Rechtsgüter zu.²⁶⁴

Die prozessuale Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots setzt kraft der in richterlicher Rechtsfortbildung entwickelten und im Schrifttum überwiegend abgelehnten „Widerspruchslösung“ voraus, dass jedenfalls der von einem Verteidi-ger vertretene oder vom Vorsitzenden entsprechend belehrte Angeklagte der Verwertung in der Hauptverhandlung spätestens bis zu dem in § 257 StPO genannten Zeitpunkt – also nach der betreffenden Beweiserhebung – in näher spezifizierter und substantiiertes Weise widerspricht.²⁶⁵ Unterbleibt ein diesen Anforderungen ge-nügender Widerspruch, so kann sich der Angeklagte – auch in der Berufungsinstanz oder nach Urteilsaufhebung in der Revision – nicht mehr auf den betreffenden Ver-fahrensfehler berufen.²⁶⁶ Schien der Anwendungsbereich der Widerspruchslösung anfänglich noch auf vereinzelte Verfahrensverstöße (insb. Belehrungsfehlern nach § 136 Abs. 1 StPO) beschränkt, so hat die Rechtsprechung sie in der Folgezeit kon-

²⁵⁹ Siehe auch §§ 81a Abs. 3, 81c Abs. 3 Satz 5, 100a Abs. 4, 100c Abs. 5 Satz 3, Abs. 6 Satz 2, 100d Abs. 5, 101 Abs. 8 Satz 3, 108 Abs. 2, 3, 161 Abs. 2, 477 Abs. 2 StPO.

²⁶⁰ Zu den diversen Theorien siehe *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 23 ff.; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 458 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 908 ff.

²⁶¹ BGH NJW 1990, 1801; 1999, 959, 961.

²⁶² BGH NJW 1958, 557, 558.

²⁶³ BGH NJW 1992, 1463; 1999, 959, 961; zur Kasuistik siehe etwa *Schroeder/Verrel*, Strafprozessrecht, Rn. 136; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 910 ff.

²⁶⁴ BGH NJW 1990, 1801; 1999, 959, 961.

²⁶⁵ BGH NJW 1992, 1463, 1466; NSTZ 2004, 389; NJW 2007, 3587, 3588 f.; BVerfG NJW 2007, 499, 503 f. Abl. die h.L.: *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 460a; *Roxin/Schüne-mann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 34 m.w.N.; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 910.2; *Heinrich*, ZStW 112 (2000), 398; *Dornach*, NSTZ 1995, 57; *Fezer*, StV 1997, 57.

²⁶⁶ OLG Stuttgart NSTZ 1997, 405; BGH NJW 2006, 707.

tinuierlich ausgedehnt und sogar erwogen, sie auf – entfernter fortwirkende – Verstöße gegen § 136a StPO zu erstrecken.²⁶⁷

Das Vorliegen der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots ist vom Gericht von Amts wegen im Freibeweisverfahren zu klären.²⁶⁸ Eine gewisse Einschränkung der gerichtlichen Aufklärungs- und Prüfungspflicht ergibt sich allerdings daraus, dass das tatsächliche Vorliegen des behaupteten Verfahrensfehlers offengelassen werden kann, wenn die Voraussetzungen eines Verwertungsverbots – etwa mangels erforderlicher Schwere des vorgetragenen Verstoßes oder wegen unterbliebenen Widerspruchs – nicht gegeben sind.²⁶⁹ Im Übrigen setzt die Annahme eines Verwertungsverbots voraus, dass der ihm zugrunde liegende Verfahrensfehler nachgewiesen ist. Lässt sich dies nicht mit der erforderlichen Gewissheit aufklären, so darf der Beweis verwertet werden, weil der Grundsatz *in dubio pro reo* hier nicht gilt.²⁷⁰ Fehlen allerdings jegliche hinreichend verlässlichen Anhaltspunkte dafür, dass gesetzliche Handlungspflichten – namentlich Belehrungserfordernisse – beachtet wurden, so darf ein Verwertungsverbot nicht wegen der fehlenden Nachweisbarkeit des Verfahrensfehlers abgelehnt werden.²⁷¹

In ihrer Reichweite gilt die Rechtsfolge der Unverwertbarkeit zunächst nur für die unmittelbar durch die betreffende Ermittlungsmaßnahme erlangten Beweise. Eine Fernwirkung im Sinne der *fruit of the poisonous tree doctrine* auf spätere Ermittlungsergebnisse, die dank der unverwertbaren Beweismittel gewonnen wurden (sog. Spurenansatz), wird in der Rechtsprechung weitgehend abgelehnt.²⁷² Bei bestimmten, insbesondere vernehmungsbefugten Verstößen (§ 136a StPO) kommt dagegen eine Fortwirkung des dem Verwertungsverbot zugrunde liegenden Fehlers auf künftige Vernehmungsergebnisse in Betracht, wenn diesen keine qualifizierte Belehrung über die Unverwertbarkeit der bisherigen Angaben vorausgegangen ist.²⁷³

d) Sonstige prozessuale Folgen von Verfahrensmakeln

Neben der „Alles-oder-Nichts“-Entscheidung, die bei der Prüfung der Verwertbarkeit eines unrechtmäßig zustande gekommenen Beweisergebnisses zu treffen

²⁶⁷ BGH NStZ 1996, 290; anders die h.L.: Fezer, StV 1997, 57; Goy, Vorläufige Festnahme, S. 160; Diemer, in: KK-StPO, § 136a Rn. 43; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 136a Rn. 33.

²⁶⁸ BGH NStZ 1997, 609; NJW 1978, 1390.

²⁶⁹ BVerfG NJW 2008, 3053, 3054.

²⁷⁰ BGH NJW 1978, 1390; 1961, 1979; 1992, 1463, 1465; NStZ 1997, 609; vgl. dagegen z.B. Gleß, in: Löwe-Rosenberg, § 136a Rn. 78.

²⁷¹ BGH NStZ-RR 2007, 80 in Abgrenzung zu BGH NJW 1992, 1463.

²⁷² Siehe etwa BGH NJW 1978, 1390; ausf. Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 912 ff.

²⁷³ BGH NJW 1989, 842; NStZ 1996, 290; für eine Erstreckung auf § 136 StPO Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 33; offengelassen von BGH NJW 2002, 975; 2007, 2706.

ist, können Verfahrensverstöße, die kein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen, möglicherweise nicht nur bei der Beweiswürdigung (§ 261 StPO), sondern im Fall einer Verurteilung auch im Rahmen des Rechtsfolgenausspruchs („Vollstreckungslösung“) auf „flexiblere Weise“ berücksichtigt werden.²⁷⁴

Die in der Rechtsprechung entwickelte „Beweiswürdigungslösung“ bewirkt für einige, vor allem konventionsrechtlich (insb. Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK) relevante Konstellationen eine Einschränkung der freien Beweiswürdigung, indem bestimmte kompromittierte Beweisergebnisse besonders kritisch zu würdigen sind. Trotz ihrer Verwertbarkeit kommt ihnen nur ein reduzierter Beweiswert zu. Sie genügen daher alleine nicht für eine Verurteilung, sondern müssen durch andere wichtige Gesichtspunkte bestätigt werden. Ursprünglich betraf diese Rechtsprechung vor allem Fälle, in denen trotz eines an und für sich fehlerfreien Verfahrens bestimmte die Verteidigungsrechte und die Wahrheitsfindung tangierende Defizite kompensiert werden sollten (z.B. Einführung der Angaben eines anonymen Belastungszeugen durch Zeugen vom Hörensagen).²⁷⁵ Später hat der BGH diese Lösung jedoch auch zur Kompensation von Verfahrensfehlern angewendet, etwa im Hinblick auf die Aussagen eines zentralen Belastungszeugen, die anlässlich einer ermittelungsrichterlichen Vernehmung zustande gekommen sind, bei der eine Pflichtverteidigerbestellung unter Verletzung von § 141 Abs. 3 StPO unterblieben war.²⁷⁶

Im Fall einer Verurteilung sind Verstöße gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (überlanges Verfahren) und/oder Art. 5 Abs. 3 EMRK (überlange Haft) im Wege der „Vollstreckungslösung“ durch einen Strafabschlag zu kompensieren.²⁷⁷ Da der BGH unter Ablehnung eines Verwertungsverbots erwogen hat, dieses Modell auch auf Verletzungen der Belehrungspflicht aus Art. 36 WÜK anzuwenden,²⁷⁸ erscheint eine richterrechtliche Ausdehnung des Ansatzes auf sonstige Verfahrensfehler, zumindest auf solche, die sich ihrer Natur nach kaum je auf den Inhalt des Urteils auswirken können (§ 337 StPO), nicht von vornherein ausgeschlossen.²⁷⁹

²⁷⁴ Krit. zu beiden Ansätzen *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 30, 35 f., 39.

²⁷⁵ BGH NJW 1962, 1876; 2004, 1259; BVerfG NSTz 1995, 600; vgl. auch die weiteren Fallgruppen bei *Eschelbach*, in: BeckOK-StPO, § 261 Rn. 47.

²⁷⁶ BGH NJW 2000, 3505; zu den Grenzen der Übertragbarkeit dieser Lösung auf andere Verfahrensfehler siehe *Esser*, JR 2008, 276 f.

²⁷⁷ BGH (Gr. Sen.), NSTz 2008, 234; BGH StV 2009, 692; siehe zum Ganzen *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 16 Rn. 8 ff., 11 f. Siehe unten III.E.3.a.cc.

²⁷⁸ BGH (5. Senat), StV 2008, 5; a.A. BGH (3. Senat), StV 2008, 172; BGH (4. Senat) StV 2011, 603.

²⁷⁹ Vgl. *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 405; krit. *Esser*, JR 2008, 277. Siehe unten III.E.3.a.cc.

3. Strafprozessuale Sonderregelungen für Schwerekriminalität

a) Überblick und Entwicklung

Das Strafprozessrecht enthält keine in sich geschlossene Sonderregelung für bestimmte, besonders schwerwiegende Kriminalitätsfelder, wie z.B. Terrorismusdelikte oder organisiertes Verbrechen; straftatbezogene Spezialvorschriften, die insbesondere den Anwendungsbereich von Ermittlungsmaßnahmen, die justizielle Zuständigkeitsordnung sowie Vorkehrungen gegen den Missbrauch von Verfahrensrechten betreffen, sind vielmehr nahezu ausnahmslos in die jeweils sachlich einschlägigen Gesetzesabschnitte von StPO bzw. GVG integriert.

Im Zusammenhang mit der Verabschiedung der ersten großen Terrorismusgesetzgebungswelle in den 1970er Jahren, die eine Reihe von Verschärfungen nicht nur auf dem Gebiet des materiellen Strafrechts, sondern auch und gerade im Strafprozessrecht mit sich brachte,²⁸⁰ entschied sich der Gesetzgeber bewusst gegen die Einführung einer strafprozessualen Sondergesetzgebung. Zum einen sollte dem Eindruck vorgebeugt werden, dass es Straftaten gebe, die etwas qualitativ derart Besonderes darstellen, dass ihre verfahrensrechtliche Bewältigung mit den allgemeinen Regelungen nicht möglich sei; zum anderen sollte jeder Zweifel daran ausgeräumt werden, dass auch Terrorismusverdächtige Anspruch auf einen fairen, rechtsstaatliches Verfahren haben.²⁸¹ Diese Linie wurde später im Wesentlichen beibehalten,²⁸² auch als in den 1990er Jahren die „Bekämpfung“ organisierter Kriminalität in den Vordergrund rückte und nach den Anschlägen vom 11.9.2011 die des internationalen Terrorismus.²⁸³ Wurde das „hochdifferenzierte [...] System von Einzelermächtigungen“ der StPO allerdings vormals bisweilen noch trotz der sich schon seinerzeit zunehmend abzeichnenden „Kompliziertheit und Unübersichtlichkeit“ ob seiner „betonten Rechtsstaatlichkeit“ gepriesen,²⁸⁴ so mehren sich heute

²⁸⁰ Ergänzungsgesetz zum 1. StVRG vom 20.12.1974 (BGBl. I S. 3686); „Anti-Terrorismus-Gesetz“ vom 18.8.1976 (BGBl. I S. 2181); „Kontaktsperre-Gesetz“ vom 30.9.1977 (BGBl. I S. 1877); StPO-Änderungsgesetz vom 14.4.1978 (BGBl. I S. 497); zum historischen Kontext des RAF-Terrorismus *Oehmichen*, Terrorism, S. 108 ff.

²⁸¹ *Vogel*, NJW 1978, 1217, 1218 m.w.N.

²⁸² Hingewiesen sei allerdings auf das befristete Kronzeugenregelungsgesetz vom 9.6.1989 (BGBl. I S. 1059), das zunächst auf terroristische Straftaten (§ 129a StGB) begrenzt war, durch das Verbrechenbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 (BGBl. I S. 3186) auf organisierte Kriminalität (§ 129 StGB) ausgeweitet wurde und am 31.12.1999 abgelassen ist. Mit Gesetz vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2288) wurde in § 46b StGB eine allgemeine Kronzeugenregelung für Katalogstraftaten i.S.v. § 100a Abs. 2 StPO geschaffen, die am 1.9.2009 in Kraft getreten ist; zu den m.W.v. 1.8.2013 erfolgten Änderungen durch Gesetz vom 10.6.2013 (BGBl. I S. 1497) siehe *Peglau*, NJW 2013, 1910. Daneben existiert in § 31 BtMG seit 1982 eine „kleine Kronzeugenregelung“ speziell für Betäubungsmittelkriminalität.

²⁸³ Siehe etwa *Oehmichen*, Terrorism, S. 253 ff.; *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 7 ff.

²⁸⁴ *Vogel*, NJW 1978, 1217, 1225 f.

die Stimmen, die in der kontinuierlichen Erweiterung der Eingriffsbefugnisse, verbunden mit der stetigen Vorverlagerung der materiellen Straftatbestände, Ansätze eines rechtsstaatlich höchst bedenklichen Sonderrechts erkennen wollen.²⁸⁵

b) Katalogartig tatschwere-orientierte Ausrichtung der Ermittlungsbefugnisse

Wengleich bestimmte strafprozessuale Eingriffsbefugnisse, etwa die 1992 eingeführte Regelung zum Einsatz verdeckter Ermittler, ganz offensichtlich auf die Verfolgung bestimmter Kriminalitätsformen (z.B. organisierte Kriminalität) zugeschnitten sind (siehe z.B. § 110a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1–4 StPO), ist das System der Einzelermächtigungen der StPO im Allgemeinen dadurch gekennzeichnet, dass es keine ausschließlich spezifischen Delinquenzbereichen vorbehaltenen Ermittlungsmaßnahmen vorsieht (vgl. z.B. § 110a Abs. 1 Sätze 2 und 4 StPO). Als übergeordnetes Kriterium für die gesetzliche Definition der Reichweite des strafbezogenen Anwendungsbereichs der verschiedenen strafprozessualen Eingriffsbefugnisse erscheint vielmehr die unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten besonders relevante *Schwere und Bedeutung* der den Gegenstand der Ermittlungen bildenden Tat.²⁸⁶

Der Anwendungsbereich offener Ermittlungsmaßnahmen ist in der Regel nicht auf bestimmte Straftatbestände eingeschränkt (siehe z.B. § 112 sowie §§ 102, 103 StPO). Allerdings normiert das Gesetz – z.B. in § 112a StPO (zusätzlicher Haftgrund der Wiederholungsgefahr bei Sittlichkeitsdelikten und Serienkriminalität), § 112 Abs. 3 StPO (Erleichterung der Haftanordnung bei Schwerekriminalität) oder § 103 Abs. 2 StPO (räumliche Ausdehnung der Hausdurchsuchungsbefugnisse bei Terrorismustatbeständen) – für spezifische Bereiche erweiterte Eingriffsbefugnisse, die nur im Zusammenhang mit der Aufklärung der dort im Einzelnen aufgeführten oder in Bezug genommenen Straftaten in Anspruch genommen werden können.

Der Einsatz heimlicher Überwachungsmaßnahmen sowie bestimmter, Verdächtige und Unverdächtige gleichermaßen erfassender Fahndungsmittel kommt dagegen von vornherein nur bei den im Gesetz meist katalogartig-enumerativ aufgezählten gravierenden Straftaten unterschiedlichster Art in Betracht. Dabei wird in der Regel ausdrücklich klargestellt, dass es sich auch im Einzelfall um schwere bzw. besonders schwere Taten handeln muss (§§ 100a Abs. 2, 100c Abs. 2 StPO). Teilweise finden sich anstelle einer abschließenden Aufzählung generalklauselartige Öffnungen (§ 110a Abs. 1 Sätze 2, 4 StPO: Verbrechen; §§ 98a Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, 6, 110a Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 4 StPO: gewerbs- oder gewohnheitsmäßige

²⁸⁵ Vgl. *Jakobs*, HRRS 2004, 93; *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 115, 118. Rechtsstaatliche Bedenken formulieren etwa auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 4, 25 f.

²⁸⁶ So auch die verfassungsgerichtlichen Vorgaben, siehe BVerfG NJW 2000, 55; NSTZ 2003, 441, 442.

sowie bandenmäßige oder organisierte Begehung),²⁸⁷ teils werden anstelle konkreter Tatbestände Delikts-„Gebiete“ bezeichnet (§§ 98a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 3, 110a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO), teils schließlich existieren – anstatt oder in Ergänzung einer eigenständigen Auflistung – dynamische Verweisungen auf innerhalb (§§ 100f Abs. 1, 100g Abs. 1, 100i Abs. 1: Bezugnahme auf § 100a Abs. 2 StPO) oder außerhalb der StPO (§ 111 Abs. 1 StPO: Verweisung auf § 129a StGB; §§ 110a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 98a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StPO: Bezugnahme auf §§ 74a, 120 GVG) normierte Kataloge. Auf diese Weise sind mitunter eigenständige Ketten- und Partialverweisungen entstanden (vgl. § 163d Abs. 1 StPO).

c) Organisations- und verfahrensrechtliche Sonderregelungen

Während das ausdifferenzierte und komplexe „Katalogsystem“, dem der Gesetzgeber bei der Definition des Anwendungsbereichs der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse gefolgt ist, keine klare Hervorhebung oder Sonderbehandlung konkreter Deliktsbereiche erkennen lässt, sondern sich vielmehr – ungeachtet vereinzelter Akzentuierungen im Hinblick auf organisierte Kriminalität – an den allgemeinen Kriterien der Schwere und Bedeutung der Taten orientiert, existieren für den Bereich der Staatsschutzdelikte und speziell für den der terroristischen Kriminalität punktuelle organisations- und verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen.

Für die in §§ 74a, 120 GVG katalogartig aufgezählten Staatsschutzdelikte, die seit dem „Anti-Terrorismusgesetz“ von 1976 auch Straftaten im Zusammenhang mit terroristischen Vereinigungen (§§ 129a, b StGB) umfassen (§ 120 Abs. 1 Nr. 6 GVG), ist ein abweichender Instanzenzug mit einer erstinstanzlichen Zuständigkeitskonzentration zugunsten der in jedem OLG-Bezirk an einem LG einzurichtenden Staatsschutzkammer (§ 74a GVG) bzw. eines – ggf. für mehrere Bundesländer zuständigen (vgl. § 120 Abs. 5 GVG) – OLG (§ 120 GVG) vorgesehen.²⁸⁸ Diesen Gerichten ist auch die Entscheidungsbefugnis über die Beschwerde gegen Entscheidungen des Ermittlungsrichters übertragen (§§ 74a Abs. 3, 120 Abs. 3 i.V.m. § 73 Abs. 1 GVG). Die besondere Zuständigkeitsordnung wirkt sich darüber hinaus auch insofern auf das Ermittlungsverfahren aus, als eine kumulative Zuständigkeit des Ermittlungsrichters des OLG besteht (§ 169 Abs. 1 Satz 1 StPO). Außerdem kann der Generalbundesanwalt am BGH (§ 142 Abs. 1 Nr. 1 GVG) die Strafverfolgung übernehmen (§ 142a GVG). In diesem Fall tritt der Ermittlungsrichter des BGH an die Stelle desjenigen des OLG (§ 169 Abs. 1 Satz 2 StPO) und der BGH entscheidet über Beschwerden gegen dessen Verfügungen (§ 135 Abs. 2 StPO).

²⁸⁷ *Nack*, in: KK-StPO, § 110a Rn. 15: „Generalklausel mit katalogartigen Grenzen“.

²⁸⁸ Bis zum Gesetz zur allgemeinen Einführung eines zweiten Rechtszuges in Staatsschutzsachen vom 8.9.1969 (BGBl. I S. 1582) bestand in Staatsschutzsachen eine erst- und letztinstanzliche Zuständigkeit des BGH, vgl. *Hannich*, in: KK-StPO, § 120 GVG Rn. 1. Zu den vergeblichen politischen Bestrebungen in den 1970er Jahren, eine solche für terroristische Gewaltkriminalität wiederherzustellen, siehe *Vogel*, NJW 1978, 1228.

Schließlich nimmt bei den in § 4 Abs. 1 BKAG aufgelisteten Fällen internationaler organisierter und terroristischer Straftaten das BKA als Bundespolizeibehörde die polizeilichen Aufgaben auf dem Gebiet der Strafverfolgung wahr.

Um den Missbrauch prozessualer Garantien und die Fortführung krimineller Aktivitäten unter dem Schutz des Verfahrensrechts verhindern zu können, besteht seit der Antiterrorismusedgesetzgebung der 1970er Jahre die Möglichkeit, bestimmte Verteidigungsrechte des Beschuldigten insbesondere bei terroristischer Kriminalität spezifischen Restriktionen zu unterwerfen. Dabei sind in erster Linie das Verteidigerwahlrecht und der schriftliche Verkehr mit dem Verteidiger, in extremen Ausnahmefällen aber auch der Kontakt zur Außenwelt betroffen.

Für die in §§ 138a ff. StPO abschließend geregelte Möglichkeit, den Verteidiger bei bestimmten, ihm anzulastenden Verfehlungen auszuschließen, bedarf es normalerweise des dringenden oder hinreichenden Verdachts eines der drei in § 138a Abs. 1 StPO enumerativ aufgezählten Ausschließungsgründe. Hierbei handelt es sich zum einen um die strafbare Beteiligung an der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat (Nr. 1), zum anderen um den Missbrauch des Verkehrs mit dem inhaftierten Beschuldigten zur Begehung von Straftaten oder zur Gefährdung der Anstaltsicherheit (Nr. 2) sowie schließlich um die Begehung eines Anschlussdelikts der Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei im Hinblick auf die Tat, die den Gegenstand des Verfahrens bildet (Nr. 3). Betrifft das Verfahren eine Terrorismusstraftat nach §§ 129a f. StGB, so reicht im Hinblick auf die in § 138a Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO normierten Ausschlussgründe bereits der einfache, durch bestimmte Tatsachen begründete Verdacht. Einen zusätzlichen – nicht terrorismusspezifischen – Ausschlussgrund sieht das Gesetz in § 138b StPO nur bei den dort genannten, besonders schweren Staatsschutzdelikten vor, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen die Annahme begründet ist, die Mitwirkung des Verteidigers würde eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschlands herbeiführen. Das für alle Ausschließungsgründe einheitlich geltende Verfahren ist Gegenstand einer detaillierten Regelung in §§ 138c, d StPO. Zuständig ist das OLG bzw. der BGH. Die im Wege der sofortigen Beschwerde anfechtbare Entscheidung ergeht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, bei der der Verteidiger anwesenheitsberechtigt ist und die Rechtsanwaltskammer benachrichtigt wird. Wird der Verteidiger ausgeschlossen, so begründet dies gemäß § 140 Abs. 1 Nr. 8 StPO einen Fall der notwendigen Verteidigung. Wird schon während des Ausschließungsverfahrens ein vorläufiges Ruhen der Verteidigerrechte aus §§ 147, 148 StPO angeordnet, so ist dem Beschuldigten bereits zu diesem Zeitpunkt für die Wahrnehmung dieser Rechte ein Verteidiger zu bestellen (§ 138c Abs. 5 StPO).

Ausschließlich bei Terrorismusstraftaten nach §§ 129a f. StGB besteht die als Soll-Regelung ausgestaltete Möglichkeit, den Verkehr des inhaftierten Beschuldigten mit seinem Verteidiger (§§ 137 Abs. 1, 148 Abs. 1 StPO) in der Form zu überwachen, dass die Übergabe von Schriftstücken und anderen Gegenständen kraft richterlicher Anordnung von der vorherigen Vorlage beim Gericht abhängig ge-

macht wird und bei Verteidigerbesuchen Trennscheiben anzubringen sind (§§ 148 Abs. 2, 148a StPO).²⁸⁹ Weitergehende Einschränkungen, insbesondere solche auch des mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger sowie des Kontakts zur Außenwelt schlechthin, kommen nur nach der sogenannten Kontaktsperreregelung in Betracht.

Diese wurde durch das „Kontaktsperre-Gesetz“ vom 30.9.1977 in §§ 31 ff. EGGVG eingefügt und erlaubt bei extremen terroristischen Gefahrenlagen (Verdacht einer gegenwärtigen, von einer terroristischen Vereinigung ausgehenden Personengefahr), die zeitlich befristete Unterbrechung *jedweder* Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt, einschließlich des Verteidigers. Seit 1985 ist immerhin – allerdings nur auf Antrag des Gefangenen – ein Rechtsanwalt als Kontaktperson beizuordnen (§ 34a EGGVG).²⁹⁰ Unmittelbarer Anlass – und bis heute einziger Anwendungsfall – des Gesetzes war die Entführung von Hanns-Martin Schleyer durch RAF-Terroristen am 5.9.1977. Dem Gesetz vorangegangen war ein am 7.9.1977 vom Bundes- an die Landesjustizminister kommuniziertes Ersuchen, jeglichen Kontakt inhaftierter Terroristen mit der Außenwelt ohne Rücksicht auf die §§ 119, 148 Abs. 1 StPO zu unterbinden. Dabei wurde der Rechtsgedanke des Notstands (§ 34 StGB) zur Rechtfertigung der Verletzung dieser Vorschriften herangezogen. Da die praktische Durchsetzung der ohne gesetzliche Grundlage verwirklichten Kontaktsperre unter der Rechtsunsicherheit litt, die wegen der unterschiedlichen Auffassungen über die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme herrschte,²⁹¹ und weil eine allgemeingültige Regelung für zukünftig denkbare Fälle geschaffen werden sollte, wurde das „Kontaktsperre-Gesetz“ in einem ungewöhnlichen Eilverfahren noch vor Ablauf desselben Monats verabschiedet und trat am 2.10.1977 in Kraft.²⁹² Noch am selben Tag traf der Bundesjustizminister die erste und bislang einzige Feststellung des Vorliegens der gesetzlichen Kontaktsperre-Voraussetzungen, die durch Beschluss des BGH vom 13.10.1977 im Wesentlichen bestätigt und am 20.10.1977, einem Tag nach Bekanntwerden der Ermor-

²⁸⁹ In der ursprünglichen Gesetzesfassung aus dem Jahr 1877 konnte der schriftliche *und* mündliche Verkehr bei sämtlichen Straftaten richterlich überwacht werden, allerdings nur *vor* der Eröffnung des Hauptverfahrens. Nachdem das StPÄG 1964 zunächst *jegliche* Einschränkungsmöglichkeiten abgeschafft hatte, erhielt die Regelung in den 1970er Jahren ihre heutige Gestalt. Vgl. dazu im Einzelnen *Lüderssen/Jahn*, in: Löwe-Rosenberg, § 148 Vor Rn. 1. Zur Kritik an der Regelung siehe *Wessing*, in: BeckOK-StPO, § 148 Rn. 15 m.w.N.

²⁹⁰ Eingefügt durch Gesetz vom 4.12.1985 (BGBl. I S. 2141). Krit. zu dem Antragsverfahrens *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 78 (Verfassungswidrigkeit).

²⁹¹ So leisteten nicht alle Landesjustizverwaltungen dem Ersuchen Folge; außerdem lehnten das OLG Frankfurt mit Beschluss vom 16.9.1977 (NJW 1977, 2177) und der Ermittlungsrichter des BGH (wiedergegeben in BGH NJW 1977, 2172) Beschränkungen des Verteidigerkontakts ab. Der BGH (NJW 1977, 2172) hingegen entnahm in seinem Beschluss vom 23.9.1977 dem Gedanken des § 34 StGB eine Rechtfertigung der Verletzung von § 148 Abs. 1 StPO. Auch das BVerfG (NJW 1977, 2157) wies auf dieser Grundlage in seiner Entscheidung vom 4.10.1977 Eilanträge gegen Kontaktsperre-Anordnungen ab.

²⁹² Für Einzelheiten zum Gesetzgebungsverfahren siehe *Böttcher*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 31 EGGVG Rn. 6–9; *Schoreit*, in: KK-StPO, § 31 EGGVG Rn. 2–5.

dung Schleyers, zurückgenommen wurde.²⁹³ Das BVerfG hat die gegen das Kontaktsperre-Gesetz erhobenen Verfassungsbeschwerden mit Beschluss vom 1.8.1978 zurückgewiesen und die Regelung für verfassungskonform erklärt.²⁹⁴ Die aufgrund der EMRK erhobenen Individualbeschwerden wurden von der EKMR mit Entscheidung vom 8.7.1978 wegen offensichtlicher Unbegründetheit als unzulässig zurückgewiesen.²⁹⁵

Die Frage nach der angemessenen systematischen Verortung der Kontaktsperre-Regelung war bei Gesetzeserlass umstritten. Für eine Regelung in der StPO und im StVollzG wurde vorgetragen, dass die Maßnahmen unmittelbar die Stellung der Betroffenen im Strafverfahren bzw. -vollzug berühren. Gegenstimmen sprachen sich für eine ggf. befristete Regelung in einem Terrorismus-Sondergesetz aus, um den absoluten Ausnahmecharakter zu unterstreichen. Mit der Normierung im EGGVG hat der Gesetzgeber einen Mittelweg gewählt, der einerseits das alltägliche Strafprozess- und -vollzugsrecht von Regelungen freihält, deren erneute Inanspruchnahme, so die Hoffnung, nie mehr erforderlich sein werde und der andererseits die Schaffung eines Sonderrechts für bestimmte Gefahrenlagen vermeidet.²⁹⁶

Da BGH und BVerfG den in der Kontaktsperre liegenden Verstoß gegen § 148 Abs. 1 StPO auch *ohne* Rechtsgrundlage wegen des Notstandsgedankens als gerechtfertigt ansahen,²⁹⁷ liegt die rechtliche Bedeutung der §§ 31 ff. EGGVG nicht darin, dass mit ihnen eine *neue*, bislang fehlende Eingriffsbefugnis geschaffen worden wäre. Ihnen kommt vielmehr das Verdienst zu, dass sie Reichweite und Modalitäten der Inanspruchnahme dieser bis dato ungeschriebenen Notkompetenz in abschließender Weise konkretisiert und präzisen rechtlichen Schranken zugeführt haben, die einen weitergehenden Rückgriff auf das allgemeine Notstandsprinzip (§ 34 StGB) versperren.²⁹⁸ Diese Ausschluss- und Begrenzungsfunktion rechtfertigt eine Beibehaltung der Kontaktsperre-Regelung, obwohl sie seit über 35 Jahren keine praktische Relevanz mehr entfaltet hat.²⁹⁹

²⁹³ BGH NJW 1977, 2173.

²⁹⁴ BVerfG NJW 1978, 2235; a.A. z.B. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 78.

²⁹⁵ EKMR, Entscheidung vom 8.7.1978, *Baader u.a. / Deutschland*, EuGRZ 1978, 314.

²⁹⁶ *Böttcher*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 31 EGGVG, 14 m.w.N.; vgl. auch *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, Vor § 31 EGGVG Rn. 1.

²⁹⁷ BGH NJW 1977, 2172; BVerfG NJW 1977, 2157.

²⁹⁸ Streitig ist die Reichweite der Verdrängungswirkung. Nach Auffassung von *Böttcher*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 31 EGGVG Rn. 13, ist sie auf die in § 31 EGGVG umschriebene Gefahrenlage beschränkt; nach überwiegender Ansicht erstreckt sie sich auch auf vergleichbare Situationen, *Schoreit*, in: KK-StPO, § 31 EGGVG Rn. 6; so wohl auch *Vogel*, NJW 1978, 1217, 1223; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, Vor § 31 EGGVG Rn. 2.

²⁹⁹ Ob in der Neuaufnahme des § 129b StGB in § 31 EGGVG durch das 34. StrÄndG vom 22.8.2002 (BGBl. I S. 3390) ein „politisches Bekenntnis“ zum Kontaktsperre-Gesetz gesehen werden kann, erscheint fraglich, da es sich insoweit letztlich nur um eine Folgeänderung handelte, vgl. *Böttcher*, in: Löwe-Rosenberg, Nachtrag § 31 EGGVG Rn. 1, 2.

Von einem „Abbau strafprozessualer Garantien bei prozessualen Zwangsmaßnahmen im Ermittlungsverfahren“³⁰⁰ im Sinne einer Rückentwicklung oder Einschränkung vormals vorhandener Verfahrensrechte kann nach alledem – selbst bei Terrorismusverdächtigen³⁰¹ – keine Rede sein. Zutreffend erscheint vielmehr die Beobachtung, dass die rechtsstaatlichen Kontrollmechanismen seit Jahren auf der Stelle treten, während das Repertoire der Ermittlungsbefugnisse den technischen Fortschritten laufend angepasst und dadurch permanent ausgedehnt wurde.³⁰²

³⁰⁰ *Heinrich*, ZStW 121 (2009), 94 unter Bezugnahme auf *Jakobs*, HRRS 2004, 88.

³⁰¹ Vgl. auch *Morgenstern*, in: van Kalmthout u.a. (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 428.

³⁰² *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 25.

II. Polizeihaft nach vorläufiger Festnahme

A. Grundlagen

1. Begriff, Bedeutung und Historie

a) Terminologie und Definition

Mit dem Begriff „vorläufige Festnahme“, der bereits der ursprünglichen Gesetzesfassung aus dem Jahr 1877 zugrunde lag, stellt der Gesetzgeber den Akt der Festnahme, also das Ergreifen des Verdächtigen in den Vordergrund. Der Tatsache, dass mit der Erlangung der Verfügungsgewalt über die Person zugleich ein Festhaltenrecht, jedenfalls aber eine vorübergehende Festhaltungssituation einhergeht (vgl. §§ 128, 127 Abs. 4 StPO), trägt diese Gesetzesterminologie nicht Rechnung. Nachdem der Begriff des Polizeigewahrsams überwiegend der Diskussion der präventivpolizeirechtlichen Festhaltebefugnisse vorbehalten bleibt,¹ der Terminus eines „strafprozessualen Polizeigewahrsams“ im deutschen Recht mithin ebenso ungebrauchlich ist wie der einer „Polizeihaft“,² wird meist auch im Schrifttum auf eine begriffliche Verselbstständigung des auf die Ergreifung folgenden Zeitraums verzichtet.³ Obgleich eine Legaldefinition fehlt, ergibt sich aus Systematik sowie Sinn und Zweck der Regelung, dass es sich bei der vorläufigen Festnahme um eine auf Eilfälle zugeschnittene, maximal 48-stündige Freiheitsentziehung von Tatverdächtigen zu Zwecken der Strafverfolgung handelt, deren vorläufiger Charakter aus dem situationsbedingten Fehlen eines richterlichen Haftbefehls resultiert.⁴ Dieses weite Begriffsverständnis, das sowohl die Festnahme als auch das anschließende Festhalten umfasst, soll auch den nachfolgenden Ausführungen zugrunde gelegt werden.

b) Qualitative und quantitative Bedeutung

Die strafprozessuale Bedeutung der vorläufigen Festnahme erschöpft sich darin, dass den Strafverfolgungsbehörden in bestimmten, dringenden Fällen auch ohne

¹ Bisweilen wird jedoch auch in strafprozessualen Kontext von einer polizeilichen Ingewahrsamnahme gesprochen, z.B. BVerfG, Beschl. vom 8.3.2011, Az.: 1 BvR 47/05 (juris), Rn. 1: „mehrstündige Ingewahrsamnahme [...] zur Identitätsfeststellung“ (§ 163c StPO).

² Die Untersuchungshaftanstalt Hamburg verwendet indes zur Abgrenzung von präventiven „Ingewahrsamnahmen“ den Begriff „Polizeihaft“, siehe www.hamburg.de/contentblob/198066/data/untersuchungshaftanstalt-faltblatt.pdf [Stand: 12/2014]. So auch im Hinblick auf § 127 Abs. 2 StPO von *Heitschel-Heinegg*, in: BeckOK-StGB, § 51 Rn. 3; *Lackner/Kühl*, StGB, § 51 Rn. 1.

³ Etwa „Festhalten im Anschluss an vorläufige Festnahme“ oder „staatliche Verwahrung“, vgl. *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 30.

⁴ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 1; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 2; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 1; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 1.

vorherige richterliche Genehmigung ein vorübergehender Zugriff auf den Verdächtigen ermöglicht wird, um ihn anschließend dem Haftrichter vorführen zu können (Vorstufe zur Untersuchungshaft).⁵ Die Maßnahme mündet also entweder in einen richterlichen Haftbefehl oder endet mit der alsbaldigen Freilassung. In materiell-rechtlicher Hinsicht enthält die Regelung einen Rechtfertigungsgrund zugunsten des Festnehmenden. Während Voraussetzungen und Reichweite der rechtfertigenden Wirkung im materiellen Strafrecht kontrovers diskutiert werden, führt die als strafprozessuale Freiheitsentziehung im Grunde unumstrittene Regelung⁶ im prozessrechtlichen Schrifttum eher ein Schattendasein.⁷ Die vorläufige Festnahme wird hier als ein strafprozessualer Grundrechtseingriff unter anderen wahrgenommen, dessen Einsatz zwar aufgrund seiner rechtsgutsspezifischen Eingriffsintensität⁸ besonders strengen Voraussetzungen unterworfen ist, der für den weiteren Fortgang des Verfahrens jedoch keine wie auch immer geartete Schlüsselstellung innehat. Für die Eröffnung strafprozessualer Verteidigungsrechte ist die vorläufige Festnahme nur insofern relevant, als spätestens mit ihr die Beschuldigteneigenschaft i.S.v. § 136 StPO begründet wird.

Über die Häufigkeit der vorläufigen Festnahme existieren keine amtlichen Informationen.⁹ Dies mag zum einen daran liegen, dass die föderale Organisation der Polizeien und Staatsanwaltschaften eine zentrale Registrierung erschwert, zumal eine – die quantitative Erfassung erleichternde – richterliche Intervention nicht zwingend stattfindet. Zum anderen dürften die bisweilen fließenden Übergänge zum polizeirechtlichen Präventivgewahrsam eine präzise Erhebung behindern. Schließlich ist davon auszugehen, dass die vorläufige Festnahme – zumal mit ihrer terminologischen Betonung des Akts des Ergreifens, bei der die Assoziation mit einer fortdauernden Festhaltungssituation auf den ersten Blick eher fern liegt – im Gegensatz zur Untersuchungshaft und anderen als rechtsstaatlich besonders kritisch wahrgenommenen Ermittlungsmaßnahmen als vergleichsweise harmloses bzw. unproblematisches Instrument eingestuft wird, bei dem eine exakte zahlenmäßige Erfassung bzw. deren Kommunikation an die Öffentlichkeit entbehrlich erscheint.

⁵ Vgl. *Seebode*, StV 1989, 118 Fn. 7, wonach drei von vier Haftbefehlen im Anschluss an die vorläufige Festnahme ergehen; ähnlich *Müller-Dietz*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 220.

⁶ Vgl. *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 4: Im Vergleich zur Untersuchungshaft „ist die vorläufige Festnahme (§ 127 StPO) als Eilbefugnis sowohl in ihrer Jedermanns-Variante (Absatz 1) als auch in der Organwalter-Modalität (Absatz 2) im Grundsatz völlig unumstritten und über die Zeiten hinweg wenig verändert“; siehe aber den Problemaufriss bei *Müller-Dietz*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 231–233.

⁷ *Dünkel*, in: ders./Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 67; siehe zuletzt aber immerhin *Dittmer*, Vorläufige Festnahme; *Goy*, Vorläufige Festnahme; *Reuss*, Festnahmerechte.

⁸ Siehe *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 17: „das schärfste Zwangsmittel, das Polizei und Staatsanwaltschaft im strafprozessualen Ermittlungsverfahren zur Verfügung steht“.

⁹ Siehe auch *Feest*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 394; *Dünkel*, in: ders./Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 67.

c) Historische Entwicklung

Die Regelung der vorläufigen Festnahme in §§ 127 ff. StPO basiert im Wesentlichen noch heute auf der Ausgestaltung, die sie durch die RStPO vom 1.2.1877 erhalten hat.¹⁰ Im Vergleich zu den bis dato geltenden Partikulargesetzgebungen mit ihren im Hinblick auf Anwendungsbereich (weiter Flagranzbegriff), zulässige Zwecke (u.U. auch Ermittlung, Beweissicherung, Geständniserlangung und Befriedigung der Öffentlichkeit) und Höchstdauer der Haft (bis zu drei, teils bis zu sechs Tage) mitunter deutlich weiterreichenden polizeilichen Inhaftierungsbefugnissen,¹¹ waren die gesetzlichen Voraussetzungen fortan entschieden enger gefasst. Der dem französischen CIC entlehnte, weite Flagranzbegriff wurde zugunsten des Erfordernisses einer „frischen Tat“ aufgegeben, die Funktion der Festnahme auf die drei Motive der Fluchtverhinderung, der Identitätssicherung und der Haftbefehlssicherung begrenzt, und eine richterliche Entscheidung muss seither „unverzüglich“ herbeigeführt werden.¹² Dieses Unverzöglichkeitskriterium – verbunden mit dem Verzicht auf eine bindende Frist für die Vorführung vor den Richter – und das Fehlen einer gesetzlichen Regelung über die zulässigen Motive des polizeilichen Festhalterechts sollte sich allerdings in der Folge als Einfallstor auch für solche Festhaltungszwecke erweisen, die den gesetzlich geregelten Festnahmegründen selbst fremd waren. So wurden auch nach Inkrafttreten der StPO Fälle aus der Polizeipraxis bekannt, in denen die Festhaltungssituation im Anschluss an die Festnahme zur Beweissammlung und Durchführung weiterer Ermittlungen genutzt wurde. Dabei ist berichtet worden, dass die Dauer der vorläufigen Festnahme bis zu zehn Tage erreichen konnte, ehe der Betroffene dem Richter vorgeführt wurde.¹³

Wenngleich in Schrifttum und Teilen der Rechtsprechung schon zu Beginn des 20. Jahrhunderts Stimmen laut wurden, die eine richterliche Intervention spätestens am Tag nach der Festnahme forderten,¹⁴ dauerte es bis zum Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 12.9.1950 (BGBl. I S. 455), bis das Unverzöglichkeitsersfordernis in § 128 StPO mit dem Passus „spätestens am Tage nach der Festnahme“ komplettiert wurde, um den Vorgaben aus Art. 104 Abs. 3 GG Rechnung zu tragen (vgl. auch § 129 StPO). Die Frage, ob und inwieweit der Zeitraum zwischen der Ergreifung und der Vorführung vor den Richter für weitere Ermittlungshandlungen genutzt werden darf, ist gleichwohl streitig geblieben.

¹⁰ Vgl. *Müller-Dietz*, in: Eser u.a. (Hrsg.), *Kolloquium*, S. 220.

¹¹ *Goy*, *Vorläufige Festnahme*, S. 88 ff.; *Albrecht*, *Festnahmerecht*, S. 61 ff.

¹² *Albrecht*, *Festnahmerecht*, S. 63 f.; *Goy*, *Vorläufige Festnahme*, S. 92.

¹³ *Goy*, *Vorläufige Festnahme*, S. 93 m.w.N.

¹⁴ A.a.O., S. 94 m.w.N.

Sieht man von redaktionellen Änderungen¹⁵ und mittelbaren Modifikationen des Festnahmerechts, etwa durch Reformen im Bereich der Untersuchungshaft – die sich naturgemäß im Bereich der haftensichernden Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) auswirken¹⁶ – oder auf dem Gebiet der Rechtsstellung des Beschuldigten ab,¹⁷ so waren die Regelungen über die vorläufige Festnahme so selten Gegenstand von Gesetzesänderungen, dass sich die Darstellung auf eine knappe, chronologische Aufzählung beschränken darf:

– Gleichzeitig mit der Schaffung des § 126a StPO wurde die haftbefehlssichernde Festnahme in § 127 Abs. 2 StPO durch das AGGewVerbrG vom 24.11.1933 (RGBl. I S. 1000) auf die Sicherung der einstweiligen Unterbringung ausgedehnt (Einfügung der Worte: „oder eines Unterbringungsbefehls“) und eine entsprechende Ergänzung in den §§ 128 Abs. 2 Satz 2, 129 StPO vorgenommen.

– Mit dem EGOWiG vom 24.5.1968 (BGBl. I S. 503) wurde in § 127a StPO die Möglichkeit einer Festnahmeverschonung gegen Sicherheit niedergelegt (siehe bereits den ehemaligen § 434 RAO).

– Die Einführung von § 128 Abs. 1 Satz 2 StPO, wonach es vor Erlass eines richterlichen Haftbefehls im Anschluss an die Festnahme grundsätzlich eines staatsanwaltschaftlichen Antrags bedarf, hat zu einer der allgemeinen Rollenverteilung zwischen Staatsanwalt und Ermittlungsrichter besser entsprechenden Einbindung der Staatsanwaltschaft in die Entscheidung über die Fortdauer der Haft geführt, 8. StRÄndG vom 25.6.1968 (BGBl. I S. 741).¹⁸

– Durch Art. 21 Abs. 35 des EGStGB vom 2.3.1974 (BGBl. I S. 469) wurde § 127 Abs. 3 Satz 2 StPO angefügt, der besagt, dass Straftaten, deren Verfolgung einer Ermächtigung oder eines Strafverlangens bedürfen, entsprechend der Regelung bei Antragsdelikten, unabhängig davon der Festnahme zugänglich sind.

– Das StPÄG vom 14.4.1978 (BGBl. I S. 497) hat mit §§ 163b, c StPO die Ermächtigung zu strafprozessualen Identitätsfeststellungen mit entsprechenden Festhaltebefugnissen geschaffen und § 127 Abs. 1 Satz 2 StPO eingefügt.

¹⁵ Etwa: Ersetzung des Wortes „Persönlichkeit“ durch „Identität“ in § 127 Abs. 1 Satz 2 StPO durch StPÄG vom 14.4.1978 (BGBl. I S. 497).

¹⁶ Vgl. *Schmidt*, Lehrkommentar, Vor § 112 Rn. 5a: erhebliche Erweiterung des Anwendungsbereichs durch Ausweitung der Haftgründe im Untersuchungshaftrecht.

¹⁷ So hat z.B. das Gesetz vom 25.4.2013 zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren (BGBl. I S. 935) m.W.z. 1.11.2013 die Möglichkeit einer audiovisuellen Aufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung normiert (§ 163a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 58a StPO), die selbstverständlich auch gegenüber *festgenommenen* Beschuldigten zum Einsatz kommen kann, siehe unten D.5.b.

¹⁸ *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 96.

– Das Gesetz zur Änderung der StPO vom 17.7.1997 (BGBl. I S. 1822) hat mit der Einführung der Hauptverhandlungshaft in § 127b StPO zur Sicherung des beschleunigten Verfahrens einen bislang unbekanntem Festnahmegrund geschaffen.

– Mit dem U-HaftRÄndG vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2274) wurde in §§ 127 Abs. 4, 127b Abs. 1 Satz 2 und § 163c Abs. 1 Satz 2 StPO eine Verweisung auf die Informations-, Belehrungs- und Benachrichtigungspflichten aus dem Untersuchungshaftrecht (§§ 114a–114c StPO) aufgenommen, um entsprechenden Forderungen des CPT nachzukommen und den Einklang zur EGMR-Rechtsprechung herzustellen.¹⁹ Außerdem hat in § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO eine festnahmespezifische Präzisierung des Akteneinsichtsrechts Eingang gefunden.

– Zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren hat das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 2.7.2013 (BGBl. I S. 1938) nicht nur den Umfang der allgemeinen Beschuldigtenbelehrung in § 136 StPO ausgedehnt und eine entsprechende Dokumentationspflicht eingeführt, sondern auch den Gegenstand der festnahmespezifischen Unterrichtungspflichten in § 127 Abs. 4 i.V.m. § 114b StPO um neue Belehrungselemente erweitert.

2. Regelungstechnik und Anwendungsbereich

a) Gesetzessystematik und Regelungstechnik

Die Vorschriften über die vorläufige Festnahme als solche konzentrieren sich im Wesentlichen auf die fünf Paragraphen der §§ 127–129 StPO; bezieht man die Sistierung zur Identitätsfeststellung ein, so kommen die §§ 163b, c StPO hinzu. Aufgrund neu aufgenommener Verweisungen sind nun auch die Informations-, Belehrungs- und Benachrichtigungspflichten der §§ 114a–114c StPO zu berücksichtigen. Eine unmittelbare Bezugnahme auf die vorläufige Festnahme findet sich ferner in § 147 StPO zum Akteneinsichtsrecht. Von erheblicher Relevanz sind schließlich die allgemeinen Vorschriften über die Rechte des Beschuldigten, insbesondere § 163a i.V.m. §§ 136, 136a StPO sowie die §§ 137 ff. StPO. Sonderregelungen für bestimmte Kriminalitätsformen oder Straftatbestände existieren nicht.²⁰ Insgesamt bleibt daher der Eindruck, dass es sich um eine relativ übersichtliche und prägnante Regelung handelt, bei der allerdings auffällig ist, dass sowohl die Art und Weise der Festnahme als auch die Phase zwischen Ergreifung und Vorführung bzw. Freilassung, also die Festhaltungssituation im Anschluss an die Verhaftung, nur sehr rudi-

¹⁹ Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT; Begr. des RegE, BT-Drucks. 16/11644, S. 1, 13.

²⁰ Indirekt wirken sich bei der haftbefehlssichernden Festnahme jedoch die in §§ 112 Abs. 3, 112a StPO normierten Anknüpfungen an bestimmte Katalogstraftatbestände aus. Besonderheiten gelten auch bei der Identitätsfeststellung im Rahmen von Kontrollstellen (§ 111 Abs. 3 StPO), welche nur bei bestimmten Straftaten zulässig sind.

mentär berücksichtigt sind (vgl. § 128 StPO).²¹ Soweit „Gewahrsamsordnungen“ auf Länderebene oder auf Ebene der Landespolizeidirektionen detailliertere Bestimmungen bereitstellen, ist zu beachten, dass diese als bloße Runderlasse bzw. Verwaltungsvorschriften keine Rechtssatzqualität haben;²² Gleiches gilt für Nr. 51 RiStBV.

b) Anwendungsbereich, insbesondere Abgrenzung zur Präventivpolizei

Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die Festnahme ist auf das repressive Tätigwerden der Strafverfolgungsbehörden zum Zwecke der Strafverfolgung beschränkt. Soweit nicht die Aufklärung und Ahndung, sondern die Verhinderung oder Beendigung von Straftaten ausschlaggebend ist, sind nicht die Vorschriften und Befugnisnormen der StPO einschlägig, sondern die in den Polizei- und Sicherheitsgesetzen der Länder normierten präventiv-polizeilichen Befugnisse.

Abgesehen von Abgrenzungsschwierigkeiten im Einzelfall, die sich aus der Zugrundelegung des finalen Unterscheidungskriteriums ergeben können, sind funktionale Überschneidungen schon dadurch vorgezeichnet, dass die Zunahme von auf die Verhinderung künftiger Rechtsgutschädigungen zielender Vorfeldtatbestände und Gefährdungsdelikte im materiellen Strafrecht die Grenzen zwischen Prävention und Repression immer mehr verwischen lässt.²³ Auch wenn in solchen Fällen aus Sicht der handelnden Hoheitsträger die Belange der Strafverfolgung im Vordergrund stehen mögen, ist zumindest eine präventive Nebenwirkung bei der Inanspruchnahme strafprozessualer Eingriffsbefugnisse nicht von der Hand zu weisen.²⁴ Dass die Mitverfolgung präventiver Gesichtspunkte der vorläufigen Festnahme auch im Übrigen nicht völlig fremd sein kann, ergibt sich außerdem daraus, dass im Fall von § 127 Abs. 2 StPO die Voraussetzungen des Haftbefehls (mit dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr als präventivem Fremdkörper) bzw. des Unterbringungsbefehls (als präventiv-polizeilichem Instrument) inzidenter zu prüfen sind. Ungeachtet aller Abgrenzungsschwierigkeiten bleibt es aber dabei, dass den

²¹ Vgl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 28 ff., wonach zwar das „Ob“, nicht jedoch das „Wie“ der Freiheitsentziehung gesetzlich klar geregelt sei (bezogen allerdings auf die alleinige Frage des Zwangsmittleinsatzes bei der Festnahme).

²² Siehe etwa die per ministeriellem Runderlass vom 20.3.2009 erlassene PolGewO NRW.

²³ Die umstrittene Zulässigkeit der Verfolgung präventiver Zwecke durch strafrechtliche Verbotsnormen, die hier in Rede steht („Strafrechtswert“), ist zu unterscheiden von der heute allgemein anerkannten präventiven Funktion der Strafe („Strafzweck“). Allgemein zu den funktionalen Veränderungen des Strafprozessrechts infolge der Zunahme des präventiven Charakters des Strafrechts *Bäcker*, FS für Schenke, S. 339 ff.

²⁴ Vgl. *Leyendecker*, Terrorverdächtige festgenommen, Sueddeutsche.de, 29.4.2011: Abwehr „konkreter und bevorstehender Gefahr“ durch die (strafprozessuale) Festnahme. Zu diesen faktischen Überschneidungen siehe *Kühne*, Strafprozessrecht, § 26 Rn. 459; a.A. offenbar *Reuss*, Festnahmerechte, S. 12 ff.

Strafverfolgungsbehörden der Rückgriff auf die vorläufige Festnahme grundsätzlich immer dann offensteht, wenn der Anwendungsbereich der StPO durch das Vorliegen eines Anfangsverdachts eröffnet ist und nach außen hin sichtbar die – in den gesetzlichen Festnahmegründen näher konkretisierten – Ziele der Strafverfolgung bei der Verhaftung im Vordergrund stehen.²⁵

Zeitliche Restriktionen etwa dergestalt, dass der Anwendungsbereich der §§ 127 ff. StPO auf einen bestimmten Abschnitt des Strafverfahrens beschränkt wäre, existieren nicht, soweit sie sich nicht aus dem konkret einschlägigen Festnahmegrund selbst ergeben. So sind die Festnahmegründe des § 127 Abs. 1 und § 127b Abs. 1 StPO tatbestandlich auf die – kurze – Phase der noch „frischen Tat“ beschränkt, während die §§ 163b, c StPO nur so lange eingreifen, wie die Identität des Verdächtigen nicht zweifelsfrei festgestellt ist.²⁶ Die haftbefehlssichernde Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO ist dagegen (ebenso wie z.B. § 164 StPO) grundsätzlich in jedem Stadium des Verfahrens – von Beginn des Ermittlungsverfahrens bis hin zum rechtskräftigen Urteil²⁷ – anwendbar.²⁸ Liegt allerdings bereits ein Haft- oder Unterbringungsbefehl vor, so richtet sich die Festnahme nicht nach § 127 Abs. 2, sondern nach §§ 115 f. StPO, sofern sie nicht in Unkenntnis des Hafttitels erfolgt.²⁹ Infolge der mit der Föderalismusreform von 2006 vollzogenen Übertragung der Gesetzgebungskompetenz für das Untersuchungshaft- und Strafvollzugsrecht auf die Länder, richtet sich die Festnahme und Rückführung entwichener Häftlinge nunmehr nach den landesrechtlichen Regelungen zum Präventivgewahrsam.³⁰

²⁵ Siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 1, 3: ausschließlich Sicherung strafprozessualer Zwecke.

²⁶ Vgl. außerdem die vorläufige Festnahme in der Sitzung gemäß § 183 Satz 2 GVG, deren zeitlicher Anwendungsbereich auf den Gerichtstermin beschränkt ist.

²⁷ Wird die Verurteilung zu einer Haftstrafe rechtskräftig, so gewährt § 457 Abs. 3 i.V.m. § 127 Abs. 2 in den Fällen des § 457 Abs. 2 StPO ein spezielles Festnahmerecht.

²⁸ Dies gilt selbst dann, wenn der Richter den Erlass eines Haftbefehls zuvor abgelehnt hatte – allerdings nur, wenn wegen neu eingetretener oder bekannt gewordener Umstände nun die Haftvoraussetzungen vorliegen, *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 36.

²⁹ Dann gelten die §§ 127 ff. StPO, siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 4.

³⁰ Zur vorherigen Kompetenzwidrigkeit der Regelungen siehe *Rachor*, in: Lisken/Denninger (Hrsg.), Handbuch, F Rn. 588; krit. zum Kompetenzübergang *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 32 f. Siehe Art. 17 Abs. 3 BayPAG; § 30 Abs. 3 ASOG Bln; § 17 Abs. 3 BbgPolG; § 15 Abs. 3 BremPolG; § 13 Abs. 3 HbgSOG; § 32 Abs. 3 HSOG; § 55 Abs. 3 SOG M-V; § 18 Abs. 2 NdsSOG; § 35 Abs. 3 PolG NRW; § 14 Abs. 3 RPfOG; § 13 Abs. 3 SaarlPolG; § 22 Abs. 3 SächsPolG; § 37 Abs. 3 SOG LSA; § 204 Abs. 3 LVwG SH; § 19 Abs. 3 ThPAG. Lediglich im PolG BW fehlt ein entsprechender Gewahrsamsgrund.

3. Abgrenzung und Verhältnis zu anderen Instituten

a) *Repressiv-polizeiliche Festnahme- und Festhaltebefugnisse*

Sachlich-personelle Erweiterungen des vorläufigen Festnahmerechts enthalten die §§ 399, 402, 404 AO, die den Finanzbehörden, den Zollfahndungsämtern und den mit der Zoll- und Steuerfahndung betrauten Beamten das Festnahmerecht nach Maßgabe von §§ 127 ff. StPO für das Steuerstrafverfahren gewähren. Situationspezifische Sonderfälle vorläufiger Festnahme existieren bei Störungen der Amtstätigkeit (§ 164 StPO) und Straftaten in Sitzungen (§ 183 Satz 2 GVG).

Der durch das StVÄG 1999 zum 1.11.2000 neu gefasste § 131 Abs. 2 StPO ermöglicht es der Staatsanwaltschaft und ihren Ermittlungspersonen, auch schon vor Erwirken eines Haftbefehls die Aufforderung an die Strafverfolgungsbehörden zu richten, nach dem Beschuldigten zu fahnden und ihn festzunehmen. Für diese Ausschreibung zur Festnahme müssen die Voraussetzungen des Haftbefehls vorliegen, sein vorheriger Erlass darf nicht ohne Gefährdung des Fahndungserfolgs abgewartet werden können und sie muss für die vorläufige Festnahme erforderlich sein. Die Ausschreibung wird ungültig, wenn nicht spätestens binnen einer Woche der Haftbefehl ergeht. Da § 131 Abs. 2 StPO keine Rechtsgrundlage für die Festnahme selbst enthält, bemisst sich deren Rechtmäßigkeit auch hier nach § 127 StPO.³¹ Gleichwohl wird sich der anordnende Polizeibeamte oftmals faktisch durch die der Ausschreibung zugrunde liegende Vorprüfung ihrer Voraussetzungen leiten lassen und allenfalls eine Evidenzkontrolle vornehmen. Für die Vorführung vor den Richter gelten gemäß § 131 Abs. 5 nicht §§ 128 f., sondern §§ 115 f. StPO.

Über das Recht zur vorläufigen Festnahme hinaus ist anerkannt, dass bestimmten Ermittlungsmaßnahmen, deren Durchführung die Anwesenheit des Betroffenen zwingend voraussetzen, also notwendigerweise mit kurzfristigen Eingriffen in die körperliche Bewegungsfreiheit verbunden sind,³² ein Festnahme- und Festhalte-recht immanent ist, das sich nicht nach §§ 127 ff. StPO bestimmt, sondern den einschlägigen Befugnisnormen selbst implizit zu entnehmen ist. Rechtsgrundlage für das vorübergehende Festhalten zum Zweck einer körperlichen Untersuchung, etwa zur Entnahme einer Blutprobe, ist § 81a StPO; für die Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen gilt § 81b StPO, und die Durchsuchung der Person bestimmt sich nach § 102 StPO. Die im Vorfeld einer Durchsuchung von Wohn- und Geschäftsräumen erfolgte Ingewahrsamnahme einer Person zu dem alleinigen Zweck, das Beiseiteschaffen von Beweismitteln und Vermögenswerten durch den

³¹ Vgl. *Krause*, in: AK-StPO, § 131 Rn. 2; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 131 Rn. 6, 8; *Geppert*, JURA 1991, 274.

³² Zur Einordnung als bloße Freiheitsbeschränkungen i.S.v. Art. 104 GG siehe *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 7; *Graf*, in: KK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 3.

Beschuldigten zu verhindern, kann hingegen weder auf § 105 StPO noch auf eine andere Ermächtigungsgrundlage gestützt werden.³³

b) Präventiv-polizeilicher Sicherheitsgewahrsam

Bei den präventiv-polizeilichen Entsprechungen strafprozessualer Grundrechtseingriffe können vor allem im Hinblick auf den Präventivgewahrsam Abgrenzungsschwierigkeiten zur vorläufigen Festnahme nach §§ 127 ff. StPO auftreten.

aa) Grundlagen

Sämtliche Landespolizeigesetze³⁴ sowie die §§ 39–42 BPolG und seit 2009 auch § 20p BKAG³⁵ sehen als polizeirechtliche Standardmaßnahme eine Befugnis der Vollzugspolizei vor, Personen für eine begrenzte Zeit³⁶ als „Störer“ in Gewahrsam zu nehmen, wenn und soweit dies unerlässlich ist, um entweder die unmittelbar bevorstehende Begehung von verbotenem Verhalten zu verhindern („Verhinderungsgewahrsam“) oder dessen Aufrechterhaltung und Fortsetzung zu beenden („Beseitigungsgewahrsam“). In beiden Fällen ist „unverzüglich“ eine richterliche Entscheidung einzuholen.³⁷ Hauptanwendungsfeld dieser gefahrenabwehrrechtlichen Eingriffsermächtigungen ist die präventive Festnahme von Rowdys im Zusammenhang mit (Sport-)Großveranstaltungen sowie die Ingewahrsamnahme gewaltbereiteter Demonstranten im Vorfeld von Versammlungen und Massenauf-

³³ LG Frankfurt a.M. NStZ 2008, 591. Vgl. außerdem § 106 StPO, der lediglich ein Anwesenheitsrecht gewährt, nicht jedoch eine Anwesenheitspflicht statuiert. Bei Störungen besteht freilich das Festnahmerecht aus § 164 StPO.

³⁴ Art. 17–20 BayPAG; § 28 PolG BW i.V.m. § 1 DVO-PolG BW; §§ 30–33 ASOG Bln; §§ 17–20 BbgPolG; §§ 15–18 BremPolG; § 13–13c HbgSOG; §§ 32–35 HSOg; §§ 55–56 SOG M-V; §§ 18–21 NdsSOG; §§ 35–38 PolG NRW; §§ 14–17 RPfPOG; §§ 13–26 SaarlPolG; § 22 SächsPolG; §§ 37–40 SOG LSA; §§ 204–205 i.V.m. §§ 181 Abs. 4, 200 Abs. 2 LVwG SH; §§ 19–22 ThPAG.

³⁵ Krit. zu der auf Grundlage von Art. 73 Abs. 1 Nr. 9a GG (eingefügt durch GG-Änderung vom 28.8.2006; BGBl. I S. 2034) ergangenen BKAG-Novelle vom 25.12.2008 (BGBl. I S. 3083) *Paeffgen*, SK-StPO, Vor §§ 112 Rn. 19a ff.

³⁶ Zur immanenten Kurzfristigkeit und Vorläufigkeit siehe *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 572.

³⁷ Als Oberbegriffe für diese beiden Ausprägungen des Polizeigewahrsams werden neben dem Terminus des Sicherheitsgewahrsams auch Bezeichnungen wie Vorbeuge-, Verhinderungsgewahrsam und Unterbindungsgewahrsam verwendet. Dabei wird die erste Alternative (hier: „Verhinderungsgewahrsam“) oft als „Präventivgewahrsam“, die zweite Alternative (hier: „Beseitigungsgewahrsam“) gelegentlich als „Repressivgewahrsam“ bezeichnet, siehe *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 504; *Schmidbauer/Steiner*, BayPAG, Art. 17 Rn. 24. Vorliegend werden abweichende Bezeichnungen zugrunde gelegt, geht es doch in beiden Fällen ausnahmslos um Gefahrenabwehr in Form der Störungsbeseitigung, also um Prävention – und niemals um Repression im Sinne von Strafverfolgung, siehe *Schmidbauer/Steiner*, BayPAG, Art. 17 Rn. 24.

läufen zwecks Verhinderung unmittelbar bevorstehender oder Beendigung andauernder Straftaten.³⁸ Historischer Vorläufer war die in § 15 PreußPVG vom 1.6.1931 geregelte „polizeiliche Verwahrung“.³⁹ Wegen massiver Missbräuche während der Zeit des Nationalsozialismus soll heute durch eine entsprechend restriktive Formulierung und Auslegung der Eingriffsgrundlagen sichergestellt werden, dass die Ermächtigung auf keinem Fall zu einem allgemeinen Vorbeugegewahrsam (früher: Schutzhaft) gegenüber „gefährlichen Personen“ missbraucht werden kann. Die insgesamt 18 unterschiedlichen Regelungen weisen deutliche Übereinstimmungen auf, die nicht nur auf die unverbindliche Musterregelung in §§ 13–16 MEPolG, sondern vor allem auch auf die faktische Vorbildwirkung, die einige Landespolizeigesetze (insb. das BayBAG) und bundespolizeiliche Vorschriften entfalten konnten, sowie auf die einheitlichen Vorgaben des GG und der Rechtsprechung des BVerfG zurückzuführen sind. Die prinzipiellen Bedenken, die mit guten Gründen gegen die Konventionskonformität des „Verhinderungsgewahrsams“ vorgetragen wurden, sind durch eine neuere Entscheidung des EGMR nur teilweise ausgeräumt worden (siehe oben I.B.1.a).⁴⁰

Ganz überwiegend liegt den gesetzlichen Gewahrsamsregelungen eine vierteilige Struktur zugrunde, bei der die Anordnungsvoraussetzungen, die nachträgliche Herbeiführung der richterlichen Entscheidung, die Behandlung festgenommener Personen bzw. deren Rechte und schließlich die Dauer der Freiheitsentziehung in jeweils vier gesonderten Normen geregelt werden.⁴¹ Anders als bei §§ 127 ff. StPO steht dabei nicht so sehr die Festnahme als Vorgang (Ingewahrsamnahme), sondern vor allem das Festhalten als Zustand (der Gewahrsam) im Fokus der gesetzlichen Regelung.⁴²

³⁸ EGMR, *Ostendorf ././ Deutschland*, NVwZ 2014, 43; *Schwabe u. M.G. ././ Deutschland*, NVwZ 2012, 1089.

³⁹ Die Vorschrift lautete wie folgt: „Abs. 1: Personen in polizeiliche Verwahrung zu nehmen sind die Polizeibehörden nur dann befugt, wenn diese Maßnahme erforderlich ist a) zum eigenen Schutze dieser Personen, b) zur Beseitigung einer bereits eingetretenen Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung oder zur Abwehr einer unmittelbar bevorstehenden polizeilichen Gefahr, falls die Beseitigung der Störung oder die Abwehr der Gefahr auf andere Weise nicht möglich ist. Abs. 2: Die in polizeiliche Verwahrung genommenen Personen müssen, soweit es sich nicht um gemeingefährliche Geisteskranke handelt, spätestens im Laufe des folgenden Tages aus der polizeilichen Verwahrung entlassen werden“, zitiert nach *Stoermer*, *Gewahrsam*, S. 221. Siehe dazu die krit. Würdigung von *Franz*, NJW 1966, 240. Zur Entstehungsgeschichte des PreußPVG siehe *Naas*, *Die Entstehung des PreußPVG*.

⁴⁰ EGMR, *Ostendorf ././ Deutschland*, NVwZ 2014, 43.

⁴¹ Art. 17–20 BayPAG; §§ 30–33 ASOG Bln; §§ 17–20 BbgPolG; §§ 15–18 BremPolG; §§ 13–13c HbgSOG; §§ 32–35 HSOG; §§ 18–21 NdsSOG; §§ 35–38 PolG NRW; §§ 14–17 RPfPOG (mit Sonderregelung für nichtpolizeiliche Gewahrsamseinrichtungen in §§ 16, 16a RPfPOG); §§ 13–16 SaarIPolG; §§ 37–40 SOG LSA; §§ 19–22 ThPAG; §§ 39–42 BPolG; § 20p Abs. 1 Satz 2 i.V.m. 40–42 BKAG. Ergänzende Bestimmungen ohne Rechtssatzqualität finden sich in Gewahrsamsordnungen der Länder oder Landespolizeidirektionen, siehe etwa die im Wege von ministeriellen Runderlassen verabschiedeten PolGewO NRW vom 20.3.2009 sowie BbgPolGewO vom 5.4.1995.

⁴² Zur Terminologie siehe *Rachor*, in: Denninger/Rachor, *Handbuch*, E Rn. 494 f.

Auch hier umfasst aber die Befugnis zur Anordnung des Polizeigewahrsams die Ermächtigung sowohl zum Ergreifen als auch zur (vorübergehenden) Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung. Wegen der Abgrenzungsschwierigkeiten, die im Verhältnis zur strafprozessualen Freiheitsentziehung im Anschluss an die vorläufige Festnahme auftreten können, soll die rechtlichen Ausgestaltung des Präventivpolizeigewahrsams etwas näher skizziert werden.

bb) Anordnung

Die Anordnung des Polizeigewahrsams – also die Festnahme *und* das anschließende Festhalten – setzt voraus, das die Freiheitsentziehung „unerlässlich“ ist,⁴³ um die „unmittelbar bevorstehende“ Begehung oder Fortsetzung eines andauernden verbotswidrigen Verhaltens zu verhindern. Da es sich in den einschlägigen Fällen in aller Regel um Eilsituationen handelt, gehen sämtliche Polizeigesetze – unter Umkehrung des von Art. 104 GG angenommenen Regel-Ausnahme-Verhältnisses – von einer Anordnungszuständigkeit der Polizeibeamten und einer lediglich nachträglichen richterlichen Intervention aus. Ein „unmittelbares Bevorstehen“ liegt nur dann vor, wenn die entsprechende Handlung entweder sofort oder zumindest in allernächster Zeit zu erwarten ist. Dabei müssen konkrete Anhaltspunkte, namentlich im Verhalten des Betroffenen, und nicht etwa bloße Vermutungen die Wahrscheinlichkeit einer dergestalt engen zeitlichen Beziehung begründen.⁴⁴ Mit dem Kriterium der Unerlässlichkeit wird der bei allen polizeilichen Maßnahmen zu beachtende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aufgrund der besonderen Eingriffsschwere durch die Klarstellung verschärft, dass es sich um das allerletzte Mittel handeln muss, dessen Inanspruchnahme bei Vorhandensein milderer Alternativen (etwa Beschlagnahme oder Platzverweis) zu unterbleiben hat.

Der Spezifizierungsgrad der den Gewahrsam rechtfertigenden Gefahrenlage variiert in den verschiedenen Gesetzen: Während vereinzelt die Ingewahrsamnahme ausschließlich zur Verhinderung oder Beendigung von Straftaten zugelassen wird,⁴⁵ bezieht die ganz überwiegende Zahl der Regelungen auch bestimmte, besonders

⁴³ Lediglich die Formulierungen in § 28 Abs. 1 PolG BW und § 22 Abs. 1 SächsPolG verzichten auf das Unerlässlichkeitskriterium und sprechen stattdessen von einer Störung, die „auf andere Weise [...] nicht verhindert oder [...] nicht beseitigt werden kann“.

⁴⁴ *Schmidbauer/Steiner*, BayPAG, Art. 17 Rn. 30, der allerdings *de lege ferenda* einen gesetzgeberischen Verzicht auf das Unmittelbarkeitserfordernis fordert.

⁴⁵ § 55 Abs. 1 Nr. 2 SOG-MV (vgl. dagegen aber Nr. 3); § 20p Satz 1 Nr. 2 i.V.m. § 4a Abs. 1 Satz 2 BKAG: „Straftaten [...], die in § 129a Abs. 1 und 2 StGB bezeichnet und dazu bestimmt sind, die Bevölkerung auf erhebliche Weise einzuschüchtern, eine Behörde oder eine internationale Organisation rechtswidrig mit Gewalt oder durch Drohung mit Gewalt zu nötigen oder die politischen, verfassungsrechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Grundstrukturen eines Staates oder einer internationalen Organisation zu beseitigen oder erheblich zu beeinträchtigen, und durch die Art ihrer Begehung oder ihre Auswirkungen einen Staat oder eine internationale Organisation erheblich schädigen können“.

schwerwiegende Ordnungswidrigkeiten⁴⁶ mit ein („Gewahrsam zur Abwehr gesetzlich sanktionierter Verhaltensweisen“). Nur Baden-Württemberg und Sachsen belassen es bei den allgemeinen polizeirechtlichen Begriffen der Störung bzw. der Gefahr („Gewahrsam zur Gefahrenabwehr“),⁴⁷ die dann freilich auf der Ebene der Verhältnismäßigkeit entsprechend restriktiv auszulegen sind. Ausreichend für ein polizeiliches Einschreiten ist nach allgemeinen Grundsätzen bereits die Verwirklichung des *objektiven* Verbotstatbestands. Immerhin ein Drittel der Regelungen zum Verhinderungsgewahrsam enthält inzwischen nach bayerischem Vorbild Auslegungshilfen.⁴⁸ Dabei werden – mit Ausnahme von § 13 Abs. 1 HmbgSOG, der lediglich den „Wiederholungsstörer“ nennt – stets nahezu wortlautgleich drei Situationen umschrieben:⁴⁹ die Ankündigung oder Aufforderung zu Straftaten,⁵⁰ das Mitführen von Tatwerkzeugen⁵¹ und die „Störervergangenheit“.⁵²

⁴⁶ Ganz überwiegend wird eine „erhebliche Bedeutung für die Allgemeinheit“ gefordert (Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG; § 30 Abs. 1 Nr. 2 ASOG Bln; § 13 Abs. 1 Nr. 2 HbgSOG; § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW; § 14 Abs. 1 Nr. 2 RPfOG; § 13 Abs. 1 Nr. 2 SaarPolG; § 37 Abs. 1 Nr. 2 SOG LSA; § 204 Abs. 1 Nr. 2 LVwG SH; § 19 Abs. 1 Nr. 2 ThPAG; § 39 Abs. 1 Nr. 3 BPolG), vereinzelt ist stattdessen von einer „erheblichen Gefahr“ für die Allgemeinheit die Rede (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 BremPolG; § 18 Abs. 1 Nr. 2 NdsSOG), oder es wird auf die Eignung der Ordnungswidrigkeit abgestellt, „hinsichtlich ihrer Art und Dauer [...] den Rechtsfrieden nachhaltig zu beeinträchtigen“ (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 BbgPolG).

⁴⁷ § 28 Abs. 1 Nr. 1 PolG BW („erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung“); § 22 Abs. 1 Nr. 1 SächsPolG („erhebliche Störung der öffentlichen Sicherheit“); vgl. aber auch § 55 Abs. 1 Nr. 2 SOG-MV („gegenwärtige Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung“), dessen Verhältnis zu Nr. 1 unklar erscheint.

⁴⁸ Siehe *Rachor*, in: Lisken/Denninger, Handbuch, F Rn. 571 ff.: „gefahrenindizierende Tatbestandsmerkmale“. In Bayern eingeführt m.W.z. 1.4.1989 durch das 2. PAGÄndG vom 23.3.1989 (GVBl. S. 79).

⁴⁹ „Die Annahme, dass eine Person eine solche Tat begehen oder zu ihrer Begehung beitragen wird, kann sich insbesondere darauf stützen, dass [...]“, vgl. Art. 17 Abs. 1 Nr. 2 BayPAG; § 17 Abs. 1 Nr. 2 BbgPolG; § 13 Abs. 1 Nr. 2 HbgSOG; § 55 Abs. 1 Nr. 2 SOG-MV; § 37 Abs. 1 Nr. 2 SOG LSA; § 19 Abs. 1 Nr. 2 ThPAG.

⁵⁰ „[...] a) sie die Begehung der Tat angekündigt oder dazu aufgefordert hat oder Transparente oder sonstige Gegenstände mit einer solchen Aufforderung mit sich führt; dies gilt auch für Flugblätter solchen Inhalts, soweit sie in einer Menge mitgeführt werden, die zur Verteilung geeignet ist“.

⁵¹ „[...] b) bei ihr Waffen, Werkzeuge oder sonstige Gegenstände aufgefunden werden, die ersichtlich zur Tatbegehung bestimmt sind oder erfahrungsgemäß bei derartigen Taten verwendet werden, oder ihre Begleitperson solche Gegenstände mit sich führt und sie den Umständen nach hiervon Kenntnis haben musste“.

⁵² „[...] c) sie bereits in der Vergangenheit [BayPAG, SOG LSA, HbgSOG: „mehrfach“] aus vergleichbarem Anlass bei der Begehung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit als Störer betroffen worden [anders SOG-MV: „angetroffen worden; anders HbgSOG: „in Erscheinung getreten“; anders ThPAG, wo mit Gesetz vom 19.9.2013 die Worte „als Störer“ gestrichen wurden] ist und nach den Umständen [anders SOG-MV: „und Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass“] eine Wiederholung dieser Verhaltensweise zu erwarten ist“.

cc) Dauer und Ablauf

Der Ort, an dem der gefahrenabwehrrechtliche Präventivpolizeigewahrsam vollzogen wird, ist gesetzlich nicht vorgegeben, meist wird es sich dabei jedoch um Gewahrsamsräume (also Zellen) auf dem Polizeirevier handeln.⁵³ Soweit § 16a RPfPOG – ausdrücklich – den Vollzug des Gewahrsams in einer nicht polizeilichen Einrichtung des Landes gestattet, die hierfür geeignet ist und vom Innenministerium bestimmt wurde, müssen Sicherheit und Ordnung, der ordnungsgemäße Vollzug und die Rechte der festgehaltenen Person gewährleistet sein. Vor allem im Hinblick darauf, dass der Polizeigewahrsam im Wege der Amtshilfe auch in Justizvollzugsanstalten vollzogen werden kann,⁵⁴ enthalten heute sämtliche Polizeigesetze ausdrückliche Bestimmungen dahingehend, dass nicht nur eine Geschlechtertrennung stattfinden, sondern eine Unterbringung mit Straf- oder Untersuchungsgefangenen in demselben Raum nur mit Einwilligung des Betroffenen erfolgen soll. Darüber hinaus dürfen der festgehaltenen Person nur solche Beschränkungen auferlegt werden, die der Zweck der Freiheitsentziehung oder die Aufrechterhaltung der Ordnung im Gewahrsam erfordert.⁵⁵

Der Gewahrsam ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beenden, wenn sich herausstellt, dass er von Beginn an rechtswidrig war oder dies nachträglich wurde. Es handelt sich daher um bloße Klarstellungen, wenn das Gesetz die Freilassung anordnet, sobald der Grund für die Maßnahme weggefallen ist, ihre Fortdauer durch richterliche Entscheidung für unzulässig erklärt wird oder wenn nicht vor Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages die Fortdauer richterlich verfügt ist.⁵⁶ Nichts anderes gilt für die Vorschriften, welche die Aufhebung des Gewahrsams bei Zweckerreichung oder Unverhältnismäßigkeit ihrer Dauer deklarieren.⁵⁷ Eigenständigen normativen Gehalt haben lediglich diejenigen Bestimmungen, welche die Aufhebung unabhängig vom Unverzüglichkeitskriterium gebieten, wenn nicht binnen 24 Stunden nach dem Ergreifen die Vorführung vor den Richter (§ 35 Abs. 1

⁵³ Siehe auch die Bsp. bei *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 494: mobile Gefangenessammelstelle, Polizeifahrzeug, Reisebus, Krankenhauszimmer, Polizeikessel.

⁵⁴ Ausdrückliche Regelungen finden sich für diesen Fall in §§ 13b Abs. 4 HbgSOG, § 56 Abs. 6 SOG M-V, § 20 Abs. 5 NdsSOG und § 21 Abs. 4 ThPAG, wo die §§ 171, 173–175 sowie § 178 Abs. 3 StVollzG für entsprechend anwendbar erklärt werden.

⁵⁵ § 1 Abs. 1, 3 DVO PolG BW; Art. 19 Abs. 3 BayPAG; § 32 Abs. 3 ASOG Bln; § 19 Abs. 3 BbgPolG; § 15 Abs. 4 BremPolG; § 13b Abs. 3 HbgSOG; § 34 Abs. 3 HSO; § 56 Abs. 3, 4 SOG-MV; § 20 Abs. 4 NdsSOG; § 37 Abs. 3 PolG NRW; § 16 Abs. 3 RPfPOG; § 15 Abs. 3 SaarlPolG; § 22 Abs. 6 SächsPolG; § 39 Abs. 3 SOG LSA; § 205 Abs. 3, 4 LVwG SH; § 21 Abs. 3 ThPAG; § 41 Abs. 3 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG).

⁵⁶ Art. 20 Satz 1 BayPAG; § 33 Abs. 1 ASOG Bln; § 20 Abs. 1 BbgPolG; § 18 Abs. 1 BremPolG; § 13c Abs. 1 HbgSOG; § 35 Abs. 1 HSO; § 21 Satz 1 NdsSOG; § 38 Abs. 1 PolG NRW; § 17 Abs. 1 RPfPOG; § 16 Abs. 1 SaarlPolG; § 40 Abs. 1 SOG LSA; § 42 Abs. 1 Satz 1 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG).

⁵⁷ Zweckerreichung: § 28 Abs. 3 PolG BW, § 55 Abs. 5 SOG M-V, § 22 Abs. 7 SächsPolG; § 204 Abs. 5 LVwG SH; Unverhältnismäßigkeit: § 18 Abs. 1 Nr. 2 BremPolG.

Nr. 2 HSOG, § 18 Abs. 1 BbgPolG) oder gar eine richterliche Anordnung der Fortdauer der Freiheitsentziehung (§ 22 Nr. 3 ThPAG) erfolgt ist.

Einer der auffälligsten Unterschiede der diversen Gewahrsamsregelungen von Bund und Ländern ist die völlig unterschiedliche Handhabung der absoluten zeitlichen Obergrenze der Maßnahme. Während diese vereinzelt gar nicht ausdrücklich geregelt ist,⁵⁸ schwankt sie in den meisten Polizeigesetzen zwischen zwei Tagen und zwei Wochen.⁵⁹ Für die Sistierung zum Zwecke der Identitätsfeststellung, bei der es sich freilich nicht um einen Fall des Verhinderungs- oder Beseitigungsgewahrsams handelt, werden mehrheitlich abweichende Höchstgrenzen normiert.⁶⁰

dd) Garantien

Sämtliche Polizeigesetze sehen Informations- und Belehrungspflichten gegenüber der festgehaltenen Person vor, die jedoch in Gegenstand und Umfang variieren. Ausnahmslos alle einschlägigen Bestimmungen ordnen an, dass dem Betroffenen unverzüglich der Grund seiner Festnahme bekanntzugeben ist.⁶¹ Immerhin zwei Drittel der Gewahrsamsregelungen erstrecken die Mitteilungspflicht auf die unverzügliche Bekanntgabe der gegen den Polizeigewahrsam zulässigen Rechtsbehelfe.⁶² Dort, wo eine solche Bestimmung fehlt, dürfte sich aus der in § 25 VwVfG zum Ausdruck kommenden Betreuungs- und Fürsorgepflicht der Polizei

⁵⁸ § 18 Abs. 1 Nr. 3 BremPolG; § 204 Abs. 5 Satz LVwG SH.

⁵⁹ Zwei Tage bzw. nach Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages (so auch § 16 MEPolG): § 33 Abs. 1 Nr. 3 ASOG Bln; § 38 Abs. 1 Nr. 3 PolG NRW; § 20 Abs. 1 Nr. 3 BbgPolG (allerdings mit Verlängerungsmöglichkeit auf maximal vier Tage bei bestimmten Straftaten); vier Tage: § 40 Abs. 1 Nr. 3 SOG LSA; § 42 Abs. 1 Satz 2 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG); sechs Tage: § 35 Abs. 1 Nr. 3 HSOG; sieben Tage: § 17 Abs. 2 RPF-POG; acht Tage: § 16 Abs. 1 Nr. 3 SaarlPolG; zehn Tage: § 56 Abs. 5 Satz 3 SOG M-V; § 21 Satz 2 NdsSOG; § 22 Nr. 3 ThPAG; 14 Tage: Art. 20 Satz 2 Hs. 2 BayPAG; § 28 Abs. 3 Satz 5 Hs. 2 PolG BW; § 13 Abs. 1 Nr. 3 HbgSOG; § 22 Abs. 7 Satz 3 SächsPolG.

⁶⁰ Zwölf Stunden: § 33 Abs. 2 ASOG Bln; § 20 Abs. 2 BbgPolG; § 18 Abs. 2 BremPolG; § 13c Abs. 2 HbgSOG; § 35 Abs. 2 HSOG; § 38 Abs. 2 PolG NRW; § 16 Abs. 2 SaarlPolG; § 40 Abs. 2 SOG LSA; § 42 Abs. 2 BPolG; sechs Stunden: § 21 Satz 3 NdsSOG (Soll-Vorschrift).

⁶¹ § 28 Abs. 2 PolG BW; Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BayPAG; § 32 Abs. 1 ASOG Bln; § 19 Abs. 1 BbgPolG; § 17 Abs. 1 BremPolG; § 13b Abs. 1 HbgSOG; § 34 Abs. 1 HSOG; § 56 Abs. 1 SOG M-V; § 20 Abs. 1 NdsSOG; § 37 Abs. 1 PolG NRW; § 16 Abs. 1 RPF-POG; § 15 Abs. 1 SaarlPolG; § 22 Abs. 4 SächsPolG; § 39 Abs. 1 SOG LSA; § 205 Abs. 1 LVwG SH; § 21 Abs. 1 ThPAG; § 41 Abs. 1 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG). Die Einschränkungen in § 56 Abs. 1 SOG M-V und § 205 Abs. 1 LVwG SH, wonach diese Pflicht entfällt, wenn die Bekanntgabe sich für die Person nachteilig auswirkt, dürften zumindest für den Verhinderungs- und Beseitigungsgewahrsam ohne Bedeutung sein.

⁶² § 28 Abs. 2 PolG BW; Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 BayPAG; § 32 Abs. 1 ASOG Bln; § 19 Abs. 1 BbgPolG; § 17 Abs. 1 BremPolG; § 56 Abs. 1 SOG M-V; § 20 Abs. 1 NdsSOG; § 15 Abs. 1 SaarlPolG; § 22 Abs. 4 SächsPolG; § 205 Abs. 1 LVwG SH; § 41 Abs. 1 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG). Keine entsprechenden Bestimmungen finden sich dagegen im HbgSOG, HSOG, PolG NRW, RPF-POG, SOG LSA und im ThPAG.

und aus Art. 19 Abs. 4 GG immerhin ein Anspruch auf eine Belehrung über die aus dem Richtervorbehalt folgenden Rechte ergeben.⁶³ Lediglich drei Polizeigesetze ordnen explizit an, dass die festgehaltene Person darüber zu belehren ist, dass eine etwaige Aussage freiwillig erfolgt (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BayPAG; § 32 Abs. 1 ASOG Bln) bzw. dass sie sich zur Sache nicht zu äußern braucht (§ 17 Abs. 1 BremPolG). Diese Bestimmungen sollen lediglich deklaratorischen Charakter haben, weil eine entsprechende Belehrungspflicht bereits aus den allgemeinen Regelungen über die Befragung und Vernehmung folge.⁶⁴ Zu weit dürfte dagegen die Auffassung gehen, die hier wegen der bloßen Möglichkeit einer späteren Überleitung in eine Beschuldigtenvernehmung von vornherein die strafprozessualen Informationsrechte (§ 136 StPO) anwenden will.⁶⁵

Alle Polizeigesetze halten fest, dass der in Gewahrsam genommenen Person unverzüglich Gelegenheit zu geben ist, einen Angehörigen *oder* eine „Person ihres Vertrauens“ – im Ergebnis also *eine* Person ihrer Wahl⁶⁶ – zu benachrichtigen.⁶⁷ Die niedersächsische Regelung geht darüber hinaus, indem sie die Hinzuziehung des Benachrichtigungsadressaten zur Beratung der festgehaltenen Person zulässt. Mit Ausnahme der Regelung im RPFPOG enthalten allerdings sämtliche Gesetze einen ausdrücklichen Vorbehalt für den Fall, dass die Benachrichtigung den Zweck des Gewahrsams bzw. die Verhütung von Straftaten gefährden würde. Das Schrifttum geht davon aus, dass der praktische Anwendungsbereich dieser „Kontaktsperrre“ auf extreme Ausnahmefälle beschränkt ist. Sie komme allenfalls dort in Betracht, wo es um die Verhinderung künftiger Straftaten gehe (Verhinderungsgewahrsam), und scheidet im Hinblick auf Personen, für die aufgrund ihrer beruflichen Position oder ihrer Stellung im öffentlichen Leben eine besondere Redlichkeitsvermutung gelte, von vornherein aus. Abgesehen vom PolG BW ordnen schließlich alle Polizeigesetze – teils allerdings im Wege bloßer „Soll-Vorschriften“ – an, dass die Polizei selbst die Benachrichtigung (nur) übernimmt, wenn die festgehaltene Person nicht dazu in der Lage ist und sie nicht seinem mutmaßlichen Willen widerspricht. Üblicherweise wird in den Gesetzen außerdem klargestellt,

⁶³ *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 554 f.; weitergehend *Stoermer*, Gewahrsam, S. 192 f., der auch hier eine umfassende Belehrung über sämtliche aktuellen und nachträglichen Rechtsschutzmöglichkeiten fordert.

⁶⁴ *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 553, 234 ff.; zurückhaltender indes *Gusy*, NVwZ 1991, 618; noch pessimistischer, aber zu pauschal *Walther*, ZIS 2007, 470.

⁶⁵ So offenbar *Stoermer*, Gewahrsam, S. 192.

⁶⁶ So ausdrücklich § 20 Abs. 2 NdsSOG; siehe im Übrigen *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 556, wonach der Festgehaltene selbst bestimmt, wer Vertrauensperson ist. Enger dagegen die VollzBek zu Art. 19 BayPAG.

⁶⁷ § 1 Abs. 2 DVO PolG BW; Art. 19 Abs. 2 BayPAG; § 32 Abs. 2 ASOG Bln; § 19 Abs. 2 BbgPolG; § 18 Abs. 2 BremPolG; § 13b Abs. 2 HbgSOG; § 34 Abs. 2 HSOG; § 56 Abs. 2 SOG M-V; § 20 Abs. 2 NdsSOG; § 37 Abs. 2 PolG NRW; § 16 Abs. 2 RPFPOG; § 15 Abs. 2 SaarPolG; § 22 Abs. 5 SächsPolG; § 39 Abs. 2 SOG LSA; § 200 Abs. 2 LVwG SH; § 21 Abs. 2 ThPAG; § 41 Abs. 2 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG).

dass die Benachrichtigungspflicht bei einer richterlichen Freiheitsentziehung – selbstverständlich (vgl. Art. 104 Abs. 4 GG) – unberührt bleibt.⁶⁸

Die Möglichkeit der Verständigung und Hinzuziehung eines Bevollmächtigten bzw. eines Rechtsbeistands sehen lediglich vier Polizeigesetze ausdrücklich vor.⁶⁹ Abgesehen von der Regelung im BremPolG wird dieses Recht dort nicht alternativ, sondern kumulativ zu dem soeben behandelten Benachrichtigungsrecht gewährt. Es teilt dabei allerdings sowohl im BremPolG als auch im BbgPolG dessen Vorbehalt, wonach die Zwecke des Gewahrsams bzw. die Erfordernisse der Straftatverhütung nicht entgegenstehen dürfen – was freilich kaum je der Fall sein dürfte. Wo entsprechende Bestimmungen fehlen, besteht zumindest die Möglichkeit, einen Anwalt als Vertrauensperson im Wege des allgemeinen Benachrichtigungsrechts zu verständigen.⁷⁰ Außerdem soll sich aus § 14 Abs. 1, 4 VwVfG ein Anspruch auf Hinzuziehung eines Anwalts zur Beratung vor Ort ergeben können.⁷¹

Die Eventualität einer ärztlichen Intervention wird nur in zwei Polizeigesetzen ausdrücklich thematisiert: § 19 Abs. 4 BbgPolG bestimmt, dass im Fall der erkennbaren Erforderlichkeit medizinischer Behandlungen oder bei medikamentösem Bedarf des Betroffenen unverzüglich Maßnahmen einzuleiten sind, die auch die ärztliche Begutachtung der Gewahrsamsfähigkeit umfassen; § 22 Abs. 6 Satz 3 SächsPolG ordnet an, dass in Fällen, in denen der Gesundheitszustand der festgehaltenen Person Anlass zur Besorgnis gibt, eine ärztliche Untersuchung zu veranlassen ist. Vergleichbare Regelungen finden sich jedoch in den Verwaltungsvorschriften einiger Länder.⁷² Dort, wo entsprechende Regelungen fehlen, ergibt sich eine entsprechende polizeiliche Verpflichtung aus Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG: Das Verbot der körperlichen oder seelischen Misshandlung festgehaltener Personen enthält unter Berücksichtigung der staatlichen Schutzpflicht aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG das Gebot, den Gewahrsam so zu organisieren, dass keine gesundheitlichen Beeinträchtigungen entstehen, und ihn im Fall einer Haftunfähigkeit unverzüglich abzubrechen.⁷³

Ausdrückliche Protokollierungs- oder Aufzeichnungspflichten enthalten die Polizeigesetze nicht. Da jedoch die Strafverfolgungsbeamten im Streitfall die Rechtmäßigkeit ihres Handelns nachweisen müssen, trifft sie die Obliegenheit, die

⁶⁸ Diese Klarstellung fehlt – abgesehen vom PolG BW – nur im SOG M-V, SächsPolG und im LVwG SH.

⁶⁹ § 1 Abs. 2 DVO PolG BW; § 19 Abs. 2 BbgPolG (außer Zweckgefährdung); § 22 Abs. 4 SächsPolG; § 17 Abs. 2 BremPolG.

⁷⁰ Siehe etwa die VollzBek zu Art. 19 BayPAG.

⁷¹ Vgl. die in Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 17 f. Rn. 25 abgedruckte Stellungnahme.

⁷² Vgl. VwV PolG BW vom 18.7.1997 (zu § 28 Abs. 1 PolG BW), wonach es in Zweifelsfällen immer einer ärztlichen Beteiligung zur Feststellung der Haftfähigkeit bedarf.

⁷³ *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 559.

Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen verlässlich und nachvollziehbar festzuhalten. Umfassende Dokumentations- und Begründungspflichten folgen insbesondere aus Art. 19 Abs. 4 GG, da die für einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz gebotene volle Kontrolle von Grundrechtseingriffen in der Praxis nur möglich ist, wenn neben dem Ergebnis auch die Grundlagen der Entscheidung und ihr Zustandekommen zuverlässig erkennbar werden.⁷⁴ Dem entspricht die polizeiliche Praxis dadurch, dass Niederschriften und Haftbücher angefertigt werden, in denen der zugrunde gelegte Sachverhalt und das Vorliegen der gesetzlichen Gewährsamsvoraussetzungen angegeben sowie der zeitliche Verlauf der Maßnahme dokumentiert werden.⁷⁵ Ergänzend sei in diesem Zusammenhang auf die in einigen Polizeigesetzen explizit geregelte Befugnis zu einer offenen Beobachtung im Wege einer Bild- und ggf. Tonübertragung hingewiesen, die – wohlgerneht als Eingriffsmaßnahme – bei besonderen Anhaltspunkten zum eigenen Schutz der festgehaltenen Person zulässig ist.⁷⁶ Die sorgfältigste Regelung zur „Datenerhebung durch den Einsatz technischer Mittel in [...] Gewährsamseinrichtungen“ enthält § 16b RPfPOG, der nicht nur den Schutz der Intimsphäre unterstreicht und die Offenheit der Datenerhebung durch die Anzeige mittels eines optischen oder akustischen Signals konkretisiert (Abs. 1), sondern auch spezifische Dokumentationspflichten im Hinblick auf die zur Anordnung der Beobachtung führenden tatsächlichen Anhaltspunkte sowie Beginn und Ende der Maßnahme statuiert. In den Ländern, in denen eine ausdrückliche Eingriffsermächtigung hierfür fehlt, kann sich eine Befugnis zur offenen Bild- und Tonübertragung zum Schutz des Betroffenen (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) aus anderen Grundsätzen ergeben.⁷⁷

ee) Gerichtliche Kontrolle

Die wohl stärkste prozessuale Garantie gegen missbräuchliche Freiheitsentziehungen liegt in der Gewährleistung einer unverzüglichen richterlichen Kontrolle (Art. 104 Abs. 2 GG), die sich nach der Funktion des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts nicht auf eine bloße Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Verwaltungsentscheidung beschränkt, sondern dem Richter aufgibt, die Entscheidung über

⁷⁴ Vgl. BVerfG, Urte. vom 20.2.2001, Az.: 2 BvR 1444/00, Rn. 61–63 (juris) = BVerfGE 103, 142. Die Entscheidung betrifft zwar eine strafprozessuale Durchsuchung, ist aber im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG verallgemeinerungsfähig, vgl. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 26 bzgl. § 127 Abs. 2 StPO.

⁷⁵ Vgl. Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 22 Rn. 37.

⁷⁶ § 34 Abs. 3 Satz 4 HSOG; § 37 Abs. 3 Sätze 4 und 5 PolG NRW; § 16b RPfPOG; § 39 Abs. 4 SOG LSA (angefügt durch Gesetz vom 26.3.2013); § 204 Abs. 4 LVwG SH.

⁷⁷ Siehe für Bayern *Schmidbauer/Steiner*, BayPAG, Art. 19 Rn. 36, wonach hier nicht die Beschränkungsermächtigung aus Art. 19 Abs. 3 Satz 3 BayPAG einschlägig sei, sondern die allgemeinen Regelungen zur Videoüberwachung öffentlicher Einrichtungen aus Art. 49 BayPAG i.V.m. Art. 21a BayDSG bzw. aus Art. 32 Abs. 2 BayPAG.

die Freiheitsentziehung selbst zu treffen.⁷⁸ Daher verlangen sämtliche Gesetze,⁷⁹ dass die Polizei im Anschluss an die Ingewahrsamnahme unverzüglich eine richterliche Entscheidung über Zulässigkeit *und* Fortdauer des Gewahrsams herbeiführt,⁸⁰ sofern nicht anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde.⁸¹

„Unverzüglich“ bedeutet, dass die richterliche Entscheidung ohne jede sachlich nicht gerechtfertigte Verzögerung herbeizuführen ist. Dabei tritt die Höchstfrist des Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG nur als äußerste zeitliche Grenze für das Festhalten ohne richterliche Anordnung hinzu, ohne von der – im Regelfall deutlich strikteren – Verpflichtung zur unverzüglichen Befassung des Richters zu befreien.⁸² Sachlich gerechtfertigt sind lediglich unvermeidbare Verzögerungen, die etwa durch die räumliche Distanz, Transportschwierigkeiten, Registrierungs- und Protokollierungserfordernisse, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind, nicht jedoch Organisationsdefizite oder das Fehlverhalten einzelner Beamter.⁸³ Im Übrigen ist der Staat verpflichtet, durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen zu gewährleisten, dass ein zuständiger Richter jedenfalls zur Tageszeit und an Werktagen erreichbar ist, sowie dann, wenn aufgrund besonderer Umstände mit einem außergewöhnlichen Bedarf zu rechnen ist.⁸⁴ Unter normalen Umständen ist davon auszugehen, dass die richterliche Entscheidung jedenfalls während der üblichen Dienstzeiten nach sechs Stun-

⁷⁸ VGH Mannheim NVwZ-RR 2012, 346 m.w.N.; siehe aber *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 145, wonach der Richter allein über die Zulässigkeit der Aufrechterhaltung des Gewahrsams entscheide, nicht jedoch über die Rechtmäßigkeit der bisherigen Freiheitsentziehung.

⁷⁹ § 28 Abs. 3 Sätze 3–4 PolG BW; Art. 18 Abs. 1 BayPAG; § 31 Abs. 1 ASOG Bln; § 18 Abs. 1 BbgPolG; § 16 Abs. 1, 2 BremPolG; § 13a Abs. 1 HbgSOG; § 33 Abs. 1 HSOG; § 56 Abs. 5 SOG M-V; § 19 Abs. 1 NdsSOG; § 36 Abs. 1 PolG NRW; § 15 Abs. 1 RPfPOG; § 14 Abs. 1 SaarlPolG; § 22 Abs. 7 SächsPolG; § 38 Abs. 1 SOG LSA; § 204 Abs. 6 i.V.m. § 181 Abs. 4 LVwG SH; § 20 Abs. 1 ThPAG; § 40 Abs. 1 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG).

⁸⁰ Anders nur § 13a Abs. 1 HbgSOG: „Zulässigkeit oder Fortdauer“.

⁸¹ Anderenfalls würde die Freiheitsentziehung – im Widerspruch zur Individualschutzrichtung des Richtervorbehalts – unnötig verlängert. Diese eng auszulegende Ausnahmenvorschrift ist nicht einschlägig, wenn lediglich eine *Anhörung* des Betroffenen vor Wegfall des Gewahrsamsgrundes wegen trunkenheitsbedingter Vernehmungsunfähigkeit ausscheidet, da dies einer richterlichen Entscheidung nicht entgegensteht, VGH Mannheim NVwZ-RR 2012, 346. Vgl. auch VG Gera, Urt. vom 7.9.2005, Az.: 1 K 2240/04 (juris).

⁸² BVerfG, Beschl. vom 4.9.2009, Az.: 2 BvR 2520/07, Rn. 20 (juris).

⁸³ BVerfG, Beschl. vom 7.5.2009, Az.: 2 BvR 2367/07, Rn. 16 (juris).

⁸⁴ Vgl. den mit Gesetz vom 20.11.2012 (GBl. S. 625) neugefassten Art. 28 Abs. 4 Sätze 3–5 PolG BW; siehe außerdem OLG Frankfurt a.M. NVwZ-RR 2008, 244; ausf. zum Ganzen *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 144 ff.

den herbeigeführt sein muss, wobei jeweils drei Stunden für die polizeiliche und drei weitere Stunden für die richterliche Bearbeitung angesetzt werden können.⁸⁵

Trotz der öffentlich-rechtlichen Natur der Rechtssache sind nicht die Verwaltungsgerichte zuständig, da sämtliche Polizeigesetze von der ihnen nach § 40 Abs. 1 Satz 2 VwGO eröffneten Möglichkeit einer abdrängenden Sonderzuweisung Gebrauch gemacht haben, indem sie die Entscheidung über Zulässigkeit und Fortbestand des Gewahrsams in die Hände des Amtsrichters und damit der ordentlichen Gerichtsbarkeit gelegt haben. Hintergrund ist nicht etwa ein „Misstrauen“ gegenüber den Verwaltungsrichtern, sondern das Ziel einer möglichst zeit- und sachnahen Entscheidung, die bei Amtsrichtern wegen ihrer stärkeren zahlenmäßigen und räumlichen Präsenz und ihrer auch in anderem Zusammenhang bestehenden Zuständigkeit für Freiheitsentziehungen besser gewährleistet scheint.⁸⁶ Ganz überwiegend gehen die Polizeigesetze von einer örtlichen Zuständigkeit des Amtsgerichts aus, in dessen Bezirk der Gewahrsam vollzogen wird (Festhalteort); der Ort der Ingewahrsamnahme ist insoweit also regelmäßige irrelevant.⁸⁷

Näher geregelt ist das Verfahren vor dem Amtsrichter in den Vorschriften des 7. Buches des FamFG („Verfahren in Freiheitsentziehungssachen“, §§ 415–432 FamFG), die aufgrund von Verweisungen auch bei Freiheitsentziehungen auf Grundlage landesrechtlicher Vorschriften anwendbar sind.⁸⁸ Soweit jedoch einzel-

⁸⁵ *Schmidbauer/Steiner*, BayPAG, Art. 18 Rn. 16. Strenger offenbar *Podlech*, in: AK-GG, Art. 104 Rn. 27 sowie *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 69: zwei bis drei Stunden. Der von beiden Autoren in Bezug genommenen Entscheidung des OVG Münster (NJW 1980, 138) lässt sich eine solche Aussage jedoch nicht entnehmen. Nicht klar wird außerdem, ob in diese Frist die richterliche Bearbeitungszeit schon eingerechnet ist.

⁸⁶ *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 542; *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 103.

⁸⁷ Vgl. § 28 Abs. 4 Satz 1 PolG BW (in der durch das Gesetz vom 20.11.2012 herbeigeführten Neufassung); Art. 19 Abs. 3 Satz 1 BayPAG; § 18 Abs. BbgPolG; § 33 Abs. 2 HSOG; § 19 Abs. 3 NdsSOG; § 15 Abs. 2 RPfPOG; § 14 Abs. 2 SaarlPolG; § 38 Abs. 2 SOG LSA; § 204 Abs. 6 i.V.m. § 181 Abs. 4 LVwG SH; § 20 Abs. 2 ThPAG; § 40 Abs. 2 BPoG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG). Anders dagegen § 56 Abs. 5 Satz 4 SOG M-V und § 22 Abs. 8 SächsPolG (Ort der Festnahme), § 16 Abs. 3 BremPolG (wahlweise Ort der Festnahme, des Festhaltens oder der Dienststelle, auf die die Person verbracht wurde) sowie § 31 Abs. 3 ASOG Bln (stets AG Tiergarten) und § 13a Abs. 2 HbgSOG (stets AG Hamburg). Auch der m.W.z. 1.7.2013 neugefasste § 36 Abs. 2 PolG NRW stellt nicht mehr auf den Festhalteort ab, sondern auf den Ort, wo „die Freiheitsentziehung herbeigeführt wurde“. Wegen dieser Ausnahmen zu pauschal *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 544; *Müller*, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 104.

⁸⁸ Das FamFG vom 17.12.2008 (BGBl. I S. 2586) ist m.W.z. 1.9.2009 an die Stelle des gleichzeitig aufgehobenen FGG und des FreiEntzG getreten. Inzwischen haben die meisten Bundesländer ihre Verweisungsvorschriften aktualisiert, siehe § 28 Abs. 4 Satz 2 PolG BW (zuletzt geändert durch Gesetz vom 29.7.2014); Art. 18 Abs. 3 Satz 3 BayPAG; § 18 Abs. 2 BbgPolG (neugefasst durch Gesetz vom 16.5.2013); § 16 Abs. 3 BremPolG; § 33 Abs. 2 HSOG; § 56 Abs. 5 SOG-MV; § 19 Abs. 4 NdsSOG (neugefasst m.W.v. 31.12.2014 durch Gesetz vom 16.12.2014); § 36 Abs. 2 PolG NRW; § 15 Abs. 2 RPfPOG; § 14 Abs. 2 SaarlPolG (neugefasst m.W.v. 19.12.2014 durch Gesetz vom 12.11.2014);

ne Länder noch heute auf die mit Wirkung zum 1.9.2009 durch das FamFG ersetzten Regelungen des FreihEntzG verweisen,⁸⁹ bleiben nach Ansicht des BGH diese Vorschriften – ungeachtet ihres zwischenzeitlichen Außerkrafttretens auf Bundesebene – maßgeblich, da eine korrigierende Auslegung im Sinne einer Verweisung auf das FamFG ausscheidet.⁹⁰

Der Antrag der Polizeibehörde auf eine gerichtliche Entscheidung ist zu begründen und muss – neben Angaben zu Identität und gewöhnlichem Aufenthaltsort des Betroffenen – die Erforderlichkeit sowie die erforderliche Dauer der Freiheitsentziehung darlegen (§ 417 Abs. 2 FamFG). Vor seiner Entscheidung hat der Richter den Betroffenen persönlich anzuhören, es sei denn, hiervon wären nach ärztlichem Gutachten erhebliche gesundheitliche Nachteile zu befürchten, oder er leidet an einer übertragbaren Krankheit i.S.d. IfSG (§ 420 Abs. 1, 2 FamFG),⁹¹ Besonderheiten gelten teilweise auch für das Gericht im Bereitschaftsdienst.⁹² An dem grundsätzlich nicht-öffentlichen Verfahren (§ 170 Satz 1 GVG) können neben dem Betroffenen selbst bestimmte Familienangehörige (§ 418 Abs. 3 Nr. 1 FamFG) und eine von ihm benannte Person seines Vertrauens (§ 418 Abs. 3 Nr. 2 FamFG) beteiligt werden. Die Beteiligten haben in dem Verfahren insbesondere das Recht auf Anhörung vor Gericht (§ 420 FamFG), auf Akteneinsicht (§ 13 FamFG), auf Vertretung durch einen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten (§ 10 FamFG) sowie darauf, im Termin mit Beiständen zu erscheinen (§ 12 FamFG). Das Gericht hat ihnen im Rahmen der Verfahrensleitung Hinweise zu erteilen (§ 28 FamFG) und Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen (§§ 420, 34 FamFG).

Die Entscheidung ergeht durch zu begründenden Beschluss (§§ 38, 421 FamFG), in dem sich der Richter mit den tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen des

§ 22 Abs. 8 SächsPolG; § 38 Abs. 2 SOG LSA; § 204 Abs. 6 i.V.m. § 181 Abs. 4 LVwG SH; § 20 Abs. 2 ThPAG; § 40 Abs. 2 BPolG (i.V.m. § 20p Satz 2 BKAG).

⁸⁹ Siehe § 31 Abs. 3 ASOG Bln und § 13a Abs. 2 HbgSOG. Im Ergebnis besteht allerdings kein Unterschied, da § 3 Satz 2 FreihEntzG seinerseits auf die Verfahrensvorschriften des FGG verweist.

⁹⁰ Daher Unzulässigkeit der im FGG nicht vorgesehenen Rechtsbeschwerde zum BGH, siehe BGH NJOZ 2011, 2061; NJW 2011, 690. Da im Übrigen kaum Unterschiede bestehen, soll hier die Regelung im FamFG zugrunde gelegt werden.

⁹¹ Eine weitere Ausnahme sieht der mit Gesetz vom 29.7.2014 (GBl. S. 378) neugefasste Art. 28 Abs. 4 Satz 3 PolG BW für den Fall vor, dass die Person „rauschbedingt außerstande ist, den Gegenstand der persönlichen Anhörung durch das Gericht ausreichend zu erfassen und in der Anhörung zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen beizutragen“.

⁹² Vor allem für diesen Fall sieht § 419 FamFG die Möglichkeit der Bestellung eines Verfahrenspflegers zur Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen vor, sofern dessen Interessen nicht bereits von einem Rechtsanwalt oder einem anderen geeigneten Verfahrensbevollmächtigten vertreten werden (Abs. 1, 2). Zur Möglichkeit einer *telefonischen* Durchführung der persönlichen Anhörung und einer zunächst nur mündlichen Entscheidung durch das Gericht im Bereitschaftsdienst vgl. die mit Gesetz vom 20.11.2012 (GBl. S. 625) neugefassten und zuletzt durch Gesetz vom 29.7.2014 (GBl. S. 378) geänderten Art. 28 Abs. 4 Sätze 4–6 PolG BW.

Gewahrsams ausführlich zu befassen hat, da der Polizei im Hinblick auf die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe (insb. Unerlässlichkeit, unmittelbares Bevorstehen sowie Unverzüglichkeit der Befassung des Richters) weder eine Einschätzungsprärogative noch ein Beurteilungsspielraum zukommt. Wird die Freiheitsentziehung für zulässig erklärt und ihr Fortbestand angeordnet, so hat das Gericht unverzüglich einen Angehörigen des Betroffenen oder eine Person seines Vertrauens zu benachrichtigen (§ 432 FamFG; Art. 104 Abs. 4 GG).⁹³ Gegen den Beschluss kann nicht nur der Betroffene selbst, sondern auch etwaige am Verfahren beteiligte Familienangehörige und Vertrauenspersonen binnen eines Monats das Rechtsmittel der Beschwerde einlegen (§§ 59, 429 FamFG). Hilft das AG der Beschwerde nicht ab, so entscheidet das LG als Beschwerdegericht und zweite Tatsacheninstanz (§ 68 FamFG, §§ 72 Abs. 1 Satz 2, 119 Abs. 1 Nr. 1 lit. b GVG).⁹⁴ Einzelheiten regeln die §§ 58 ff. FamFG. Anders als unter der Geltung des FGG, wo als Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Beschwerdegerichts über die „sofortige Beschwerde“ eine „weitere Beschwerde“ zum OLG vorgesehen war (§ 28 Abs. 1 FGG),⁹⁵ eröffnet § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 FamFG die von einer vorherigen Zulassung unabhängige Möglichkeit einer Rechtsbeschwerde zum BGH (§ 133 GVG), der den Verfahrensgegenstand allerdings nicht mehr in tatsächlicher Hinsicht, sondern nur im Hinblick auf Rechtsfehler überprüft.⁹⁶ Dieselben Rechtsmittel stehen auch der Polizeibehörde zu, falls der Amtsrichter die Unzulässigkeit der Freiheitsentziehung feststellt oder deren Fortdauer ablehnt (§ 429 Abs. 1 FamFG).

Hat sich die Hauptsache vor oder nach Einlegung der Beschwerde gegen die Entscheidung des Amtsrichters durch die Freilassung erledigt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Betroffenen bei berechtigtem Interesse die Rechtsverletzung auch nachträglich feststellen (§ 62 FamFG). Angesichts der Eingriffsintensität von Freiheitsentziehungen wird das Feststellungsinteresse unter dem Gesichtspunkt der schwerwiegenden Grundrechtsbeeinträchtigung (§ 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) hier wohl kaum je zu verneinen sein.⁹⁷

Davon zu trennen ist die Frage, welche Rechtsschutzmöglichkeiten dem Betroffenen zustehen, wenn die Freiheitsentziehung beendet wird, ohne dass über-

⁹³ Dies gilt unabhängig von etwaigen bereits zuvor erfolgten polizeilichen Benachrichtigungen. Entsprechende Klarstellungen enthalten sämtliche Polizeigesetze mit Ausnahme des PolG BW, des SOG M-V, des SächsPolG und des LVwG SH.

⁹⁴ Soweit vereinzelte landesrechtliche Bestimmungen ein solches Beschwerderecht einräumen (§ 28 Abs. 4 Satz 6 PolG BW), haben sie lediglich deklaratorischen Charakter.

⁹⁵ So bis heute in den beiden Ländern, deren Polizeigesetze nach wie vor auf das FreiheitzG verweisen: ASOG Bln (vgl. § 31 Abs. 3 Satz 3) und HbgSOG.

⁹⁶ Art. 18 Abs. 3 Satz 3 Hs. 2 BayPAG schließt die Möglichkeit einer Rechtsbeschwerde aus, sodass dem Betroffenen hier nur zwei gerichtliche Instanzen offenstehen.

⁹⁷ So *Gutjahr*, in: BeckOK-FamFG, § 62 Rn. 21. Hiervon scheinen auch § 13a Abs. 2 Satz 3 HbgSOG und § 19 Abs. 2 NdsSOG auszugehen.

haupt eine richterliche Entscheidung über ihre Zulässigkeit ergangen ist.⁹⁸ Die Forderung einer Mindermeinung, wonach in diesem Fall unabhängig von einem Antrag des Betroffenen *automatisch* eine nachträgliche Entscheidung des Richters durch die Polizei einzuholen sei,⁹⁹ vermochte sich rechtspolitisch nicht durchzusetzen. Nach allgemeinen Grundsätzen muss jedoch trotz der Erledigung der polizeilichen Maßnahme bei einem berechtigten Interesse des Betroffenen auch unabhängig von einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung¹⁰⁰ die Möglichkeit bestehen, eine nachträgliche gerichtliche Feststellung der Rechtswidrigkeit des Polizeihandelns zu erlangen (Art. 19 Abs. 4 GG).¹⁰¹ Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, bleibt es dann jedoch mangels anderweitiger Rechtswegzuweisung beim Verwaltungsrechtsweg und den verwaltungsrechtlichen Klagearten (hier: Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO).¹⁰² Lediglich in Bayern, Berlin und Niedersachsen wird auch für diesen Fall eine Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte normiert. Das Verfahren richtet sich dort mithin auch insoweit nach FamFG (Bayern) bzw. FGG (Berlin und Niedersachsen). Für die Einlegung des Rechtsbehelfs ist eine Frist von einem Monat ab Beendigung der Freiheitsentziehung zu beachten. Zumindest in Bayern und Berlin wird die Zulässigkeit explizit vom Vorliegen eines berechtigten Interesses abhängig gemacht.

ff) Abgrenzung bei doppelunktionalen Maßnahmen

Obwohl Einigkeit darüber herrscht, dass sich die Abgrenzung von präventiv-polizeilichem Sicherheitsgewahrsam und strafprozessualer Festnahme nach der Zielsetzung des polizeilichen Handelns bestimmt, kann die Bestimmung der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten, da sich beide Maßnahmen meist weder in ihrem äußeren Erscheinungsbild (Festnahme und Verbringung auf Polizeirevier), noch im Hinblick auf die beteiligten Hoheitsträger (in der Regel Polizei¹⁰³ und Amtsrichter) unterscheiden lassen. Wegen der bereits thematisierten Durchdringung des Straf(prozess)rechts mit präventiven Elementen

⁹⁸ Siehe oben zu der in sämtlichen Polizeigesetzen zugunsten der festgehaltenen Person geregelten Ausnahme vom Richtervorbehalt, wenn anzunehmen ist, dass die Entscheidung des Richters erst nach Wegfall des Grundes der polizeilichen Maßnahme ergehen würde.

⁹⁹ *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 541; in diesem Sinn wohl auch *Franz*, NJW 1966, 240.

¹⁰⁰ Ausdrückliche Regelungen enthalten Art. 18 Abs. 2, 3 BayPAG; § 13a Abs. 2 Satz 4 HbgSOG; § 31 Abs. 2, 3 ASOG Bln; § 19 Abs. 2 NdsSOG.

¹⁰¹ BVerfG NJW 1998, 2131.

¹⁰² *Rachor*, in: Denninger/Rachor, Handbuch, E Rn. 541 f.; *Schenke*, Polizei- und Ordnungsrecht, Rn. 14; siehe etwa OVG Weimar LKV 1999, 511. Besonders deutlich ergibt sich dies aus der gesetzlichen Regelung in § 13a Abs. 2 Satz 4 HbgSOG sowie – im Umkehrschluss – aus § 28 Abs. 4 Satz 7 PolG BW.

¹⁰³ Zur sog. Doppelfunktion der Polizei als Behörde sowohl der Gefahrenabwehr (Polizeirecht) als auch der Strafverfolgung (§ 163 StPO) siehe *Emmerig*, DVBl. 1958, 338.

erweisen sich polizeiliche Freiheitsentziehungen, die äußerlich neutral bzw. mehrdeutig sind und objektiv sowohl der Strafverfolgung als auch der Gefahrenabwehr dienen (sog. doppelfunktionale Maßnahmen), als besonders problematisch, da bei ihnen sowohl der Anwendungsbereich des polizeirechtlichen Sicherheitsgewahrsams als auch der der vorläufigen Festnahme eröffnet sein kann.¹⁰⁴

Hinsichtlich des erst auf die Abwendung einer künftigen Straftat gerichteten Verhinderungsgewahrsams erscheinen Abgrenzungsprobleme zwar auf den ersten Blick ausgeschlossen, da diese polizeiliche Freiheitsentziehung per Definition zu einem Zeitpunkt ansetzt, in dem das Stadium des strafbaren Versuchs noch nicht erreicht, der Anwendungsbereich der strafprozessualen Eingriffsbefugnisse mithin verschlossen ist. Dass gleichwohl auch insoweit Überschneidungen möglich sind, ist der Existenz des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) geschuldet, der zwar tatbestandlich an eine bereits begangene oder versuchte Tat – als Anlassstat, die den Gegenstand der Strafverfolgung bildet – anknüpft, indes auf die Verhinderung der Wiederholung einer künftigen Straftat gleicher Art zielt.¹⁰⁵ Liegen die Voraussetzungen einer haftsichernden Festnahme wegen des Haftgrundes der Wiederholungsgefahr vor (§ 127 Abs. 2 i.V.m. § 112a StPO), so dürfte stets zugleich auch die Möglichkeit eines Einschreitens auf Grundlage des landesrechtlichen Präventivgewahrsams in Form des Verhinderungsgewahrsams eröffnet sein.

Da der Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) nicht nur die erneute Begehung bestimmter Straftaten gleicher Art erfasst, sondern auch die Verhinderung der Fortsetzung der (Anlass-)Tat einschließt, lässt sich ein entsprechender Überschneidungsbereich auch beim Verhältnis von vorläufiger Festnahme (§ 127 StPO) und dem auf die Beendigung der Fortsetzung einer Straftat gerichteten Beseitigungsgewahrsam identifizieren. Ungleich komplizierter als beim Verhinderungsgewahrsam verhält sich die Sache hier jedoch in erster Linie deshalb, weil in sämtlichen Situationen, in denen ein Beseitigungsgewahrsam in Betracht kommt, zugleich ein die Anwendbarkeit des strafprozessrechtlichen Instrumentariums eröffnender Anfangsverdacht vorliegt, der die Polizei im Fall des Hinzutretens der Festnahmevoraussetzungen nach §§ 127 ff. StPO auch zu einer vorläufigen Festnahme auf strafprozessualer Grundlage ermächtigt.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Zu diesen „Gemengelage“ statt vieler *Denninger*, in: ders./Rachor (Hrsg.), Handbuch, D Rn. 192 ff.; zu den Überschneidungen speziell von Terrorverdacht und Terrorgefahr und ihren Folgen siehe *Griesbaum/Wallenta*, NStZ 2013, 374 f.

¹⁰⁵ So überzeugend *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 90–96; instruktiv insoweit das von ihr zugrunde gelegte Verständnis des Begriffs „Gefahr im Verzug“ i.S.v. § 127 Abs. 2 StPO, S. 82, 85 ff.

¹⁰⁶ Hierbei handelt es sich – im Gegensatz zu den soeben aufgezeigten Überschneidungen, die sich aus dem Vorhandensein präventiver Fremdkörper (§ 112a StPO) in der StPO ergeben – um eine Konstellation, die der Diskussionen über die Behandlung doppelfunktionaler Maßnahmen üblicherweise zugrunde liegt und die sich dadurch kennzeichnet, dass die Abgrenzungsschwierigkeiten auf der Zweideutigkeit des tatsächlichen Geschehensablaufs beruhen, vgl. *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 99.

Verfolgt die Polizei mit der Fest- bzw. Ingewahrsamnahme (objektiv) sowohl Zwecke i.S.v. § 127 StPO (z.B. Haftbefehlssicherung) als auch präventiv-polizeiliche Ziele (Verhinderung der Wiederholung oder Beendigung der Straftat), so kommt der Frage nach der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage nicht nur wegen der unterschiedlichen tatbestandlichen Anforderungen und Garantien Bedeutung zu. Sie ist vielmehr auch im Hinblick auf die divergierenden Handlungsleitsätze (Opportunitätsprinzip versus Legalitätsprinzip), die Weisungsbefugnis der Staatsanwaltschaft (§ 161 Abs. 1 Satz 2 StPO) sowie die Rechtswegzuständigkeit relevant. Gleichwohl ist ihre Behandlung bis heute höchst umstritten.

Nach den allgemein für die Eingriffstätigkeit von Hoheitsträgern geltenden Grundsätzen soll vorliegend davon ausgegangen werden, dass es – zumindest bei konkreter Gleichrangigkeit des auf den grundrechtlichen Schutzpflichten basierenden, präventiv-polizeilichen Schutzauftrags im Verhältnis zum staatlichen Strafverfolgungsanspruch – der Entscheidung der Polizei überlassen bleibt, ob sie ihr Vorgehen auf § 127 StPO, auf Landespolizeirecht oder womöglich gar gleichzeitig auf beide¹⁰⁷ Ermächtigungsgrundlagen stützen möchte.¹⁰⁸ Aus dem Legalitätsprinzip ergibt sich keine Vermutung zugunsten der Wahl einer strafprozessualen Eingriffsermächtigung: Zum einen lässt die Straftaterforschungspflicht der Polizei (§ 163 Abs. 1 StPO) ihr Auswahlermessen hinsichtlich der für sachdienlich erachteten Ermittlungsmaßnahmen unberührt, zum anderen sind die Festnahmebefugnisse in § 127 StPO selbst als Ermessensnormen ausgestaltet; im Übrigen dürfte in den meisten Fällen, in denen ein Sicherheitsgewahrsam zulässig (weil „unerlässlich“) ist, zugleich eine Reduzierung des präventiv-polizeilichen Ermessens auf Null vorliegen (sog. Koppelungsvorschrift).¹⁰⁹ Umgekehrt besteht jedoch auch kein genereller Anwendungsvorrang des polizeirechtlichen Gewahrsams aus Gründen der Verhältnismäßigkeit, da die Annahme einer geringeren Eingriffsintensität aufgrund der Schuld- bzw. Wertneutralität des Polizeirechts nicht überzeugt.¹¹⁰ Sie erscheint

¹⁰⁷ A.A. die Alternativitätsthese der angeblich h.M., wenn man diese wie *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 100 – und entgegen BVerwG NVwZ 2001, 1285 – über die Frage der Rechtswegzuständigkeit hinaus auch für die Identifikation der einschlägigen Ermächtigungsgrundlage heranzieht. Die von *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 106–108 angeführten Gründe gegen ein (eingeschränktes) Wahlrecht der handelnden Polizeibeamten verfangen nur dann, wenn man ihnen die gleichberechtigte Zugrundelegung beider Ermächtigungsgrundlagen verwehrt. Wie hier *Ehlers*, in: Schoch u.a. (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 607; *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht, Rn. 191. A.A. *Achenbach*, JA 1981, 662 (allerdings vor Inkrafttreten von § 17 Abs. 2 GVG).

¹⁰⁸ So zutreffend *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht, Rn. 191, wo „einschränkend“ ergänzt wird, dass der erkennbare Wille der Polizeibeamten unbeachtlich ist und eine nachträgliche „Umetikettierung“ ausscheidet, wenn die Maßnahme nach ihrem Gesamteindruck eindeutig dem Bereich der Gefahrenabwehr oder der Strafverfolgung zuzuordnen ist; streng genommen liegt dann freilich gar keine doppelfunktionale Maßnahme mehr vor.

¹⁰⁹ Zum Begriff *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 48 f. Im Ergebnis wie hier *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 104.

¹¹⁰ So jedoch *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 109–115.

nicht nur im Hinblick auf die Unschuldsvermutung problematisch, sondern vernachlässigt vor allem, dass für die Freiheitsentziehung im Rahmen von §§ 127 ff. StPO eine kürzere Höchstdauer normiert ist, dass das Polizeihandeln dort der zusätzlichen Kontrolle der Staatsanwaltschaft untersteht und nicht zuletzt, dass die strafprozessualen Garantien zugunsten des Beschuldigten wegen der Unschuldsvermutung ein höheres Schutzniveau gewährleisten als das Polizeirecht.

In der Praxis wird die Auswahl der Rechtsgrundlage(n) in aller Regel sogleich intern dokumentiert und nach außen kommuniziert, da der Grund der Festnahme bei bzw. unverzüglich nach der Verhaftung (siehe oben sowie § 127 Abs. 3 i.V.m. § 114a StPO) mitzuteilen ist und die weiteren Abläufe prägt. Unabhängig davon muss es für die Annahme der Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach allgemeinen Grundsätzen ausreichen, wenn sämtliche formellen und materiellen Voraussetzungen wenigstens *einer* Eingriffsermächtigung erfüllt sind.¹¹¹ Eine Weisungsbefugnis des Staatsanwalts besteht nur, wenn die Polizeibeamten sich für ein Vorgehen (auch) auf strafprozessualer Grundlage entscheiden oder der Staatsanwalt von dem Sachverhalt Kenntnis erlangt und ein Ermittlungsverfahren einleitet. Bei der Frage nach der Rechtswegzuständigkeit – deren Brisanz bei Freiheitsentziehungen wegen der Sonderzuweisungen zugunsten der ordentlichen Gerichte ein wenig entschärft ist – wird überwiegend auf den im Wege einer Gesamtwürdigung aus ex ante-Sicht eines objektiven Beobachters zu ermittelnden Schwerpunkt der Maßnahme abgestellt, um zu einer eindeutigen Zuordnung zu gelangen.¹¹² Jedenfalls dann, wenn dies wegen der objektiven Mehrdeutigkeit und/oder der von der Polizei gleichberechtigt zugrunde gelegten Doppelzielrichtung nicht gelingt, ist indes von einem Wahlrecht des Betroffenen auszugehen.¹¹³ Eine Spaltung oder Verdoppelung des Rechtswegs droht dadurch nicht, da es sich bei der doppelunktionalen Maßnahme – als *einheitlicher* Eingriffshandlung, die als solche nur insgesamt rechtmäßig oder

¹¹¹ *Würtenberger/Heckmann*, Polizeirecht, Rn. 192 m.w.N. Wird (allein) die falsche Ermächtigungsnorm zugrunde gelegt, so ist die Maßnahme also am Maßstab der richtigen Rechtsgrundlage zu prüfen, vgl. OVG Saarland, Beschl. vom 7.8.2013, Az.: 3 A 295/13 (juris): „Wesensveränderung“ als Grenze. Auch wenn deren materielle Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, wird die Maßnahme häufig formell rechtswidrig sein (z.B. wegen inkorrektor Belehrung) oder aber an einem Ermessensfehler kranken. Vgl. auch OVG Münster BeckRS 2012, 45958 für einen Fall, in dem gar keine Rechtsgrundlage angegeben wurde. A.A. *Schenke*, NJW 2011, 2843 f.: zwei getrennt zu würdigende Maßnahmen.

¹¹² Im Anschluss an BVerwG NJW 1975, 893; vgl. etwa VGH Kassel BeckRS 2008, 30061. Beachte BVerwG NVwZ 2001, 1285, wonach die auf eine ausschließliche Zuordnung zielende Schwerpunkttheorie nur für die Rechtswegbestimmung gilt, nicht aber für sonstige Fragen, etwa den Aufwendungsersatz oder die materiell-rechtlichen Handlungsbefugnisse der Polizei. Siehe auch *Schenke*, NJW 2011, 2842 f.

¹¹³ VGH München BeckRS 2009, 41748 Rn. 11: „Nicht oder nur schwer lösbare und daher den Adressaten der Maßnahmen für seine Entscheidung der Rechtswegfrage u.U. unzumutbar belastende Abgrenzungsprobleme“; „ein wirklicher Zweifelsfall“. Z.T. wird weitergehend für eines generelles Wahlrecht plädiert, siehe *Ehlers*, in: Schoch u.a. (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 607.

rechtswidrig sein kann – um einen einheitlichen Streitgegenstand i.S.v. § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG handelt. Diesen prüft das mit der Sache befasste Gericht umfassend im Hinblick auf sämtliche in Betracht kommenden Ermächtigungsgrundlagen, also sowohl im Hinblick auf Landespolizeirecht als auch auf Strafprozessrecht.¹¹⁴

gg) Nachträglicher Austausch der Rechtsgrundlage

Anders verhält es sich, wenn präventive und repressive Zwecke nicht gleichzeitig innerhalb *einer* polizeilichen Maßnahme zusammentreffen, sondern sukzessive im Rahmen einer nur nach außen hin einheitlichen Freiheitsentziehung aufeinander folgen. Wie bei sonstigen einer „Aufspaltung“ zugänglichen polizeilichen Maßnahmenbündeln¹¹⁵ liegen hier unstreitig *zwei* gesondert zu betrachtende Hoheitsakte vor. Dies bedeutet, dass die verschiedenen Abschnitte der Freiheitsentziehung etwa im Hinblick auf die Frage der Weisungsbefugnis des Staatsanwalts oder der Rechtswegzuständigkeit nach den jeweils für sie maßgeblichen Grundsätzen getrennt zu beurteilen sind. Nachdem § 17 Abs. 2 Satz 1 GVG wegen der Verschiedenartigkeit der Streitgegenstände nicht anwendbar ist, muss der Betroffene die Sache ggf. vor den Gerichten beider Rechtswege anhängig machen, um das gesamte Polizeihandeln auf seine Rechtmäßigkeit hin überprüfen zu können.¹¹⁶

Dass ein nachträglicher Funktionswechsel zwischen präventiv-polizeilichem Sicherheitsgewahrsam und strafprozessualer Festnahme im Wege einer Auswechslung der Rechtsgrundlage in beide Richtungen unproblematisch zulässig ist, belegen zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung. Wird eine Person etwa zunächst auf landespolizeirechtlicher Grundlage in Gewahrsam genommen, bevor ihr zu einem späteren Zeitpunkt die vorläufige Festnahme im Sinne der StPO eröffnet wird, so begegnet dies keinerlei Bedenken.¹¹⁷ Umgekehrt kann auch ohne Weiteres im Anschluss an die Festnahme auf strafprozessualer Grundlage ein Präventivgewahrsam angeordnet werden, etwa dann, wenn nur dessen Voraussetzungen vorlie-

¹¹⁴ Ehlers, in: Schoch u.a. (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 607; *Württemberg/Heckmann*, Polizeirecht, Rn. 192; OVG Münster BeckRS 2012, 45958; a.A. *Schenke*, NJW 2011, 2843 f. sowie *Schenke*, FS für Knemeyer, S. 402 ff., der zwei verschiedene Akte und Streitgegenstände annimmt und den Betroffenen daher *kumulativ* auf die Verwaltungs- und die ordentlichen Gerichte verweist.

¹¹⁵ *Württemberg/Heckmann*, Polizeirecht, Rn. 190; Ehlers, in: Schoch u.a. (Hrsg.), VwGO, § 40 Rn. 607.

¹¹⁶ Siehe *Schenke*, NJW 2011, 2844.

¹¹⁷ So in BGH NSTZ 1988, 233, wo der Betroffene nach zwei Suizidversuchen zunächst zum Selbstschutz in Gewahrsam genommen worden war. Nachdem der Gewahrsamsgrund weggefallen war, vernahmten die Beamten ihn zunächst zum Verdacht einer anderen Tat. Erst daraufhin gingen sie auf die der späteren Verurteilung zugrunde liegende Sache über, belehrten ihn und erklärten seine Festnahme wegen Verdachts eines Tötungsdelikts.

gen, nicht dagegen die eines Haftbefehls.¹¹⁸ Wenngleich für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit ein objektiver ex ante-Maßstab anzulegen ist, dürfte sich der Erstakt in Fällen, in denen sich die ursprünglich angenommene Ermächtigungsgrundlage nachträglich als unrichtig erwiesen hat, nicht selten als rechtswidrig herausstellen.¹¹⁹

hh) Nutzung des Präventivgewahrsams für repressive Zwecke

Von der soeben behandelten Problematik zu unterscheiden ist die Frage, ob die mit einem präventiv-polizeilichen Sicherheitsgewahrsam verbundene (also bereits bestehende) Festhaltungssituation auch ohne Auswechslung der Rechtsgrundlage zu strafprozessualen Zwecken mit- oder ausgenutzt werden darf.¹²⁰ Diese Frage dürfte zu bejahen sei, soweit mit dem Hinzutreten der strafprozessualen Finalität weder ein eigenständiger Grundrechtseingriff noch eine Vertiefung bzw. Intensivierung des Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht aus Art. 2 Abs. 2, 104 GG einhergeht. Während es daher unbedenklich erscheint, wenn bei Festnahmen auf Grundlage präventiv-polizeilicher Bestimmungen eine zum Zwecke der Gefahrenabwehr andauernde Festhaltungssituation *auch* für strafprozessuale Zwecke genutzt wird – etwa um den Beschuldigten dem Richter zur Durchführung eines beschleunigten Verfahrens zuzuführen –, scheidet eine Aufrechterhaltung des Präventivgewahrsams *allein* zur Sicherung des beschleunigten Verfahrens oder zur Verfolgung sonstiger strafverfahrensrechtlicher Ziele aus, da dann ein legitimer gefahrenabwehrrechtlicher Zweck für den Fortbestand der polizeirechtlichen Maßnahme fehlt.¹²¹

Wiederum eine andere Frage ist es, ob und inwieweit die im Rahmen des Sicherheitsgewahrsams gewonnenen Erkenntnisse, namentlich selbstbelastende Aussagen und Geständnisse, in einem späteren Strafprozess gegen den Störer eingeführt und verwertet werden können. § 161 Abs. 2 Satz 1 StPO (Kriterium des hypothetischen Ersatzeingriffs) steht der Umwidmung nicht entgegen, da die Zulässigkeit der Fest-

¹¹⁸ So wohl bei VG Hannover BeckRS 2012, 54292, wo der Betroffene als Angehöriger einer Gruppe randalierender Ultras zunächst auf strafprozessualer Grundlage festgenommen und als Beschuldigter vernommen worden war, bevor der polizeiliche Präventivgewahrsam für die restliche Dauer der Bundesligabegegnung angeordnet wurde. Ähnlich die Situation in BGH BeckRS 2011, 17819, wo der Betroffene wegen aufenthaltsrechtlicher Verstöße zunächst gemäß § 127 Abs. 2 StPO festgenommen worden war: Nachdem die Staatsanwaltschaft der Polizei mitgeteilt hatte, dass sie keinen Haftantrag stellen werde, wurde die Freiheitsentziehung zur Vorbereitung der Abschiebungshaft aufgrund von § 62 Abs. 5 AufenthG bis zur Entscheidung des Amtsgerichts aufrechterhalten. Vgl. auch LG Rostock, Urt. vom 19.4.2012, Az.: 3 T 13/10, abrufbar unter www.polizeirecht.rav.de/index.php?sent=detail&id=121&t=e [Stand: 12/2014].

¹¹⁹ So z.B. in BGH BeckRS 2011, 17819.

¹²⁰ Umgekehrt ist es unschädlich, dass der vorläufigen Festnahme eine präventive Komponente immanent ist, wenn bei der haftbefehlssichernden Festnahme der Haftgrund des § 112a StPO vorliegt oder ein Vorfelddelikt den Gegenstand der Strafverfolgung bildet.

¹²¹ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 5.

nahme nicht auf bestimmte Straftaten, sondern lediglich auf bestimmte Situationen („frische Tat“ etc.) beschränkt ist. Bedenken könnten sich allerdings insoweit ergeben, als bei der präventiv-polizeilichen Vernehmung grundsätzlich keine Belehrungen nach §§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1, 55 Abs. 2 StPO stattfinden, obwohl doch zumindest im Fall des Beseitigungsgewahrsams bereits ein Anfangsverdacht vorliegt. Eine interessengerechte Lösung könnte hier der Ansatz bieten, der bei einer Verdichtung der Belastungsmomente zu einem dringenden Tatverdacht einen Missbrauch annimmt, wenn die Polizei den Betroffenen als bloßen Zeugen oder als Störer vernimmt, da ihm der Beschuldigtenstatus in diesem Fall willkürlich vorenthalten wird.¹²² Eine Beweisverwertung im Strafprozess müsste dann ebenso ausscheiden wie im Fall eines Verstoßes gegen § 136a StPO, dessen entsprechende Anwendbarkeit alle Polizeigesetze mit Ausnahme Hamburgs explizit anordnen.¹²³

c) Polizeiliche Vorführung

Ogleich der in §§ 133 ff., 163a Abs. 3 StPO geregelte Vorführbefehl in der Regel durch Polizeibeamte vollstreckt wird, steht diesen selbst weder eine entsprechende Anordnungsbefugnis zu noch darf die Vorführung zur Polizeiwache hin erfolgen.¹²⁴ Da Beschuldigte – genau wie Zeugen¹²⁵ – nicht verpflichtet sind, auf Aufforderung vor der Polizei zu erscheinen und/oder vor dieser auszusagen, stellt eine „polizeiliche Vorladung“ in rechtlicher Hinsicht nichts anderes dar als eine unverbindliche Bitte – es sei denn, es liegen die Voraussetzungen der §§ 127, 163b f. StPO vor.¹²⁶ Zwar ist die Polizei zu keiner besonderen Belehrung über die Freiwilligkeit der Mitwirkung verpflichtet, sie darf jedoch nicht in zurechenbarer Weise den Anschein einer entsprechenden Verpflichtung erwecken, da darin eine unzulässige Täuschung i.S.v. § 136a StPO liegen kann. Der – rechtlich zutreffende – Hinweis, dass bei Nichterscheinen eine richterliche oder staatsanwaltschaftliche Vernehmung mit Erscheinens- bzw. Aussagepflicht möglich sei, ist jedoch zulässig.¹²⁷

¹²² Zu dieser sog. Verdachtsinkulpation siehe *Roxin*, FS für Schöch, S. 833–837 m.w.N.; siehe speziell zur Terrorismusbekämpfung auch *Griesbaum/Wallenta*, NSTZ 2013, 376.

¹²³ § 35 Abs. 2 PolG BW; Art. 15 Abs. 4 BayPAG; § 18 Abs. 6 ASOG Bln; § 15 Abs. 4 BbgPolG; § 13 Abs. 4 BremPolG; § 12 Abs. 4 HSOG; § 50 Abs. 4 SOG-MV; § 12 Abs. 4 NdsSOG; § 10 Abs. 4 PolG NRW; § 9a Abs. 5 RPfPOG; § 11 Abs. 1 Satz 3 SaarlPolG; § 18 Abs. 9 SächsPolG; § 14 Abs. 5 SOG LSA; § 180 Abs. 2 Satz 2 LVwG SH; § 17 Abs. 4 ThPAG; § 20c Abs. 4 BKAG; § 22 Abs. 4 BPolG.

¹²⁴ BGH NJW 1962, 1020; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 226.2; *Geppert*, JURA 1991, 275.

¹²⁵ Zu den bereits mehrfach – zuletzt 2010 – erfolglos unternommenen Versuchen, entgegen der Kritik der ganz h.L. im Wege einer Gesetzesänderung eine Erscheinens- und Aussagepflicht des Zeugen vor der Polizei einzuführen, siehe *Müller*, GA 2011, 630 m.w.N.

¹²⁶ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 23.

¹²⁷ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163a Rn. 73, 74 m.w.N.

Zu Zwecken der Gefahrenabwehr kennen heute jedoch sämtliche Polizeigesetze die präventiv-polizeiliche Vorladung als Standardmaßnahme, die – entgegen früher vorherrschender Annahme¹²⁸ – auch ohne die Beteiligung eines Richters (oder Staatsanwalts) angeordnet und im Wege physischen Zwangs durchgesetzt werden kann.¹²⁹ Diese zwangsweise Vorführung setzt voraus, dass der Betroffene der Vorladung ohne hinreichenden Grund keine Folge geleistet hat und dass sie *entweder* zur Durchführung erkennungsdienstlicher Maßnahmen *oder* zur Abwehr einer konkreten Gefahr für eine Person (Leib, Leben oder Freiheit) erforderlich ist.¹³⁰ Lediglich in Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen und Sachsen-Anhalt behält das Gesetz die Anordnung der zwangsweisen Vorführung dem Richter vor, wenn kein Fall von Gefahr im Verzug besteht. Die übrigen Länder gehen davon aus, dass polizeilich angeordnete und durchgeführte Vorführungen unter Anwendung unmittelbaren Zwangs bei kurzer Dauer keine Freiheitsentziehungen, sondern bloße Freiheitsbeschränkungen i.S.v. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG darstellen. Der Richtervorbehalt des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG mit seinem Grundsatz der vorgängigen richterlichen Entscheidung soll für sie deshalb nicht gelten.¹³¹ Erst wenn die Vorführung dieses Maß an Eingriffsintensität überschreitet, schlägt sie in eine Freiheitsentziehung um; in diesem Fall beurteilt sich ihre Rechtmäßigkeit nach den Regelungen über den präventiv-polizeilichen Sicherheitsgewahrsam.

Anders als bei der strafprozessualen Vorführung kommt der Einsatz von Zwang zwar ohne vorhergehende Androhung (Vorladung) nicht in Betracht. Nachdem Letztere im Gegensatz zu § 133 StPO aber auch mündlich – also formlos – kommuniziert werden kann, dürfte die präventiv-polizeiliche Spontanvollstreckung der Vorladung de facto kaum weniger flexibel einsetzbar sein als die sofortige Vorführung nach § 134 StPO mit ihrem Schriftlichkeitsgrundsatz (Abs. 2) und dem Erfordernis des Vorliegens der Voraussetzungen des Haftbefehls (Abs. 1).¹³²

Nach allgemeiner Meinung scheidet eine Heranziehung der präventiv-polizeilichen Regelungen zum Zwecke der repressiven Strafverfolgung wegen des insoweit abschließenden Charakters der StPO zwar aus.¹³³ Im Hinblick auf die zunehmende Verwischung der Grenzen zwischen Prävention und Repression im

¹²⁸ *Schmidbauer/Steiner*, BayPAG, Art. 15 Rn. 1.

¹²⁹ Vgl. § 27 PolG BW; Art. 15 BayPAG; § 20 ASOG Bln; § 15 BbgPolG; § 12 BremPolG; § 11 HbgSOG; § 30 HSOG; § 50 SOG-MV; § 16 NdsSOG; § 10 PolG NRW; § 12 RPFPOG; § 11 SaarlPolG; § 18 SächsPolG; § 35 SOG LSA; § 199 LVwG SH; § 17 ThPAG; § 20f BKAG; § 25 BPolG.

¹³⁰ Nur in Bremen scheidet eine polizeiliche Vollstreckung der Vorladung zur Gefahrenabwehr aus. In Hamburg bedarf es einer konkreten Lebensgefahr. Baden-Württemberg begnügt sich dagegen mit der Gefährdung bedeutender Sach- oder Vermögenswerte.

¹³¹ Vgl. Ziff. 15.4 der VollzBek zu Art. 15 BayPAG. Siehe auch *Schmidbauer/Steiner*, BayPAG, Art. 15 Rn. 4–6 m.w.N. auch zu Gegenauffassungen.

¹³² Zur sofortigen Vollziehbarkeit der Vorladung siehe § 80 Abs. 2 Nr. 2 VwGO.

¹³³ BGH NJW 1962, 1020; *Diemer*, in: KK-StPO, § 133 Rn. 9 m.w.N.; *Roxin/Schiemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 23.

materiellen Strafrecht (Vorfeldkriminalisierungen) und die damit verbundene Vervielfachung der Überschneidungen im Anwendungsbereich von Strafprozessrecht und Polizeirecht (doppelfunktionale Maßnahmen) darf die praktische Bedeutung dieses Verbots jedoch nicht überbewertet werden.

4. Surrogate

a) *Absehen von der Festnahme (§ 127a StPO)*

Hat der Beschuldigte in Deutschland keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt und liegen die Voraussetzungen des Haftbefehls nur wegen Fluchtgefahr vor, so kann von der Anordnung oder Aufrechterhaltung der Festnahme abgesehen werden, wenn nicht damit zu rechnen ist, dass wegen der Tat eine Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßregel verhängt wird und der Beschuldigte eine angemessene Sicherheit für die zu erwartende Geldstrafe und die Verfahrenskosten leistet.

Primäres Ziel dieser als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstandenen Regelung ist es, durchreisenden Ausländern, die in Deutschland eine geringfügige Straftat begangen haben, die Möglichkeit zu geben, die haftbefehlsichernde Festnahme und die Untersuchungshaft abzuwenden.¹³⁴ Wegen ihrer Entstehungsgeschichte und ihres Zwecks soll die Regelung trotz des weiter gefassten Wortlauts nicht auf vagabundierende Deutsche ohne Auslandsbezug anwendbar sein.¹³⁵ Die Entscheidung über die Anwendung dieses Festnahmesurrogats trifft entweder der für die Festnahme zuständige Polizeibeamte bzw. Staatsanwalt oder der Richter, dem die Person im Rahmen des § 128 StPO vorgeführt wurde.¹³⁶

b) *Vorführbefehl (§§ 163a Abs. 3 Satz 2, 134 StPO)*

Als strafprozessuales Festnahmesurrogat kommt unter Umständen auch das – zu Strafverfolgungszwecken – nur dem Richter und der Staatsanwaltschaft zustehende Instrument der zwangsweisen Vorführung in Betracht. An eine solche ist insbesondere dann zu denken, wenn die Staatsanwaltschaft im Rahmen ihres Ermessens trotz Vorliegens der Voraussetzungen der Untersuchungshaft etwa aus kriminaltaktischen Gründen einstweilen von der Haftantragstellung absehen möchte, um zunächst die Ergebnisse einer noch ausstehenden Vernehmung abzuwarten. Hier ist der Vorführbefehl – und nicht die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung der vorläu-

¹³⁴ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127a Rn. 1; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127a Rn. 1, 10; enger *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127a Rn. 1, der die Vorschrift trotz ihres klaren Wortlauts nur als Surrogat der Untersuchungshaft, nicht aber der vorläufigen Festnahme begriff.

¹³⁵ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127a Rn. 2; a.A. *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127a Rn. 2 m.w.N.

¹³⁶ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127a Rn. 8; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127a Rn. 1.

figen Festnahme – das adäquate, weil weniger eingriffsintensive Mittel, um die Anwesenheit des Beschuldigten bis zum Ende seiner Vernehmung sicherzustellen.¹³⁷

B. Anordnung

1. Zuständigkeit

Die Beamten des Polizeidienstes und die Staatsanwaltschaft sind für alle Formen der vorläufigen Festnahme zuständig. Insbesondere steht auch ihnen die Jedermanns-Festnahmeberechtigung aus § 127 Abs. 1 StPO zu (arg. § 127 Abs. 2 StPO: „auch dann“), allerdings mit der Besonderheit, dass hier § 163b StPO für die Feststellung der Identität maßgeblich ist. „Beamte des Polizeidienstes“ sind nicht nur die als „Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft“ bezeichneten Beamtengruppen (§ 152 GVG), sondern alle Polizeibeamten des Bundes und der Länder unabhängig von ihrem Dienstgrad.¹³⁸ Die „Staatsanwaltschaft“ umfasst Bundes-, Staats- und Amtsanwälte, wozu bei entsprechender Übertragung auch Referendare gehören (§ 142 GVG).¹³⁹ Dem Richter steht außerhalb der Sitzung¹⁴⁰ nur das Jedermanns-Festnahmerecht aus § 127 Abs. 1 StPO zu. Für ein Tätigwerden als „Notstaatsanwalt“ (§ 165 StPO) dürfte kein Raum bestehen.¹⁴¹ Im Hinblick auf § 127 Abs. 2 StPO ist eine richterliche Eilkompetenz überflüssig, da der Richter bei Gefahr im Verzug von Amts wegen den Haftbefehl erlassen darf (§ 125 Abs. 1 StPO). Bei der örtlichen Zuständigkeit ist zu differenzieren: Während die Polizeibeamten und Staatsanwälte im Rahmen der Offizialfestnahme jeweils nur innerhalb ihres Amtsbezirks tätig werden dürfen, steht ihnen das Jedermanns-Festnahmerecht aus § 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StPO (Fluchtverdacht) im gesamten Bundesgebiet zu.¹⁴²

¹³⁷ *Fezer*, JR 1991, 86; *Nelles*, StV 1992, 387. Anders dagegen die umstrittene Lösung des BGH NSTZ 1990, 195, wonach in einem solchen Fall zwar nicht die Anordnung, immerhin aber die Aufrechterhaltung der vorläufigen Festnahme möglich sein soll, die Frist des § 128 Abs. 1 StPO also zur Vernehmung des vorläufig Festgenommenen und für weitere Ermittlungen ausgeschöpft werden darf (siehe unten C.2.b.bb.).

¹³⁸ Vgl. insb. § 12 Abs. 1 BPolG sowie §§ 399, 402, 404 AO.

¹³⁹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 40 f.

¹⁴⁰ Bei Straftaten in der Sitzung steht dem Richter vorläufiges Festnahmerecht aus § 183 GVG zu. Reichen die Maßregeln zur Anwesenheitssicherung nach § 231 Abs. 1 Satz 2 StPO nicht aus, so soll er darüber hinaus zur vorläufigen Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) befugt sein, weil es nicht sein könne, dass er in Bezug auf die von ihm abzuurteilende Tat weniger Rechte habe als der Staatsanwalt, *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 42.

¹⁴¹ So jedenfalls die h.M. zu §§ 127 Abs. 1 Satz 2, 163b Abs. 1 StPO, weil § 165 StPO die richterlichen Befugnisse nicht erweitere, sondern lediglich von dem Antragserfordernis der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren befreie, *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 43.

¹⁴² OLG Koblenz VR 2009, 32; *Kramer*, MDR 1993, 111; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 26; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 6; *Reuss*, Festnahmerechte, S. 36;

Eine Privatfestnahme gegen den erkennbaren Willen eines Polizeibeamten scheidet ebenso aus¹⁴³ wie eine polizeiliche Festnahme entgegen staatsanwaltschaftlicher Weisung (§ 161 StPO). Da der vorläufigen Festnahme in aller Regel Eilfälle zugrunde liegen, die ein sofortiges Einschreiten – häufig unter Anwendung von Zwang – gebieten, ist die praktische Bedeutung der staatsanwaltschaftlichen Kompetenz im Vergleich zu der polizeilichen Festnahmebefugnis gering.¹⁴⁴ Denkbar ist eine förmliche Anordnung der Festnahme durch den Staatsanwalt vor allem in solchen Fällen, in denen sich die Person zuvor bereits auf anderer Grundlage in polizeilicher Verwahrung befunden oder bei der Polizei aufgehalten hat und gegen die nun ein Ermittlungsverfahren eröffnet und ein Haftbefehl beantragt werden soll.

Eine Unterscheidung zwischen der Anordnung der Festnahme und der Entscheidung, die Freiheitsentziehung bis zur unverzüglichen Vorführung vor den Richter (§ 128 StPO) aufrechtzuerhalten ist dem deutschen Recht unbekannt. De facto dürfte allerdings ein in diesem Sinne zweistufiger Entscheidungsprozess – mit einer wenigstens konkludenten Bestätigung des vorübergehenden Fortbestands der Freiheitsentziehung – zumindest in solchen Fällen stattfinden, in denen im Anschluss an die Ergreifung ein ursprünglich nicht beteiligter Hoheitsträger interveniert. Wird etwa der von einer Privatperson (§ 127 Abs. 1 StPO) festgenommene Verdächtige zur Polizei verbracht¹⁴⁵ oder schaltet diese nach einer Festnahme die Staatsanwaltschaft ein, so liegt der Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung jedenfalls implizit eine entsprechende Willensbekundung der zweitbefassten Person zugrunde.

2. Straftatbezug und Adressat

a) Keine Anforderungen an die Schwere der Straftat

Der die Festnahme veranlassende Tatverdacht muss keine Straftat bestimmter Schwere zum Gegenstand haben. Für das Jedermanns-Festnahmerecht nach § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO hat der BGH dies inzwischen unmissverständlich klargestellt: Indem das Gesetz an die „Frische“ und nicht an die „Schwere“ der Tat anknüpfe, gelte die Festnahmebefugnis bei allen Verbrechen oder Vergehen unabhängig von der Gewichtigkeit der Tat und vom Wert der Beute.¹⁴⁶ Nichts anderes kann für die

enger (nur im jeweiligen Bundesland) *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 18; *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 98 f.

¹⁴³ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 18: Subsidiarität der „Staats-Nothilfe“.

¹⁴⁴ Ihre ausdrückliche Normierung trägt der gesetzlichen Rollenverteilung zwischen der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ und der ihren Weisungen unterworfenen Polizei Rechnung (§ 161 Abs. 1 StPO): Strafprozessuale Eingriffsbefugnisse, die zwar der Polizei, nicht jedoch der Staatsanwaltschaft zustehen, sind der StPO fremd.

¹⁴⁵ Der Privatfestnehmende ist stets verpflichtet, die Person unverzüglich einem Strafverfolgungsbeamten (Polizei oder Staatsanwaltschaft) zuzuführen, *Kramer*, MDR 1993, 111.

¹⁴⁶ BGH NStZ 2000, 603. In diesem Sinne auch *Kargl*, NStZ 2000, 14.

übrigen Festnahmegründe gelten, soweit deren gesetzliche Voraussetzungen erfüllt sind. Somit begegnet etwa die vorläufige Festnahme wegen des Verdachts des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 AufenthG)¹⁴⁷ selbst nach Inkrafttreten der EU-Rückführungsrichtlinie keinen grundsätzlichen Bedenken. Da diese nach Auffassung des EuGH nicht per se jede Strafbewehrung des unerlaubten Aufenthalts von Drittstaatsangehörigen verbietet, sondern lediglich die Androhung einer *Haftstrafe*,¹⁴⁸ bleiben die §§ 127 ff. StPO selbst im Fall einer unionskonform-korrigierenden Auslegung der Rechtsfolge von § 95 AufenthG – i.S.d. Unzulässigkeit einer Freiheitsstrafe – weiterhin anwendbar. Im Einzelfall können sich allerdings – namentlich bei der haftsichernden Festnahme gemäß § 127 Abs. 2 StPO – aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Hinblick auf das „Ob“ der Festnahme Schranken ergeben, vgl. §§ 112 Abs. 1 Satz 2, 113 StPO (siehe unten 5.). Zur Unanwendbarkeit der §§ 127 ff. StPO im Ordnungswidrigkeitenrecht siehe § 46 Abs. 3 Satz 1 OWiG; dieser schließt jedoch nicht das identifizierungssichernde Festhalterecht aus § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 163b, c StPO aus, welches bereits vor 1979 in dem ehemaligen § 54 OWiG vorgesehen war.¹⁴⁹

b) Festnahmegrundspezifische Anforderungen an den Verdachtsgrad

aa) Frische Tat (§§ 127 Abs. 1 Satz 1, 127b Abs. 1 StPO)

Voraussetzung für die Festnahme nach § 127 Abs. 1 und § 127b Abs. 1 StPO ist, dass der Festnahmeadressat auf frischer Tat betroffen oder verfolgt wird. Beiden Vorschriften liegt insoweit ein einheitliches Begriffsverständnis zugrunde.¹⁵⁰

„Tat“ i.S.d. Vorschriften ist jedes Verhalten, das strafrechtliche Sanktionen – nicht hingegen bloße Ordnungswidrigkeiten-Bußgelder (§ 46 Abs. 3 Satz 1 OWiG) – nach sich ziehen kann, mithin jedes Verbrechen und Vergehen, unabhängig von ihrer Schwere. Wegen der Möglichkeit der Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 71 StGB) reicht bereits das Vorliegen einer rechtswidrigen Tat (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) aus, die als solche freilich stets das Stadium des strafbaren Versuchs erreicht haben muss.¹⁵¹ In anderen Worten: Die Schuldunfähigkeit des Ertapten hindert nicht die Anwendung von § 127 StPO, zumal sie

¹⁴⁷ Vgl. den Sachverhalt, der LG Hamburg StV 2009, 485 zugrunde liegt.

¹⁴⁸ EuGH, Rs. C-61/11 PPU, *El Dridi*, NJOZ 2012, 837, 839 f.; Rs. C-329/11, *Achugh-babian*, BeckRS 2011, 81777; *Levade*, JCP G 2012, 1497; zu weitgehend, weil als Verbot jeglicher strafrechtlicher Sanktion verstehend, *Hörich/Bergmann*, NJW 2012, 3339.

¹⁴⁹ Siehe *Lampe*, in: KK-OWiG, § 46 OWiG Rn. 20 m.w.N.

¹⁵⁰ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 29; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127b Rn. 6.

¹⁵¹ Ob erkennbar strafunmündige Kinder festgenommen werden dürfen, um ihren Eltern zugeführt zu werden, ist streitig, im Hinblick auf das Strafverfolgungsziel des § 127 StPO jedoch abzulehnen, *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 8; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 6; *Bülte*, ZStW 121 (2009), 386; a.A. RGSSt 17, 127; *Verrel*, NStZ 2001, 286 f.

kaum je auf die Schnelle erkennbar sein wird.¹⁵² Liegt dem Verfahren eine Straftat zugrunde, die nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbare ist, so ist eine vorläufige Festnahme unabhängig davon auch schon vorher zulässig (§ 127 Abs. 3 StPO), sofern nicht ausnahmsweise bereits dort absehbar ist, dass die entsprechende Mitwirkungshandlung (Antrag etc.) ausbleiben wird.¹⁵³

Seit jeher kontrovers diskutiert wird die vor allem für das Notwehrrecht des (irrtümlich) Festgenommenen relevante Frage, ob die Tat wirklich begangen worden sein muss oder ob es ausreicht, dass die erkennbaren Umstände, also das äußere Erscheinungsbild der Tat unter Außerachtlassung aller außerhalb der sichtbaren Tat liegenden Indizien, einen dringenden oder vergleichbar hohen¹⁵⁴ Tatverdacht begründen. Überzeugender erscheint Letzteres, da die StPO aus guten Gründen weder „Täter“ noch „Taten“ kennt, sondern lediglich Verdächtige, Beschuldigte oder Verurteilte bzw. Taten *im Sinne von* Verdacht, Beschuldigung oder Verurteilung, und eine sachgerechte Verteilung des Irrtumsrisikos bei der strafrechtlichen Bewertung des Widerstands eines irrtümlich Festgenommenen auch auf andere Weise zu erzielen ist.¹⁵⁵ Auch wenn die Privatfestnahme im Mittelpunkt dieser Diskussion steht und die Argumentation (Überforderungsthese) prägt, kann für die Festnahme durch Hoheitsträger – als „jedermann“ i.S.v. § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO – letztlich nichts anderes gelten.¹⁵⁶ Deren beruflichen Sonderkenntnissen lässt sich durch eine entsprechende Erhöhung der Prognoseanforderungen Rechnung tragen, kommt es dabei doch ohnehin auf die ex ante-Sicht eines verständigen Beobachters in der konkreten Situation und mit vergleichbaren berufsbedingten Vorkenntnissen und Fähigkeiten an.

¹⁵² Kühne, Strafprozessrecht, § 26 Rn. 449.

¹⁵³ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 49.

¹⁵⁴ Bülte, ZStW 121 (2009), 387 f., 400 f. unterscheidet eine „enge“ (unzweifelhafter Tatverdacht nötig) und eine „weite Verdachtslösung“ (dringender Tatverdacht reicht) und folgt – im Anschluss an BayObLG MDR 1986, 956 – der Ersteren. Danach bedürfe es zwar keiner Sicherheit, d.h. nachträglich betrachtet wirklicher Täterschaft, ein lediglich „dringender Tatverdacht“ im Sinne der Voraussetzungen eines Haftbefehls genüge aber ebenfalls nicht. Vielmehr müsse die Zusammenschau aller erkennbaren äußeren Umstände im Tatzeitpunkt, also nur der wahrzunehmenden Teile ohne weitere Indizien, nach der Lebenserfahrung im Urteil des Festnehmenden ohne vernünftige Zweifel den Schluss auf eine rechtswidrige Tat zulassen. Ob sich daraus Unterschiede im praktischen Ergebnis ableiten lassen, erscheint angesichts des situativen Kontextes (Eilentscheidung) fraglich.

¹⁵⁵ In diesem Sinne Kargl, NSTZ 2000, 10. So auch Kühne, Strafprozessrecht, § 26 Rn. 450; Paeffgen, in: SK-StPO, § 127 Rn. 9 ff.; Schultheis, in: KK-StPO, § 127 Rn. 9; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 9 ff.; BGH (6. Zivilsenat) NJW 1981, 745; OLG Stuttgart, Beschl. vom 19.2.1990, Az.: 1 Ws 30/90 (juris); OLG Hamm NSTZ 1998, 370; OLG Zweibrücken NJW 1981, 2016; a.A. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 127 Rn. 4; OLG Hamm NJW 1972, 1826; 1977, 590; OLG Celle, Urt. vom 26.11.2014, Az.: 32 Ss 176/14 (juris).

¹⁵⁶ In diesem Sinne Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 18; Paeffgen, in: SK-StPO, § 127b Rn. 28; Schultheis, in: KK-StPO, § 127b Rn. 6; a.A. Goy, Vorläufige Festnahme, S. 101 Fn. 461.

„Frisch“ ist die Tat nur, während sie begangen wird und in einem kurz danach liegenden Zeitraum, dessen exakte Dauer einzelfallabhängig aber regelmäßig ungleich kürzer zu bemessen ist als die materielle Beendigungsphase des Delikts.¹⁵⁷ Damit wird die Festnahmebefugnis raumzeitlich auf ein Geschehen eingegrenzt, das dem Verdächtigen einwandfrei zugeordnet werden kann.¹⁵⁸ Ein „Betreffen auf frischer Tat“ liegt mithin vor, wenn der Verdächtige bei oder unmittelbar nach der Verwirklichung eines Straftatbestands am Tatort oder in dessen unmittelbarer Nähe gestellt wird. Wenngleich sich die Beobachtung nicht auf den gesamten Tathergang zu erstrecken braucht, müssen die wahrgenommenen Eindrücke nach der Lebenserfahrung ohne weitere Indizien auf die Begehung einer rechtswidrigen Tat schließen lassen. „Auf frischer Tat verfolgt“ wird der Verdächtige, wenn unmittelbar nach Entdeckung der kurz zuvor verübten Tat auf seine Ergreifung gerichtete Maßnahmen durchgeführt werden (Nacheile).¹⁵⁹ Nach überwiegender Ansicht unterliegt die Verfolgung als solche keiner zeitlichen Grenze, sofern sie nur in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Tat aufgenommen wurde.¹⁶⁰ Die von einer Mindermeinung postulierte Höchstdauer von 24 Stunden ab Entdeckung der frischen Tat findet im Gesetzeswortlaut keine Stütze.¹⁶¹ In personeller Hinsicht bedarf es keiner „Verfolgeridentität“ in dem Sinne, dass zur Festnahme nur derjenige berechtigt wäre, der die Tat selbst beobachtet und den Verdächtigen daraufhin verfolgt hat. Vielmehr reicht es aus, wenn Verfolgung und Festnahme auf die Entdeckung der frischen Tat durch einen anderen zurückgehen, wobei selbst die Zwischenschaltung weiterer „Mittelsmänner“ unschädlich ist („Verfolgerkette“).¹⁶²

bb) Dringender Tatverdacht bzw. dringende Gründe (§ 127 Abs. 2 StPO)

Indem die haftbefehlssichernde Festnahme an die Voraussetzungen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls anknüpft, wird das Erfordernis eines dringenden Tatverdachts bzw. dringender Gründe „inkorporiert“. Dabei verschiebt sich lediglich die Prognosekompetenz auf den Polizeibeamten bzw. die Staatsanwaltschaft.¹⁶³

Ein „dringender Tatverdacht“ i.S.v. § 112 Abs. 1 StPO liegt vor, wenn nach bisherigem Ermittlungsstand eine große Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Beschuldigte sich als Täter oder Teilnehmer einer Straftat schuldig gemacht hat

¹⁵⁷ A.A. *Reuss*, Festnahmerechte, S. 87: Tat ggf. auch noch nach Beendigung „frisch“.

¹⁵⁸ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 17; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 10; siehe außerdem *Kargl*, NStZ 2000, 10 f.; *Bülte*, ZStW 121 (2009), 401 f.

¹⁵⁹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 14 f.; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 11 f.

¹⁶⁰ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 14a; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 17.

¹⁶¹ So aber *Meincke*, Vorläufige Festnahme, S. 80.

¹⁶² *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 16; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 14a.

¹⁶³ *Nelles*, StV 1992, 385.

(retrospektive Prognose),¹⁶⁴ derentwegen er mit einer Verurteilung zu rechnen hat (prospektive Prognose).¹⁶⁵ Der Verdacht muss mithin eine prozessual verfolgbare, rechtswidrig und schuldhaft begangene bzw. versuchte Tat zum Gegenstand haben. Er entfällt bereits dann, wenn nicht behebbare Verfahrenshindernisse, Rechtfertigungs-, Schuld- und Strafausschließungsgründe als wahrscheinlich anzusehen sind.¹⁶⁶ Liegt dem Verfahren allerdings eine Straftat zugrunde, die nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbar ist, so ist die vorläufige Festnahme ungeachtet dessen auch hier schon vorher zulässig (§ 127 Abs. 3 StPO).¹⁶⁷

Erfolgt die Festnahme im Hinblick auf den Erlass eines Unterbringungsbefehls (§ 126a StPO), so bedarf es dringender Gründe für die Annahme, der Betroffene habe eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldunfähigkeit begangen (§§ 20, 21 StGB) und werde deswegen in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt (§§ 63, 64 StGB) untergebracht. Der Begriff „dringende Gründe“ entspricht dem des „dringenden Tatverdachts“, für beide Wahrscheinlichkeitsprognosen gelten daher dieselben Regeln.¹⁶⁸ Da die Voraussetzungen von Haft- und Unterbringungsbefehl bei vermindelter Schuldunfähigkeit kumulativ vorliegen können, sind auch im Rahmen des § 127 Abs. 2 StPO Überschneidungen des Anwendungsbereichs der beiden insoweit gleichberechtigt nebeneinanderstehenden Festnahmevarianten möglich.¹⁶⁹

Der hier erforderliche Verdachtsgrad ist ungleich intensiver als der für die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens ausreichende „einfache Anfangsverdacht“, für den jeder auf konkrete Tatsachen gestützte und auf kriminalistischer Erfahrung beruhende Verdacht einer verfolgbaren Straftat genügt. Zumindest was die Intensität des Verdachtsgrades anbelangt, sind die Anforderungen sogar höher als bei dem für die Anklageerhebung und Eröffnung der Hauptverhandlung erforderlichen „hinreichenden Tatverdacht“, der sich mit einer einfachen Verurteilungswahrscheinlichkeit begnügt.¹⁷⁰ Die Aussagekraft des Vergleichs dieser beiden Verdachtsgrade wird allerdings nicht nur durch den anderen Beurteilungszeitpunkt und damit die ungleiche Beurteilungsbasis relativiert, sondern auch durch die unterschiedlichen

¹⁶⁴ BVerfG NJW 1996, 1049 f.; BGH NStZ 1992, 449 m. Anm. *Baumann*; BGH NStZ 1981, 94; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 3.

¹⁶⁵ Streitig ist, ob im Rahmen des § 112 StPO die (hohe) Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung zu fordern ist, oder ob bereits deren Möglichkeit ausreicht. Für Letzteres spreche die Unschuldsvermutung, *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 56; so auch *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 3. A.A. wohl *Nelles*, StV 1992, 385. Differenzierend *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 17 (der die a.A. jedoch als „h.M.“ bezeichnet).

¹⁶⁶ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 3; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 16.

¹⁶⁷ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 49.

¹⁶⁸ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 126a Rn. 3.

¹⁶⁹ Zum Verhältnis von § 112 und § 126a StPO siehe *Schultheis*, in: KK-StPO, § 126 Rn. 2.

¹⁷⁰ *Graf*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 6; siehe auch *Kühne*, NJW 1979, 618.

Bezugspunkte der Wahrscheinlichkeitsprognose. Während diese sich im Rahmen des § 112 Abs. 1 StPO – zumindest primär – auf die Frage der Tatbegehung bezieht (retrospektive Prognose), steht bei §§ 170 Abs. 1, 203 StPO die Aussicht auf eine Verurteilung im Vordergrund (prospektive Prognose).¹⁷¹ Die Bejahung des dringenden Tatverdachts erfordert selbstverständlich nicht die für die Verurteilung nötige und vereinzelt auch im Rahmen von § 127 Abs. 1 StPO geforderte volle Überzeugung (§ 261 StPO), dass der Beschuldigte den Straftatbestand erfüllt hat. Aus erwiesenen oder mit hoher Wahrscheinlichkeit vorliegenden Umständen kann vielmehr auch auf andere entscheidungserhebliche Tatsachen, insbesondere den subjektiven Tatbestand geschlossen werden. Dazu darf auch auf allgemeine kriminalistische und strafprozessuale Erfahrungen zurückgegriffen werden.¹⁷²

Als Beurteilungsgrundlage der Prognoseentscheidung kommen nur „bestimmte Tatsachen“ in Betracht. Das sind insbesondere sämtliche im Zeitpunkt der Festnahmeentscheidung vorliegenden gerichtsverwertbaren Ermittlungsergebnisse, keinesfalls hingegen lediglich bloße Vermutungen.¹⁷³ Im Übrigen gilt auch hier der Grundsatz, dass der Sachverhalt unter Benutzung möglichst tatnaher Beweismittel aufzuklären ist. Sind sie in bestimmtem Umfang nachprüfbar bzw. nachvollziehbar, so können jedoch auch dienstliche Auskünfte oder Mitteilungen von Geheimdiensten einen dringenden Tatverdacht begründen.¹⁷⁴

Wenngleich die polizeiliche bzw. staatsanwaltschaftliche Prognoseentscheidung grundsätzlich identischen Anforderungen unterliegt wie die richterliche Haftentscheidung, sind im Rahmen der objektivierten ex ante-Perspektive, die für die Beurteilung des dringenden Tatverdachts maßgeblich ist, die aus dem spezifischen situativen Kontext der Festnahme (Eilentscheidung) folgenden Besonderheiten zugunsten der eingreifenden Strafverfolgungsbeamten zu berücksichtigen.

cc) Anfangsverdacht (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b f. StPO)

Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 2 StPO gilt für die Feststellung der Identität durch Beamte des Polizeidienstes und durch Staatsanwälte § 163b Abs. 1 StPO, der eine abweichende Sonderregelung für das mit der Identitätsfeststellung verbundene Festhalterecht enthält (§ 163b Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 163c StPO). Hier kommt es weder auf das Vorliegen einer „frischen Tat“ noch auf einen „dringenden Tatverdacht“ bzw. „dringende Gründe“ an, vielmehr reicht – wie etwa bei der Durchsuchung gemäß § 102 StPO – jeder einfache (Anfangs-)Verdacht i.S.v. § 160 StPO: Erforderlich sind (lediglich) konkrete tatsächliche Anhaltspunkte, die auf Grund-

¹⁷¹ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 3; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 19; *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 39.

¹⁷² *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 20 f.

¹⁷³ Ebda.

¹⁷⁴ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 8. Siehe BGH NSTZ 1992, 449 m. Anm. *Baumann*.

lage kriminalistischer Erfahrung die Annahme eines verfolgbaren Verbrechens oder Vergehens rechtfertigen. Geringe und ungewisse Indizien genügen, nicht jedoch nur vage Hinweise.¹⁷⁵ Anders als im Rahmen von §§ 127 ff. StPO muss der Verdacht nicht zwingend auf dem Adressaten der Freiheitsentziehung lasten, sondern kann sich auch gegen Dritte oder gegen unbekannt richten (vgl. § 163b Abs. 2 StPO). Da nach dem Verfahrenssicherungszweck der Vorschrift jeder erfasst werden soll, gegen den ein Strafverfahren in Betracht kommt – und sei es auch nur im Hinblick auf die Verhängung von Maßregeln der Besserung und Sicherung –, fallen auch Schuldunfähige unter den Begriff des Tatverdächtigen i.S.v. § 163b Abs. 1 StPO.¹⁷⁶ Liegt dem Verfahren eine Straftat zugrunde, die nur auf Antrag, mit Ermächtigung oder auf Strafverlangen verfolgbar ist, so ist unter Rückgriff auf § 127 Abs. 3 StPO eine vorläufige Festnahme nichtsdestotrotz auch hier schon vorher zulässig.¹⁷⁷

Entsprechendes gilt im Rahmen des § 111 StPO (Kontrollstellen), wo im Fall eines auf bestimmten Tatsachen beruhenden Verdachts Identitätsfeststellungen gegenüber jedermann zulässig sind. Während die Schwere der Straftat bei §§ 163b, c StPO keine Rolle spielt, kommt die grundsätzlich dem Richter vorbehaltene Einrichtung von Kontrollstellen nur bei Straftaten nach § 129a, auch in Verbindung mit § 129 Abs. 1, einer der darin bezeichneten Straftaten oder einer Straftat nach § 250 Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht.

3. Zulässige Zwecke und korrespondierende Voraussetzungen

Der gesetzlichen Regelung der vorläufigen Festnahme ist eine (und sei es auch nur gedankliche) Unterscheidung zwischen den Gründen des Ergreifens und denen des weiteren Festhaltens des Betroffenen unbekannt. Da das Gesetz offenbar von einer Identität der zulässigen Motive ausgeht, erscheint es nur konsequent, dass sich das Schrifttum bei der Analyse der Ziele dieser strafprozessualen Freiheitsentziehung ausschließlich für die in §§ 127 Abs. 1, 2, 127b Abs. 1 StPO ausdrücklich normierten Festnahmegründe interessiert. Diesem Ansatz soll auch an dieser Stelle – zumindest bei der Untersuchung der Anordnungsvoraussetzungen der Maßnahme – gefolgt werden, da ein strafprozessuales Festhalterecht der Polizei ohne vorherige Ergreifung auf Grundlage von §§ 127 ff. StPO nicht in Betracht kommt. Bei der Würdigung ihrer Dauer werden dagegen auch und gerade die Gründe, die nach umstrittener höchstrichterlicher Rechtsprechung den Fortbestand der Freiheitsentziehung rechtfertigen, in die Betrachtung einzubeziehen sein.

Die vorläufige Festnahme setzt das Vorliegen mindestens eines der folgenden vier abschließend im Gesetz genannten Motive voraus: Fluchtverdacht (§ 127

¹⁷⁵ BGH NStZ 2000, 154; *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163b Rn. 9.

¹⁷⁶ *Achenbach*, JA 1981, 662 f.

¹⁷⁷ Zur Anwendbarkeit *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 6.

Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StPO), die Unmöglichkeit einer sofortigen Identitätsfeststellung (§ 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1; Satz 2 i.V.m. §§ 163b, c StPO), die Sicherung der Untersuchungshaft bzw. einstweiligen Unterbringung (§ 127 Abs. 2 StPO) und/oder die Anwesenheitssicherung zur Durchführung des beschleunigten Verfahrens (§ 127b Abs. 1 StPO). Wenngleich die Regelung im Vergleich zur Untersuchungshaft insofern disparater wirkt, als – anstelle einer konzentrierten, weitgehend katalogartigen Aufzählung von als solchen bezeichneten Haftgründen – die zulässigen Motive für die vorläufige Festnahme über mehrere, teils räumlich getrennte Vorschriften verteilt sind, entsprechen Festnahmegründe i.S.v. §§ 127 ff. StPO und Haftgründe i.S.v. §§ 112 ff. StPO einander funktional, indem sie die Zulässigkeit der Freiheitsentziehung auf bestimmte finale Kriterien eingrenzen.¹⁷⁸

a) Anwesenheitssicherung

Im Fall von Fluchtverdacht erlaubt § 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StPO „jedermann“ – also Strafverfolgungsbeamten wie Privatpersonen – die Festnahme einer auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten Person. Die Freiheitsentziehung dient hier, ebenso wie beim Haftgrund der „Fluchtgefahr“ in § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO, der Anwesenheitssicherung.¹⁷⁹ Sie kann hierfür auch dann noch erforderlich sein, wenn die Identität des Betroffenen bereits bekannt ist.¹⁸⁰

Nach h.M.¹⁸¹ ist der Festnahmegrund des Fluchtverdachts in § 127 StPO großzügiger auszulegen als sein Pendant in § 112 StPO: Er soll bereits dann einschlägig sein, wenn nach den erkennbaren Umständen, insbesondere dem Verhalten des Betroffenen, aus Sicht des Festnehmenden davon auszugehen ist, jener werde sich dem Strafverfahren durch Flucht entziehen, wenn er daran nicht durch eine alsbaldige Festnahme gehindert wird.¹⁸² Es kommt also nicht auf das objektive Vorliegen von Fluchtgefahr an, sondern auf die Eindrücke der konkreten Situation, in der die Augenblicksentscheidung der Festnahme getroffen wird.¹⁸³ Der Strafverfolgung entzieht sich jemand, wenn anzunehmen ist, er werde seinen ständigen oder regelmäßigen Wohn- oder Aufenthaltsort verändern oder sich sonst für längere Zeit verborgen halten, sodass er für die Strafverfolgungsorgane nicht oder nicht ohne Weiteres zu erreichen ist. Das bloße Verlassen des Tatorts ist ihm von Gesetzes wegen nicht verwehrt, wenn seine Identität bekannt ist.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Vgl. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 18.

¹⁷⁹ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 16; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 18.

¹⁸⁰ BayObLG NSTZ-RR 2002, 336.

¹⁸¹ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 10; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 16; *Frister*, in: Denninger/Rachor (Hrsg.), Handbuch, F Rn. 198; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 3.

¹⁸² *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 10; BayObLG NSTZ-RR 2002, 336.

¹⁸³ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 16; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 15.

¹⁸⁴ BGH, Urt. vom 5.11.1970, Az.: 4 StR 349/70 (juris); Urt. vom 11.6.1991, Az.: 1 StR 242/91 (juris).

Obgleich das im Verhältnis zu § 112 StPO weitere Begriffsverständnis meist auch damit begründet wird, dass festnehmende *Privatpersonen* in stärkerem Maße als Strafverfolgungsorgane der Gefahr einer Überforderung durch die Festnahmesituation ausgesetzt sind,¹⁸⁵ besteht nach hier vertretener Auffassung keine Veranlassung für eine nach der Festnahmeperson differenzierende, uneinheitliche Auslegung des Begriffs des Fluchtverdachts. Vielmehr kann den erhöhten Prognoseanforderungen, die an den berufsmäßigen Strafverfolger aufgrund seiner Sonderfähigkeiten und Sonderkenntnisse zu stellen sind, auch hier nach allgemeinen Grundsätzen dadurch hinreichend Rechnung getragen werden, dass der Beurteilungsmaßstab entsprechend strenger gehandhabt wird.

b) Identitätsfeststellung

Eine Festnahme ist auch zum Zweck der Identitätsfeststellung zulässig. Das Gesetz differenziert dabei jedoch im Hinblick auf die Person des Festnehmenden.

aa) Privatfestnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StPO)

Privatpersonen sind als „jedermann“ i.S.v. § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO zur vorläufigen Festnahme von auf frischer Tat betroffenen oder verfolgten – also *wenigstens* dringend tatverdächtigen – Personen befugt, wenn deren Identität nicht sofort, also augenblicklich und an Ort und Stelle,¹⁸⁶ festgestellt werden kann. Eine Unmöglichkeit zur sofortigen Identitätsfeststellung liegt insbesondere dann vor, wenn der Betroffene Angaben zur Person verweigert oder zur Vorlage gültiger Ausweispapiere außerstande ist.¹⁸⁷ Die Festnahmebefugnis besteht generell immer dann, wenn die für eine wirksame Strafverfolgung erforderlichen Personalien nicht in einer vernünftige Zweifel ausschließenden Weise vor Ort überprüft werden können.¹⁸⁸ So erlauben etwa weder der Führerschein, noch das amtliche Kfz-Kennzeichen eine zweifelsfreie Identifizierung, zu der zumindest in Großstädten auch die Kenntnis der Wohnanschrift gehört.¹⁸⁹ Steht die Identität dagegen zweifelsfrei fest, so scheidet eine Festnahme zu ihrer Feststellung aus.

¹⁸⁵ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 21.

¹⁸⁶ A.a.O., § 127 Rn. 22.

¹⁸⁷ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 17.

¹⁸⁸ Vgl. RGSt 27, 198, 199.

¹⁸⁹ OLG Hamburg MDR 1964, 778; BayObLG NSTz-RR 2002, 336; a.A. bzgl. Führerschein AG Hannover StV 2006, 321; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 16.

bb) Offizialfestnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 163b f. StPO)

Die Identitätsfeststellung durch Beamte des Polizeidienstes und durch Staatsanwälte ist gemäß § 127 Abs. 1 Satz 2 StPO in § 163b Abs. 1 StPO geregelt. Da die §§ 163b Abs. 1 Satz 2, 163c StPO ein eigenständiges Festhalterecht zugunsten dieser Hoheitsträger normieren, ist das Verhältnis zu § 127 Abs. 1 StPO zu klären, der vor Einführung der §§ 163b f. StPO die alleinige Rechtsgrundlage für strafprozessuale Identitätsfeststellungen gegen den Willen des Betroffenen darstellte.¹⁹⁰

Nur vereinzelt wird von einem Nebeneinander dieser Festhaltebefugnisse ausgegangen, weil sich die in § 127 Abs. 1 Satz 2 StPO angeordnete Spezialität lediglich auf den in der Identitätsfeststellung liegenden Eingriff in das Persönlichkeitsrecht, nicht jedoch auf damit verbundene Eingriffe in die Bewegungsfreiheit beziehe. Soweit die im Vergleich zu § 163b StPO strengeren materiellen Anforderungen aus § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO („frische Tat“) vorliegen, seien für die Festnahme die weiterreichenden Bestimmungen der §§ 127 ff. StPO entweder vollumfänglich¹⁹¹ oder zumindest im Hinblick auf die Festnahmebefugnis auch des örtlich unzuständigen Strafverfolgungsbeamten (als „jedermann“) anwendbar.¹⁹² Die ganz h.M. legt § 127 Abs. 1 Satz 2 StPO indessen dahingehend aus, dass Polizeibeamte und Staatsanwälte in Bezug auf den Festnahmезweck der Identitätsfeststellung nicht als „jedermann“ i.S.v. Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 anzusehen seien. Nicht nur ihre Befugnis zur Identitätsfeststellung, sondern auch das diese ergänzende Festnahme- bzw. Festhalterecht bestimme sich kraft gesetzlich angeordneter Spezialität ausschließlich nach § 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 163b f. StPO.¹⁹³ Selbst bei Vorliegen der engeren Voraussetzungen des § 127 Abs. 1 StPO sei die zulässige Maximaldauer der Maßnahme auf zwölf Stunden beschränkt, und eine Festnahme außerhalb des Zuständigkeitsbezirks des Strafverfolgungsbeamten scheidet aus.¹⁹⁴ Trotz der beachtlichen Argumente der Mindermeinung ist dem nicht nur aus teleologischen Gründen, sondern auch mit Blick auf den Wortlaut und die Systematik des Gesetzes beizupflichten: Die „Identitätsfeststellung“, derentwegen § 127 Abs. 1 Satz 2 auf § 163b Abs. 1 StPO verweist, beinhaltet einen Sonderfall der vorläufigen Festnahme (§§ 163b Abs. 1 Satz 2, 163c StPO), der von der gesetzlichen Spezialitätsanordnung miterfasst wird.

¹⁹⁰ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 1 m.w.N. zum Stand vor dem StPÄG vom 14.4.1978.

¹⁹¹ *Kramer*, MDR 1993, 111.

¹⁹² So offenbar *Kühne*, Strafprozessrecht, § 26 Rn. ff.

¹⁹³ § 127 Abs. 3 StPO soll aber anwendbar sein, *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 6.

¹⁹⁴ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 25; *Benfer*, MDR 1993, 828; *Frister*, in: Denninger/Rachor (Hrsg.), Handbuch, F Rn. 197; *Pfeiffer*, StPO, § 127 Rn. 4, 8; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 2; OLG München, Beschl. vom 8.12.2008, Az.: 5St RR 233/08 (juris); EGMR, *K.F. ./. Deutschland*, NJW 1999, 775; *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 6.

Liegen die Voraussetzungen für eine strafprozessuale Identitätsfeststellung durch die Polizei oder Staatsanwaltschaft vor (§ 163b Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1; § 111 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 StPO), so besteht dieses Festhalterrecht, „wenn die Identität sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten festgestellt werden kann“. Der Zweck des Festhaltens liegt darin, die Voraussetzungen für identitätsfeststellende Maßnahmen (§ 163b Abs. 1 Satz 1 Hs. 1, Satz 3 StPO) zu schaffen; ein Einsatz als Beugemaßnahme, um den Betroffenen dazu zu bewegen, von sich aus seine Identität preiszugeben, scheidet aus.¹⁹⁵ Im Übrigen gelten die zu § 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StPO gemachten Ausführungen zu der Frage, wann von einer tatbestandsausschließenden Kenntnis der Identität auszugehen ist, entsprechend.¹⁹⁶

c) Sicherung der Haft bzw. Unterbringung

Bei „Gefahr im Verzug“ sind Staatsanwaltschaft und Polizei auch dann zur vorläufigen Festnahme befugt, wenn die Voraussetzungen eines Haft- oder Unterbringungsbefehls vorliegen (§ 127 Abs. 2 StPO). Hintergrund dieser Regelung ist die – verfassungsrechtlich prädestinierte – Vorstellung, wonach eine Festnahme wegen des Verdachts einer Straftat grundsätzlich nur nach vorheriger richterlicher Erlaubnis zulässig sein soll (Grundsatz der vorgängigen richterlichen Entscheidung, Art. 104 GG). Liegen sämtliche materiellen Voraussetzungen (§§ 112, 112a, 113, 126a StPO)¹⁹⁷ für den Erhalt der richterlichen Erlaubnis vor („Haftbefehlsreife“), kann eine solche jedoch nicht mehr rechtzeitig eingeholt werden, ohne dass der Erfolg der Maßnahme gefährdet würde, so erlaubt § 127 Abs. 2 StPO eine vorläufige Festnahme auch ohne richterliche Freigabe. Über den exakten Bezugspunkt der „Gefahr im Verzug“, der durch die Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO begegnet werden soll, besteht jedoch offenbar Uneinigkeit.

aa) Überblick zum Meinungsstand

Die h.M. nimmt Gefahr im Verzug an, wenn „die Festnahme“ infolge der Verzögerung gefährdet wäre, die durch das Erwirken eines richterlichen Haft- oder Unterbringungsbefehls eintreten würde.¹⁹⁸ *Nelles* hingegen stellt nicht auf die drohende Vereitelung der „Festnahme als solcher“ ab, sondern auf die wegen des Zeitverlusts zu befürchtende Gefährdung der „Vollziehung des zu erwartenden richterlichen Haftbefehls“. Zweck der Regelung sei es also, die Durchführung der wegen des Vorliegens sämtlicher materieller Haftvoraussetzungen zu erwartenden richter-

¹⁹⁵ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 23a; *Wolter*, in: SK-StPO, § 163b Rn. 33.

¹⁹⁶ Vgl. *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 13 ff.

¹⁹⁷ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 39.

¹⁹⁸ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 35; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 35; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO Rn. 19.

lichen Entscheidung über die Freiheitsentziehung zu sichern.¹⁹⁹ Nach Auffassung von *Dittmer* soll es schließlich die Erreichung der in den einzelnen Haftgründen (§§ 112 ff. bzw. § 126a StPO) zum Ausdruck kommenden Zwecke der Untersuchungshaft (bzw. einstweiligen Unterbringung) selbst sein, die bei vorheriger Befassung der Richters wegen des damit verbundenen Zeitverlusts gefährdet wäre. Je nach einschlägigem Haftgrund diene die Festnahme also der nur auf diese Weise möglichen Abwendung einer unmittelbar bevorstehenden Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr.²⁰⁰

bb) Auflösung des Meinungsstreits

Die beiden zuletzt genannten Ansichten werfen der h.M. vor, die Voraussetzungen der Maßnahme in unzulässiger Weise mit ihrer Rechtsfolge zu vermischen, indem sie die Zulässigkeit der Festnahme davon abhängig mache, dass sie zur Ermöglichung der Festnahme nötig sei.²⁰¹ Der Vorwurf einer zirkelschlussartigen Vermengung von Rechtsfolge bzw. Mittel (Festnahme*handlung*) und Voraussetzung bzw. Zweck (Gefahr im Verzug bezüglich des Festnahme*erfolgs*) träfe jedoch nur dann zu, wenn man Festnahmeakt und Festnahmeerfolg gleichsetzen und tatsächlich pauschal auf „die Festnahme“ abstellen würde. Richtigerweise liegt dem Festnahmebegriff der h.M. jedoch ein *erfolgsorientiertes* Verständnis zugrunde,²⁰² welches der allgemein gebräuchlichen Auslegung des Merkmals „Gefahr im Verzug“ im Zusammenhang mit anderen strafprozessualen Eileingriffsbefugnissen entspricht: So ist etwa eine Durchsuchung oder Beschlagnahme ausnahmsweise ohne richterliche Anordnung zulässig, wenn der *Erfolg* der jeweiligen Maßnahme durch die Verzögerung, welche die vorherige Erwirkung einer richterlichen Entscheidung mit sich bringen würde, gefährdet wäre.²⁰³ Warum trotz identischer Interessenlage im Rahmen von § 127 Abs. 2 StPO etwas anderes gelten sollte, erschließt sich nicht.

¹⁹⁹ *Nelles*, StV 1992, 387. So auch weitgehend wortlautgleich, bemerkenswerterweise indes ohne jede Bezugnahme auf *Nelles*, *Reuss*, Festnahmerechte, S. 104 f.

²⁰⁰ *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, 85.

²⁰¹ *Nelles*, StV 1992, 386: „Bezugsobjekt der Gefahr kann nach Wortlaut und Gesetzeslogik nicht die Festnahme als solche sein, denn diese ist nicht Voraussetzung, sondern erst die Rechtsfolge“; wortlautgleich (indes ohne jede Bezugnahme auf *Nelles*) *Reuss*, Festnahmerechte, S. 102 f.; ähnl. auch *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 82: „Die Festnahme ist Rechtsfolge der Maßnahme und kann nicht zugleich Voraussetzung sein.“

²⁰² Vgl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 35; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 35. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 19 lässt den Festnahmeerfolg hingegen außer Acht; zu Recht krit. daher *Nelles*, StV 1992, 386 Fn. 15. Ebenfalls ungenau („die Festnahme“) *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 127 Rn. 12; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 238; LG Frankfurt a.M. NStZ 2008, 591.

²⁰³ BVerfG, Beschl. vom 3.4.1979, Az.: 1 BvR 994/76, Rn. 43 (juris): „Erfolg der Durchsuchung“; BVerfG, Ur. vom 20.2.2011, Az.: 2 BvR 1444/00, Rn. 42 (juris): „Erfolg der Durchsuchung“ in Form der Verhinderung eines Beweismittelverlusts. So auch schon RGSt 23, 334 und 37, 32, 34: „Resultat der Maßregel“.

Nach hier vertretener Auffassung schließen sich die drei oben skizzierten Ansätze zur Identifikation des Bezugspunkts der „Gefahr im Verzug“ trotz ihrer scheinbar unterschiedlichen Anknüpfungen nicht zwingend gegenseitig aus. Der von der h.M. für maßgeblich erachtete Festnahmeerfolg setzt nämlich – entgegen mitunter das Gegenteil suggerierender und daher zumindest missverständlicher Ausführungen in Literatur und Rechtsprechung²⁰⁴ – mehr voraus als die bloße Festnahme im Sinne der Erlangung des körperlichen Gewahrsams über den Betroffenen: Ebenso wie etwa der *Erfolg* einer körperlichen Untersuchung (§ 81a StPO) daran zu messen ist, inwieweit der mit der Maßnahme verfolgte strafprozessuale *Zweck* (in der Regel die Beweissicherung) erreicht wird, ist auch eine Festnahme nur in dem Fall *erfolgreich*, wenn der mit der grundsätzlich richterlich anzuordnenden Haft verfolgte *Zweck* auch dann noch erreicht werden kann, wenn die richterliche Entscheidung abgewartet wird.

So liegt etwa bei einer Blutprobe als körperlicher Untersuchung i.S.v. § 81a StPO „Gefahr im Verzug“ vor, wenn die mit der Einholung einer richterlichen Entscheidung verbundene Verzögerung zur Folge hätte, dass der Zweck der Blutprobe vereitelt würde, weil eine brauchbare BAK-Feststellung wegen Zeitablaufs unmöglich wird; die Tatsache, dass die Entnahme der Blutprobe als solche auch noch später vorgenommen werden kann, steht dem nicht im Wege, da es nicht auf die rein physische Durchführbarkeit der Ermittlungshandlung ankommt, sondern auf den mit der Maßnahme intendierten strafprozessualen Erfolg. Ein Erfolg der Maßnahme setzt mithin mehr voraus als ihr bloßes Erfolgen – anderenfalls läge in den klassischen BAK-Blutprobefällen kaum jemals ein Fall von Gefahr im Verzug vor.

Nichts anderes kann dann aber im Rahmen von § 127 Abs. 2 StPO gelten: Ist etwa eine dringend tatverdächtige Person im Begriff, Beweismittel zu vernichten oder eine der in § 112a StPO genannten Taten zu wiederholen, und liegen sämtliche materiellen Voraussetzungen der Untersuchungshaft vor, so führt nicht schon die bloße – bei fehlender Fluchtgefahr letztlich *stets* anzunehmende – Möglichkeit, den Betroffenen auch noch *nach* Einholung einer richterlichen Entscheidung festzunehmen, zu einem die Gefahr im Verzug ausschließenden Festnahmeerfolg. Letzterer ist vielmehr im Sinne von *Dittmer* an die sich in den Haftgründen manifestierenden Zwecke der Untersuchungshaft gekoppelt.²⁰⁵ Das Merkmal der „Ge-

²⁰⁴ Vgl. *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 82 Fn. 328 sowie *Nelles*, StV 1992, 387 Fn. 15 jeweils m.w.N. Ungenau insb. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 19. Missverständlich insoweit auch LG Frankfurt a.M. NStZ 2008, 591, 592 sowie *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 127 Rn. 12; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 238.

²⁰⁵ Vgl. RGSt 38, 373, 375: Verhinderung der Verdunkelung der Sache; OLG Zweibrücken, Beschl. vom 29.10.1979, Az.: 1 Ws 408/79 (juris): Drohende Gefährdung der Sachaufklärung durch Verdunkelungshandlungen. I.d.S. wohl auch *Reuss*, Festnahmerechte, S. 7. Bei *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26, *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 35 und *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 5 müsste es wohl richtigerweise Gefährdung des Untersuchungshaftzwecks anstelle von „Gefährdung des Untersuchungszwecks“ heißen. Zutreffend *Wankel*, in: KMR, § 127 Rn. 9: „Zweck der Festnahme [...]“

fahr im Verzug“ verliert dadurch nicht seine eigenständige Bedeutung neben dem von § 127 Abs. 2 StPO kumulativ geforderten Vorliegen der Voraussetzungen des Haftbefehls: Für die Annahme von Gefahr im Verzug reicht es nämlich nicht aus, dass ein Haftgrund besteht; sie verlangt vielmehr, dass der mit dem Haftgrund verfolgte Zweck im Fall einer vorherigen Befassung des Richters vereitelt zu werden droht.²⁰⁶ Diese Zweckvereitelung würde denn auch die von *Nelles* für maßgeblich erachtete „Vollziehung des zu erwartenden richterlichen Haftbefehls“ gefährden, da eine solche ausscheidet, soweit sich der ursprüngliche Zweck der Maßnahme zwischenzeitlich erledigt hat.²⁰⁷ Folgt man dieser Argumentation, so stimmen die drei scheinbar so unterschiedlichen Ansätze in Wirklichkeit überein.

cc) Zusammenfassung, Konsequenzen und Anwendung

Richtigerweise liegt „Gefahr im Verzug“ im Sinne von § 127 Abs. 2 StPO also immer und nur dann vor, wenn die mit der vorherigen Einholung einer richterlichen Entscheidung verbundene Verzögerung den Festnahmeerfolg, d.h. die in den Haftgründen der §§ 112 f., 126a StPO²⁰⁸ konkretisierten Zwecke der Untersuchungshaft bzw. der vorläufigen Unterbringung – und gleichbedeutend damit: die Vollziehung des zu erwartenden richterlichen Haft- bzw. Unterbringungsbefehls –, gefährden würde. Ziel der Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO ist also die Sicherung der Untersuchungshaft bzw. der einstweiligen Unterbringung, genauer gesagt: der diesen Maßnahmen zugrunde liegenden Zwecke. Es geht also hier wie dort um die Verhinderung der Realisierung einer – im Fall des § 127 Abs. 2 StPO wegen der erforderlichen Gefahr im Verzug allerdings unmittelbar bevorstehenden – Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr (§ 112 StPO) bzw. einer unmittelbar bevorstehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit (§ 126a StPO). Es handelt sich bei diesen hinter der Festnahme stehenden Motiven also nicht lediglich um

ergibt sich meist aus dem Haftgrund.“ I.d.S. auch Ziff. 73 der AStBV (St) 2012 vom 31.10.2011: „Gefahr im Verzug besteht, wenn die gerichtliche Anordnung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann und dadurch die Ergreifung des Beschuldigten gefährdet würde oder die Gefahr fortbesteht, dass der Beschuldigte bis zum Vollzug der gerichtlichen Anordnung noch fliehen oder die Ermittlung der Wahrheit erschweren wird.“

²⁰⁶ Dies übersieht offenbar *Nelles*, StV 1992, 386 Fn. 15.

²⁰⁷ Lag zunächst der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr vor und hat der Betroffene anschließend den mit der Einholung der richterlichen Entscheidung verbundenen Zeitgewinn dazu genutzt, sämtliche vorhandenen Beweise zu vernichten, so ist der Haftgrund entfallen, und eine Vollziehung des Haftbefehls scheidet aus. Gleiches gilt für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr, wenn diese sich vor Vollziehung des Haftbefehls realisiert und eine weitere Wiederholung nicht zu befürchten steht. Selbst der Haftgrund der Fluchtgefahr wird im Fall ihrer Verwirklichung hinfällig und durch den Haftgrund der Flucht ersetzt. Die a.A. von *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 84 überzeugt nicht.

²⁰⁸ Nicht aber § 127b Abs. 2 StPO, da § 127b Abs. 1 StPO insoweit abschließend ist.

faktische Nebenwirkungen der haftsichernden Festnahme, sondern um deren Zwecke.²⁰⁹

Da der Haftgrund der besonderen Tatschwere (§ 112 Abs. 3 StPO) für sich genommen zweckneutral und im Übrigen kraft verfassungskonformer Auslegung zwingend an einen der anderen im Gesetz genannten Haftgründe rückzukoppeln ist,²¹⁰ kann eine die vorläufige Festnahme rechtfertigende „Gefahr im Verzug“ niemals isoliert auf den Gesichtspunkt der Schwere der Tat gestützt werden.²¹¹ Im Hinblick auf den Haftgrund der Flucht (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO) ist eine vorläufige Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO schon begrifflich ausgeschlossen, weil jede Festnahme physisch voraussetzt, dass der Aufenthaltsort des Betroffenen bekannt ist; umgekehrt entfällt der Haftgrund der Flucht in dem Moment, in dem der flüchtige oder verborgene Täter ereilt oder aufgespürt ist, und wird sodann meist gleichzeitig durch den Haftgrund der Fluchtgefahr ersetzt.²¹² Obschon in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung keine Fälle ersichtlich sind, in denen die Gefahr im Verzug im Sinne von § 127 Abs. 2 StPO mit dem Aspekt der Wiederholungsgefahr begründet wurde, kann der Auffassung von *Dittmer*, wonach hier in jedem Fall von einem absoluten und generellen Anwendungsvorrang des präventiv-polizeilichen Verhinderungsgewahrsams als milderem Mittel auszugehen sei, nicht gefolgt werden.²¹³

Es bleibt also festzuhalten, dass die Gefahr im Verzug bei der haftsichernden vorläufigen Festnahme auf die in § 112 Abs. 2 Nr. 2, 3 und § 112a StPO normierten Zwecke der Flucht-, Verdunkelungs- und Wiederholungsgefahr gestützt werden kann, nicht jedoch allein auf die Flucht (§ 112 Abs. 1 Nr. 1 StPO) oder die Schwere der Tat (§ 112 Abs. 3 StPO). Infolgedessen scheidet eine Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO aus, wenn die Voraussetzungen der Untersuchungshaft einzig im Hinblick auf den Haftgrund der Flucht oder der Schwere der Tat vorliegen.²¹⁴

²⁰⁹ Unzutreffend daher *Reuss*, Festnahmerechte, der auf S. 13 eine präventive Funktion der Festnahme verneint. Unklar dagegen die Ausführungen a.a.O., S. 15.

²¹⁰ BVerfG, Beschl. vom 15.12.1965, Az.: 1 BvR 513/65, Rn. 20 (juris).

²¹¹ Ausf. *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 86–89; vgl. auch BGH NJW 1962, 1020 f. wo ergänzend auf Fluchtgefahr abgestellt wird; a.A. *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 36.

²¹² *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 31. Wie hier *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 86.

²¹³ *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 89–115. Wie hier dagegen *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 36; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 37. Im Sinne von *Dittmer* allerdings offenbar Ziff. 73 AStBV (St) 2012 sowie AG Tiergarten, wistra 2007, 199, die beide die Wiederholungsgefahr im vorliegenden Zusammenhang nicht erwähnen.

²¹⁴ Weitergehend *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 89–115 (Unanwendbarkeit auch dann, wenn allein der Haftgrund der Wiederholungsgefahr vorliegt); a.A. umgekehrt *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 36, der – ohne Begründung – sämtliche Haftgründe akzeptiert.

Für die Annahme von Gefahr im Verzug bedarf es keiner objektiven Gefährdung des Festnahmeerfolgs. Es reicht vielmehr aus, dass der handelnde Strafverfolgungsbeamte aufgrund pflichtgemäßer Prüfung der Umstände die drohende Beeinträchtigung eines der genannten Untersuchungshaft- bzw. Unterbringungszwecke annehmen durfte. Dabei ist seinem situativ begrenzten Beurteilungsvermögen Rechnung zu tragen.²¹⁵ Diese Gefahreinschätzung unterliegt uneingeschränkter gerichtlicher Kontrolle.²¹⁶ Maßgeblich ist die Sachlage zum Zeitpunkt des Einschreitens. Mithin soll es keine Rolle spielen, ob der Beamte die Gefahr durch früheres Fehlverhalten mitverursacht hat.²¹⁷ Wenig überzeugend ist allerdings eine BGH-Entscheidung, bei der „Gefahr in Verzug“ bejaht wurde, obwohl die Staatsanwaltschaft den Haftantrag bewusst über mehrere Tage hinweg zurückgehalten hatte, um den Beschuldigten zunächst im Anschluss an eine vorläufige Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) vernehmen zu können. Richtigerweise hätte die Staatsanwaltschaft sich hier des Instruments des Vorführbefehls (§§ 163a Abs. 3 Satz 2, 134 StPO) bedienen oder aber den Richter um Anordnung der Untersuchungshaft ersuchen müssen.²¹⁸ Wurde ein Haftbefehl vom Richter zuvor bereits abgelehnt oder aber sein Vollzug ausgesetzt (§ 116 StPO), so kommt eine vorläufige Festnahme aufgrund von § 127 Abs. 2 StPO nur bei Vorliegen neuer Umstände in Betracht.²¹⁹

d) Anwesenheitssicherung für Hauptverhandlung im beschleunigten Verfahren

aa) Überblick zur Regelung

Seit 1997 ist eine polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche vorläufige Festnahme des auf frischer Tat Betroffenen oder Verfolgten außerdem zulässig, wenn eine unverzügliche Entscheidung im beschleunigten Verfahren (§§ 417 ff. StPO) wahrscheinlich *und* aufgrund bestimmter Tatsachen zu befürchten ist, dass der Festgenommene der Hauptverhandlung fernbleiben wird (§ 127b Abs. 1 StPO). Kompliziert wird dieser Spezialfall der vorläufigen Festnahme durch eine Sonderregelung

²¹⁵ RGSt 38, 373, 375. So auch die heute ganz h.M., siehe *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 35; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 35.

²¹⁶ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26a. Vgl. dagegen RGSt 23, 334.

²¹⁷ BGHSt 3, 241, 243; a.A. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 36, der auf die neuere verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Richtervorbehalt hinweist, wonach Gefahr im Verzug ausscheidet, wenn die Justiz eine Mitverantwortung trifft, etwa weil kein effektiver richterlicher Eildienst eingerichtet ist; vgl. BVerfG NJW 2005, 1637; BVerfG, Beschl. vom 12.6.2006, Az.: 2 BvR 1395/05 (juris); i.d.S. auch *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26a.

²¹⁸ BGH JR 1991, 84; nahezu einhellig die Ablehnung im Schrifttum: *Fezer*, JR 1991, 86; *Paeffgen*, NStZ 1992, 533 sowie *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26; Formenmissbrauch; *Nelles*, StV 1992, 387; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 35.

²¹⁹ Zur vorherigen Ablehnung LG Frankfurt a.M. NStZ 2008, 591; zur Vollzugsaussetzung, deren Widerruf sich nach § 116 Abs. 4 StPO richtet, *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 39.

zur Untersuchungshaft, die im Fall des Hinzutretens von dringendem Tatverdacht für eine Höchstdauer von einer Woche ab der Festnahme angeordnet werden kann (§ 127b Abs. 2 StPO).²²⁰ Die teils undifferenziert-einheitliche Bezeichnung als „Hauptverhandlungshaft“ darf also nicht darüber hinwegtäuschen, dass § 127b StPO in Wirklichkeit eine Doppelregelung enthält. Im Interesse der Gesetzessystematik wäre es möglicherweise vorzugswürdig gewesen, beide Aspekte aufzugliedern und direkt bei §§ 112 ff. bzw. § 127 StPO anzusiedeln – zumal Festnahme und Untersuchungshaft i.S.v. § 127b StPO nicht zwingend miteinander verbunden sind.²²¹ *Wankel* geht davon aus, dass in der Praxis allenfalls § 127b Abs. 1 StPO Relevanz erlange, da er den Ermittlungsbehörden auch bei Kleinkriminalität ein Festnahmerecht gebe, das in diesem Umfang bisher nicht bestanden habe.²²²

Die Einführung von § 127b StPO – mit dem erstmals eine auf einen bestimmten Verfahrenstyp zugeschnittene Spezialregelung für Festnahme und Haftbefehl geschaffen wurde – war im Gesetzgebungsverfahren sehr umstritten.²²³ Erklärtes Hauptanliegen war es, die Justiz zu einer stärkeren Nutzung des beschleunigten Verfahrens zu motivieren, indem potentiellen Adressaten durch die Möglichkeit einer vorläufigen Freiheitsentziehung die Gelegenheit genommen wird, sich der Hauptverhandlung zu entziehen. Primäres Regelungsziel ist also die Gewährleistung der Anwesenheit des Beschuldigten zum Zwecke der Sicherung und häufigeren Anwendung des beschleunigten Verfahrens.²²⁴ Als weitere Motive führt die Entwurfsbegründung an, dass die sofortige Reaktion auf die Tat – vor allem bei Reisenden, Wohnsitzlosen und Ausländern – präventive Wirkungen (Abschreckung und Erziehung des Täters, Stärkung des Vertrauens der Allgemeinheit) verspreche und dass die Hauptverhandlungshaft Staatsanwaltschaften und Gerichten einen Anreiz zu einer möglichst zügigen Anberaumung der Hauptverhandlung geben solle.²²⁵

²²⁰ Zur Einordnung als Unterfall der Untersuchungshaft *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 3; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 2; a.A. *Asbrock*, BT-RA. Prot. Nr. 50, S. 3, 11.

²²¹ Ebenso wie eine Untersuchungshaft nach § 127b Abs. 2 StPO ohne vorherige Festnahme auf Grundlage von § 127b Abs. 1 StPO denkbar ist, kann umgekehrt auch eine vorläufige Festnahme nach § 127b Abs. 1 StPO direkt in die Verhandlung münden (vgl. § 418 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Abs. 2 StPO), ohne dass eine Untersuchungshaft nach § 127b Abs. 2 StPO „zwischengeschoben“ wird. Beide Fälle dürften in der Praxis die Ausnahme bilden. Siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 3; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 4.

²²² *Wankel*, in: KMR, § 127b Rn. 1.

²²³ Zur wechsellvollen Entstehungsgeschichte siehe *Hellmann*, NJW 1997, 2146.

²²⁴ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 2; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 1.

²²⁵ BT-Drucks. 13/2576, S. 3; BT-Drucks. 13/5743, S. 3; *Hellmann*, NJW 1997, 2146; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 1.

bb) Verfassungsrechtliche, systematische und anwendungsspezifische Kritik

Rechtspolitisch war und ist die Hauptverhandlungshaft umstritten. Obgleich die nahezu einhellige Kritik in erster Linie ihrer Ausprägung als Unterfall der Untersuchungshaft (§ 127b Abs. 2 StPO) gilt, so betrifft sie doch auch die hier interessierende Festnahmebefugnis (§ 127b Abs. 1 StPO). Beiden Figuren liegt eine einheitliche gesetzgeberische Intention zugrunde, und in der Praxis bildet ihr zeitliches Nacheinander die Regel. Die geltend gemachten Bedenken, die oft in Forderungen nach einer Abschaffung der Vorschrift münden, betreffen folgende Aspekte:

Die der Hauptverhandlungshaft zugrunde liegenden Erwägungen des Gesetzgebers seien mit der Unschuldsvermutung unvereinbar und deshalb ungeeignet, eine strafprozessuale Freiheitsentziehung zu legitimieren. Wegen der Beschränkung des beschleunigten Verfahrens auf Fälle mit einer Straferwartung von maximal einem Jahr (§ 419 Abs. 1 StPO) sei die Hauptverhandlungshaft unverhältnismäßig, zumal in aller Regel lediglich Geld- oder Bewährungsstrafen (§§ 47, 56 Abs. 1, 3 StGB) zu erwarten stünden. Aus dem gleichen Grunde führe § 127b StPO zu gleichheitswidrigen Wertungswidersprüchen, weil er eine zusätzliche Verhaftungsmöglichkeit gegenüber Kleinkriminellen schaffe, die für schwerere Kriminalität gerade fehle. Die Regelung stehe in Widerspruch zur herkömmlichen Haftrechtssystematik der StPO, die eine Verhaftungsmöglichkeit – über die in §§ 112 f. StPO genannten Fälle hinaus – nur bei tatsächlichem Nichterscheinen zur Hauptverhandlung und gleichzeitiger Ungeeignetheit des Vorführbefehls kennt (§ 230 Abs. 2 StPO), wohingegen § 127b StPO sie zur präventiven Sicherstellung des Erscheinens bereits im Fall lediglich dahingehender Befürchtungen eröffne. Die Verteidigungsmöglichkeiten des Betroffenen, insbesondere ein effektiver Verteidigerbeistand (*e contrario* § 140 Abs. 1 Nr. 4 sowie § 418 Abs. 4 StPO), seien wegen der kurzen Fristen und der haftbedingten Drucksituation in einer mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens nicht zu vereinbarenden Weise eingeschränkt. Die Unbestimmtheit der Eingriffsvoraussetzungen schaffe Missbrauchsgefahren, indem sie sich zum Einfallstor für apokryphe Haftgründe entwickeln könne. Darüber hinaus sei § 127b StPO auch rechtspolitisch verfehlt, weil er der Forderung nach Haftabbau, die auf den gravierenden Folgen für den Betroffenen und der erheblichen Kostenbelastung des Staats gründe, zuwiderlaufe. Schließlich fehle das praktische Bedürfnis für die Regelung, da die Gründe für die mangelnde Anwendung des beschleunigten Verfahrens anderswo zu suchen seien, zumal – gerade im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – keine haftwürdigen Fälle denkbar seien, in denen nicht ohnehin bereits die §§ 112 f., 127 StPO einschlägig seien.²²⁶

²²⁶ Zur Kritik (jeweils m.w.N.) *Asbrock*, StV 1997, 43; *Hellmann*, NJW 1997, 2145; *Giring*, Haft und Festnahme, S. 23 ff., 231 ff., 397 ff.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 7; *Meyer-Goßner*, ZRP 2004, 348 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127b Rn. 2; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 8–11; a.A. (die Regelung befürwortend) *Fülber*, Hauptverhandlungshaft.

cc) Ziele und Voraussetzungen des Festnahmerechts

In der Regel wird die Funktion und Zielsetzung des vorläufigen Festnahmerechts aus § 127b Abs. 1 StPO in seiner Eigenschaft als Eilkompetenz zur Ermöglichung der richterlichen Anordnung der Hauptverhandlung (§ 127 Abs. 2 StPO) gesehen.²²⁷ Überzeugender erscheint es jedoch im Hinblick auf Wortlaut und Systematik der Regelung, auf den letztlich hinter beiden Eingriffsbefugnissen (Abs. 1 und Abs. 2) stehenden Haftgrund der Anwesenheitssicherung für die Hauptverhandlung (Abs. 1 Nr. 2) zum Zwecke der Ermöglichung einer Aburteilung im beschleunigten Verfahren abzustellen.²²⁸ Zum einen knüpft der Tatbestand des § 127b Abs. 2 StPO – im Gegensatz zu § 127 Abs. 2 StPO – nicht an den Haftbefehl an und verlangt insoweit auch keine Gefahr im Verzug.²²⁹ Zum anderen kann die Festnahme nach § 127b Abs. 1 StPO auch ohne den Umweg über einen Haftbefehl (§ 127b Abs. 2 StPO) direkt in eine beschleunigte Hauptverhandlung münden (vgl. § 418 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Abs. 2 StPO), zumal die Vernehmung nach § 128 Abs. 1 Satz 2 StPO mit dieser verbunden werden kann.²³⁰

Für die Zulässigkeit der Festnahme müssen die beiden in § 127b Abs. 1 Nr. 1 und 2 StPO genannten Haftgründe kumulativ vorliegen: Erstens bedarf es der Wahrscheinlichkeit einer unverzüglichen Entscheidung im beschleunigten Verfahren (Nr. 1). Aus dem Regelungszusammenhang mit Abs. 2 folgt, dass „unverzüglich“ hier gleichzusetzen ist mit „binnen einer Woche“ ab Festnahme.²³¹ Die Kriterien für die Zulässigkeit einer Aburteilung im beschleunigten Verfahren sind den §§ 417 ff. StPO zu entnehmen. Danach kommt es vor allem darauf an, dass der Sachverhalt einfach gelagert oder die Beweislage klar ist (§ 417 StPO) und dass es sich um einen Fall der Klein- bzw. Massenkriminalität handelt, bei dem lediglich Geldstrafe, Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder eine Entziehung der Fahrerlaubnis zu erwarten stehen (§ 419 Abs. 1 StPO). Zu diesen normativen Aspekten hinzu kommen muss in faktischer Hinsicht eine realistische Aussicht auf die Durchführung des beschleunigten Verfahrens binnen Wochenfrist, was entsprechende Ressourcen und organisatorische Vorkehrungen bei den Amtsgerichten voraussetzt. Eines evidenten Vorliegens dieser Voraussetzungen bedarf es nach dem Gesetzeswortlaut nicht, vielmehr genügt eine einfache Wahrscheinlichkeit.²³²

²²⁷ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 17; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 4, 27; i.d.S. wohl auch *Hellmann*, NJW 1997, 2149 (vgl. dagegen S. 2146) sowie *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127b Rn. 5 (vgl. dagegen Rn. 3).

²²⁸ So auch *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 108.

²²⁹ A.A. *Hellmann*, NJW 1997, 2149: Gefahrenverzug als ungeschriebenes Merkmal.

²³⁰ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 3, 25; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 4, 36.

²³¹ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127b Rn. 9; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 19.

²³² A.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 22 (allerdings im Zusammenhang mit § 127b Abs. 2 StPO); vgl. *Pofalla*, AnwBl. 1996, 466, der noch von evidenten Fällen ausging.

Zweitens muss aufgrund bestimmter Tatsachen das unentschuldigte Fernbleiben des Festgenommenen von der Hauptverhandlung zu befürchten sein (Nr. 2). Dies soll bereits dann der Fall sein, wenn die *Möglichkeit*, dass der Beschuldigte an der im beschleunigten Verfahren anberaumten Hauptverhandlung nicht teilnimmt, ernsthaft in Betracht kommt. Damit setzt die „Befürchtung“ einen geringeren Wahrscheinlichkeitsgrad voraus als die (Flucht-)„Gefahr“ in § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO.²³³ Dass es bei der Gesetzesbegründung vor allem Reisende, Wohnsitzlose und Ausländer ging, ist dem Wortlaut nicht mehr anzumerken.

Sowohl die Wahrscheinlichkeitsprognose nach Nr. 1 als auch die Möglichkeitsprognose nach Nr. 2 wird die Polizeibeamten vielfach vor erhebliche Schwierigkeiten stellen. Um ihnen keine in der Festnahmesituation unlösbaren Bewertungen abzuverlangen, bescheidet sich die h.M. im Rahmen der Wahrscheinlichkeitsprognose (Nr. 1) notgedrungen damit, dass sich der Sachverhalt aus Sicht des Festnehmenden für eine Aburteilung im beschleunigten Verfahren eignet, weil nach dem äußeren Erscheinungsbild der Tat die beiden zentralen normativen Kriterien der §§ 417 ff. StPO gegeben sind.²³⁴ Auch wenn sich die Prognose in der konkreten Festnahmesituation vernünftigerweise nicht auf Fragen der gerichtlichen Organisation und Terminierung erstrecken kann, wird man aber zumindest verlangen können, dass einschlägige positive oder negative Erfahrungen sowie etwaig getroffene Absprachen als Indizien zu berücksichtigen sind.²³⁵ Bei der „Befürchtung“ nach Nr. 2 stellt sich schließlich – ungeachtet des im Vergleich zu § 112 StPO großzügigeren Prognosemaßstabs – die Frage, wie diese bereits im Moment der Festnahme anhand „konkreter Tatsachen“ untermauert werden soll. Die h.M. gesteht den Polizeibeamten wegen dieser Schwierigkeiten bei ihrer vorläufigen Bewertung sowohl im Hinblick auf Nr. 1, als auch auf Nr. 2 gewisse Einschätzungs- und Prognosespielräume zu (siehe unten E.3.b.aa. – was die Fragwürdigkeit dieser Vorschrift freilich nur unterstreicht.²³⁶

e) Zusammenfassende Würdigung

aa) Verhältnis der verschiedenen Festnahmegründe zueinander

Die vier – teils auch als „Varianten“ bzw. „Modalitäten“ des § 127 StPO bezeichneten²³⁷ – Fälle bzw. Gründe der vorläufigen Festnahme sind unabhängig

²³³ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127b Rn. 11.

²³⁴ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 30; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 20.

²³⁵ Siehe insb. *Hellmann*, NJW 1997, 2149; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127b Rn. 9.

²³⁶ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 20–22; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 29–31, 33; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127b Rn. 11.

²³⁷ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 4. Unklar *Reuss*, Festnahmerechte, S. 15: Zwischen den Festnahmegründen bestehe „systematisch [...] kein unmittelbarer Zusammenhang“.

voneinander anwendbar und dabei insofern kombinationsfähig, als mehrere unter ihnen sowohl gleichzeitig als auch nacheinander erfüllt sein können. Es ist also denkbar und zulässig, eine Festnahme wahlweise oder kumulativ auf die Gesichtspunkte der Anwesenheits- und/oder Identifizierungssicherung zu stützen.²³⁸ Die ununterbrochene Aufrechterhaltung der Festnahme bleibt zulässig, die Freiheitsentziehung also rechtmäßig, solange stets wenigstens ein Festnahmegrund vorliegt: Lagen ihr ursprünglich anwesenheits- und identifizierungssichernde Zwecke zugrunde, kann sie folglich im Fall einer fortbestehenden Fluchtgefahr selbst nach zwischenzeitlich durchgeführter Identifizierung fortgesetzt werden.²³⁹ Nichts anderes gilt, wenn zwei verschiedene Festnahmegründe einander zeitlich ablösen. Nach erfolgter Identitätsfeststellung oder Abwendung der Fluchtgefahr ist es ohne Weiteres möglich, die Festnahme auf Grundlage von § 127 Abs. 2 oder § 127b Abs. 1 StPO aufrechtzuerhalten, wenn sich erst nachträglich das Vorliegen der Voraussetzungen eines dieser Festnahmegründe gezeigt oder ergeben hat.²⁴⁰

Wurde subjektiv (zunächst) ein unzutreffender Festnahmefall zugrunde gelegt, lagen objektiv jedoch die Voraussetzungen eines anderen Haftmotivs vor, so erscheint die Zulassung eines nachträglichen Austauschs der Gründe unbedenklich, soweit dem Beamten bereits bei der Festnahme die für den in Wirklichkeit einschlägigen Haftgrund relevanten tatsächlichen und rechtlichen Aspekte bewusst waren. Davon wird regelmäßig im Hinblick auf Haftgründe auszugehen sein, die funktionale Überschneidungen aufweisen, so etwa im Verhältnis von § 127 Abs. 2 i.V.m. § 112 Abs. 2 Nr. 2 (Fluchtverdacht) zu § 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 (Fluchtgefahr) und § 127b Abs. 1 StPO (Fernbleibensbefürchtung).²⁴¹ Stellt sich indes erst nachträglich das Vorliegen von Umständen heraus, die im Moment des Ergreifens unbekannt waren (etwa Wiederholungsgefahr i.S.v. § 127 Abs. 2 i.V.m. § 112a StPO) und mit der ursprünglichen Motivation (etwa: § 127 Abs. 1 StPO bei irrtümlicher Annahme einer frischen Tat) in keinem Zusammenhang stehen („Zufallsfund“), so dürfte eine „Heilung“ durch nachträglichen Austausch der Gründe ausscheiden.²⁴²

²³⁸ Vgl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 6; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b, Rn. 6. A.A. *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127b Rn. 4, der ein Vorrangverhältnis anzunehmen scheint.

²³⁹ Vgl. BayObLG NStZ-RR 2002, 336 (Privatfestnahme nach § 127 Abs. 1 StPO).

²⁴⁰ Zur Anrechnung auf die zulässige Dauer der Maßnahme (§ 128 StPO) siehe unten C.4.a.

²⁴¹ Zu den Konsequenzen für die Begründung siehe unten D.1.a.

²⁴² *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 33, stellt dagegen darauf ob, der Beamte seine Befugnis pflichtgemäß angenommen hat. Zu pauschal *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 22.

bb) Funktionale Grenzen der vorläufigen Festnahme

Die vier behandelten Festnahmegründe haben abschließenden Charakter. In ihrer Zusammenschau ergibt sich, dass die vorläufige Festnahme einzig zu dem Zweck zulässig ist, den mutmaßlichen Täter der Strafverfolgung zuzuführen.²⁴³ Liegt der Festnahme keine solche Intention zugrunde, so kommt eine Festnahme aufgrund von §§ 127 ff. StPO nicht in Betracht. Die früher vor allem im Rahmen von § 127 Abs. 1 StPO vereinzelt anzutreffende Auffassung, wonach die Jedermanns-Festnahmeberechtigung auch zum Zwecke der Verhinderung der Wiederholung einer Straftat bestehe,²⁴⁴ wird heute nicht mehr vertreten.²⁴⁵ Auch eine bloße Verdunkelungsgefahr scheidet als Festnahmegrund aus.²⁴⁶

Ein Festnahmerecht kann sich allerdings unter Umständen aus einer anderen Ermächtigungsgrundlage ergeben: Steht der Schutz privater Rechte im Vordergrund, so ist an § 229 BGB zu denken; sollen strafprozessuale Amtshandlungen gegen Störer geschützt werden, so kann es sich um einen Fall des § 164 StPO handeln; ist der Eingriff in die körperliche Bewegungsfreiheit einer anderen strafprozessualen Beweiserhebung immanent, so mag deren Ermächtigungsgrundlage ein ungeschriebenes Festhalterecht gewähren (§§ 81, 81a, 102 StPO),²⁴⁷ geht es schließlich um Gefahrenabwehr im Vorfeld eines Tatverdachts, so sind die präventiv-polizeilichen Gewahrsamsvorschriften in Erwägung zu ziehen.²⁴⁸

Im Gegensatz zu den meisten anderen strafprozessualen Grundrechtseingriffen ist die vorläufige Festnahme also nicht allgemein zu Strafverfolgungszwecken zulässig, sondern ausschließlich zu den ausdrücklich im Gesetz umschriebenen Motiven. Eine Anordnung der vorläufigen Festnahme scheidet daher aus, soweit es *allein* um Zwecke der „Wahrheitsfindung“ (Beweiserhebung, z.B. Feststellung der BAK-Kontrolle oder Sicherstellung des Erfolgs einer Durchsuchung), der Abwehr einer Verdunkelungsgefahr (Beweissicherung), der Verhinderung einer Wiederholung der Straftat (Prävention) oder der Vernehmung bzw. des zur Rede Stellens des mutmaßlichen Täters geht.²⁴⁹ Steht die Identität des Betroffenen fest, so ist es

²⁴³ *Wankel*, in: KMR, § 127 Rn. 7; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 8. Bedenklich daher AG Grevenbroich NJW 2002, 1060 (Sicherung von Zahlungsanspruch).

²⁴⁴ *Karamuntzos*, Vorläufige Festnahme, S. 41 ff., 67.

²⁴⁵ BGH, Urt. vom 5.11.1970, Az.: 4 StR 349/70, Rn. 15 (juris); *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 108 f.; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 128 Rn. 15; *Reuss*, Festnahmerechte, S. 12 ff.

²⁴⁶ BGH, Urt. vom 5.11.1970, Az.: 4 StR 349/70, Rn. 14 (juris).

²⁴⁷ Ebenso wenig, wie die Anordnung der vorläufigen Festnahme zur Durchführung dieser Zwangsmaßnahmen in Betracht kommt, führt umgekehrt die Durchführung dieser Maßnahmen auch nicht zu einer Festnahmesituation i.S.v. §§ 127 ff. StPO.

²⁴⁸ Vgl. bereits *Karamuntzos*, Vorläufige Festnahme, S. 67 Fn. 231.

²⁴⁹ Zu Wiederholungs- und Verdunkelungsgefahr (allerdings im Kontext von § 127 Abs. 1 StPO): BGH, Urt. vom 5.11.1970, Az.: 4 StR 349/70, Rn. 15 (juris); *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 20; zur BAK-Messung: OLG Saarbrücken NJW 1959, 1190; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 8. Zur Vernehmung BGH NJW 1962, 1020, 1021.

unzulässig, den Beschuldigten festzunehmen, um ihn alsbald vernehmen zu können.²⁵⁰ Dass mit der Festnahme weder Zwecke einer vorweggenommenen Sanktion im Sinne einer Übelszufügung verfolgt werden dürfen noch Ziele, deren Legitimität auf der rechtskräftigen Feststellung der Schuld des Betroffenen basiert (insb. general- und spezialpräventive Motive), ergibt sich aus der Unschuldsvermutung.

Der Befund, wonach der vorläufigen Festnahme keinerlei Beweis-, Präventiv- und Vernehmungsfunktion zukomme,²⁵¹ ist jedoch zumindest in dreierlei Hinsicht zu relativieren: Erstens steht außer Frage, dass in allen vier Festnahmefällen de facto häufig auch Aspekte der Beweissicherung, der Straftatverhinderung oder der Vernehmung als erwünschte Neben(er)folge der Festnahme eine Rolle spielen.²⁵² So ist etwa eine indirekte – über das materielle Strafrecht vermittelte – Präventionswirkung unvermeidbar, soweit der Festnahme der Verdacht eines Vorfeld- oder Gefährdungsdelikts zugrunde liegt, zielt ein solches Delikt doch gerade auf die Verhinderung künftiger bzw. weiterer Schädigungen und Straftaten.²⁵³ Zweitens bewirkt das Kriterium der Gefahr im Verzug bei der haftsichernden Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) eine Inkorporierung der Zwecke der Untersuchungshaft (und des Unterbringungsbefehls): Auch wenn der Anwendungsbereich dieser Festnahmeregelung aufgrund ihrer sachlich-situativen Verknüpfung mit dem Haftbefehl relativ eng ist, so darf die Betonung der haftsichernden Finalität dieser Freiheitsentziehung doch nicht den Blick darauf verstellen, dass es in Wirklichkeit die Zwecke der zu sichernden Haft selbst (also neben der Anwesenheitssicherung insbesondere auch die Beweissicherung und ggf. die Verhinderung der Wiederholung oder Fortsetzung einer Straftat) sind, die dem Eingriff zugrunde liegen. Drittens schließlich bezogen sich die bisherigen Ausführungen in erster Linie auf die Zwecke der Festnahme im Sinne der Ergreifung des mutmaßlichen Täters (Gewahrsamsbegründung). Zu klären bleiben mithin noch die Gründe, welche die weitere Aufrechterhaltung der Festnahme – also das nicht-richterliche *Festhalten* – legitimieren können. Dabei wird es in Ermangelung anderweitiger gesetzlicher Anhaltspunkte maßgeblich auf die Frage ankommen, wie die Pflicht zur „unverzüglichen“ Vorführung vor den Richter in § 128 Abs. 1 StPO zu interpretieren ist (siehe unten C.2.b.).

²⁵⁰ BGH NJW 1962, 1021; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 20.

²⁵¹ Vgl. *Reuss*, Festnahmerechte, S. 5 ff. Ähnlich *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 38 Rn. 4, wonach „die vorläufige Festnahme gemäß § 127 StPO [...] allein der Identifizierung des Täters und der Verhinderung seiner Flucht, also der Verfahrenssicherung [diene] und [...] keinerlei präventiv-polizeilichen Einschlag [habe]“.

²⁵² So auch BGH, Urt. vom 5.11.1970, Az.: 4 StR 349/70, Rn. 15 (juris) zur faktischen Präventionswirkung einer Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO.

²⁵³ Siehe oben I.A.3. sowie *Leyendecker*, Terrorverdächtige festgenommen, *Sueddeutsche.de*, 29.4.2011: Abwehr „konkreter und bevorstehender Gefahr“ durch die (strafprozessuale) Festnahme. Vgl. auch *Kühne*, Strafprozessrecht, § 26 Rn. 459.

4. Form und Verfahren

Als Realakt ist die Festnahme selbst an keine bestimmte Form gebunden. Ein expliziter Ausspruch der Verhaftung ist ebenso wenig vonnöten wie die Durchführung sonstiger Förmlichkeiten (vgl. aber unten D.1.).²⁵⁴ Ausreichend ist vielmehr die effektive Entziehung der Fortbewegungsfreiheit, ggf. unter Einsatz von Zwang. Der Betroffene muss aber imstande sein, die Festnahme zu erkennen.²⁵⁵ Durchsuchungen zu anderen Zwecken als der sofortigen Feststellung der Personalien können ebenso wenig wie das Betreten einer Wohnung auf § 127 StPO gestützt werden, sondern sind vielmehr nur nach Maßgabe von §§ 102 ff. StPO zulässig.²⁵⁶

Bei der Privatfestnahme ist die Anwendung angemessener körperlicher Gewalt erlaubt und rechtfertigt neben der Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) auch Nötigungen (§ 240 StGB) und Körperverletzungen (§§ 223 ff. StGB), sofern diese das – auch im Hinblick auf den Festnahmearbeit – erforderliche Maß nicht überschreiten. Uneinheitlich beurteilt wird die ausnahmsweise Zulässigkeit des gezielten Schusswaffeneinsatzes Privater gegen den fliehenden Täter bei Schwersttaten.²⁵⁷

Nachdem die Durchführung der Maßnahme durch die (Landes-)Polizeibeamten in der StPO nicht geregelt ist, wirft die Frage nach der Rechtsgrundlage für den Einsatz unmittelbaren Zwangs, der über das durch § 127 StPO selbst legitimierte Maß (An- und Festhalten sowie Zwang, zur Polizeiwache mitzugehen) hinausgeht, erhebliche Schwierigkeiten auf.²⁵⁸ Während vereinzelt eine Verfassungswidrigkeit der polizeilichen Praxis angenommen wird,²⁵⁹ behelfen sich überwiegende Teile des Schrifttums mit Notkonstruktionen, um die Regelungslücke zu schließen: Sofern die Befugnis zur Anwendung unmittelbaren Zwangs nicht als implizite Folgermächtigung direkt aus § 127 StPO hergeleitet wird,²⁶⁰ soll entweder eine analoge Anwendung des für Bundesbeamte geltenden UZwG helfen oder aber – mit im Einzelnen unterschiedlicher Begründung – ein Rückgriff auf die landespolizeirecht-

²⁵⁴ Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob die Festnahme im Einzelfall aus Gründen der Verhältnismäßigkeit vorher oder im Verlauf der Maßnahme anzukündigen ist, um dem Betroffenen Gelegenheit zu geben, sich freiwillig zu stellen und damit den Einsatz weiteren Zwangs abzuwenden. Sie betrifft nicht das „Ob“, sondern das „Wie“ der Festnahme.

²⁵⁵ BayObLG, NJW 1960, 1583; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 127 Rn. 12.

²⁵⁶ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 19 ff. m.w.N.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 9.

²⁵⁷ Generell dagegen die h.M., siehe *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 237; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 21 m.w.N.; *Frister*, in: Denninger/Rachor (Hrsg.), Handbuch, F Rn. 199. Dafür jedoch in besonders gelagerten, extremen Ausnahmefällen *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 28.

²⁵⁸ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 11; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 27 ff.

²⁵⁹ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 29a, 30 f.

²⁶⁰ *Schmidt/Schöne*, NSTZ 1994, 218.

lichen Bestimmungen.²⁶¹ Einigkeit besteht immerhin darüber, dass das „Wie“ der Festnahme unter dem Vorbehalt strikter Verhältnismäßigkeit steht.

5. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

a) Ermessen

Wengleich der Wortlaut der einschlägigen Ermächtigungsnormen die Festnahme in das (Auswahl-)Ermessen der handelnden Strafverfolgungsbeamten stellt, kann sich im Einzelfall aus dem Legalitätsprinzip eine Verpflichtung zur Festnahme ergeben (Ermessensreduzierung auf Null), wenn diese das einzige Mittel darstellt, um die Verfolgung der Tat sicherzustellen (vgl. § 163 Abs. 1 Satz 1 StPO).²⁶² Angesichts der engen situativen Voraussetzungen von § 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Abs. 2 StPO dürfte dies insbesondere bei diesen beiden Festnahmegründen häufig der Fall sein („Koppelungsvorschrift“).²⁶³

b) Verhältnismäßigkeit

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dessen Bedeutung für die Art und Weise der Festnahme bereits herausgestellt wurde, ist grundsätzlich auch bei der Entscheidung über das „Ob“ der Festnahme zu beachten.²⁶⁴ Im Einzelnen ist jedoch zwischen den verschiedenen Festnahmegründen zu unterscheiden.

aa) Die wohl h.M. verlangt selbst für die Jedermanns-Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO, dass der Freiheitsentzug im Verhältnis zur Anlasstat, also zur Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel steht.²⁶⁵ Nachdem der BGH jedoch ausdrücklich betont hat, dass „§ 127 Abs. 1 Satz 1 StPO – der an die ‚Frische‘ und nicht an die ‚Schwere‘ der Tat anknüpft [...] – [...] unabhängig von der Gewichtigkeit der Tat und vom Wert der Beute bei allen Verbrechen oder Vergehen [gilt]“,²⁶⁶ dürfte das Festnahmerecht Privater wohl allenfalls bei offensichtlichem Missverhältnis, namentlich bei offenkundigen Bagatellfällen ausgeschlos-

²⁶¹ Siehe die Nachweise bei *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 29b, 29c.

²⁶² I.E. wie hier *Dittmer*, Vorläufige Festnahme, S. 34 (zu § 127 Abs. 2 StPO); so wohl auch *Reuss*, Festnahmerechte, S. 38 (zu § 127 Abs. 1 StPO).

²⁶³ Zum Begriff *Maurer*, Allg. Verwaltungsrecht, § 7 Rn. 48 f.

²⁶⁴ Siehe bereits oben zum Festnahmesurrogat des § 127a StPO. Zur Unanwendbarkeit des Festnahmerechts aus §§ 127 ff. StPO bei bloßen Ordnungswidrigkeiten siehe § 46 Abs. 3 Satz 1 OWiG. Dieser schließt jedoch nicht das identifizierungssichernde Festhalte-recht aus § 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 163b, c StPO aus, vgl. *Lampe*, in: KK-OWiG, § 46 Rn. 20.

²⁶⁵ Vgl. die Nachweise bei *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 17 Fn. 57.

²⁶⁶ BGH NSZ 2000, 603.

sen sein.²⁶⁷ Soweit allerdings Strafverfolgungsbeamte als „jedermann“ tätig werden, ist nicht ersichtlich, weshalb es – abweichend von den allgemeinen Grundsätzen für die hoheitliche Eingriffstätigkeit – einer solchen Evidenz bedürfen sollte.²⁶⁸

bb) Im Übrigen steht die Anordnung der Offizialfestnahme unstreitig und unabhängig von einer ausdrücklichen Normierung unter dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit:

Bei dem identifizierungssichernden Festhalterrecht aus § 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 163b Abs. 1 StPO hat dieses Erfordernis unmittelbar im Gesetzeswortlaut („erforderlich“; Identitätsfeststellung „sonst nicht oder nur unter erheblichen Schwierigkeiten“ möglich) Niederschlag gefunden.²⁶⁹ Dass das Gesetz die Sistierung (lediglich) im Hinblick auf Unverdächtige ausschließt, soweit sie „zur Bedeutung der Sache außer Verhältnis“ steht (§ 163b Abs. 2 Satz 2 StPO), erlaubt nicht etwa einen Umkehrschluss dahingehend, dass das Gewicht der Tat für die Zulässigkeit gegenüber Verdächtigen ohne Belang wäre. Der systematisch missglückten Regelung ist – im Gegenteil – immerhin zu entnehmen, dass es bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen von § 163b StPO primär auf die aufzuklärende Tat ankommt und nicht so sehr auf das Gewicht des Aufklärungsinteresses oder die Bedeutung der zu erwartenden Aussage. Abzustellen ist insofern nicht auf die abstrakte Strafandrohung, sondern auf den tatsächlichen Bagatelldarakter der konkreten Tat. Die Eigenschaft als Verdächtiger ist bei der Abwägung zulasten des Betroffenen zu berücksichtigen; ihm gegenüber dürfte die Anordnung der Festnahme wohl nur in Ausnahmefällen, etwa bei geringfügigen Ordnungswidrigkeiten oder in Fällen von besonderer Härte, ausscheiden.²⁷⁰

Bei der haftsichernden Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO gehört der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu den inzidenter zu prüfenden Voraussetzungen des Haftbefehls, vgl. §§ 112 Abs. 1 Satz 2, 113 StPO (Tatbestandsebene).²⁷¹ Genau genommen steht darüber hinaus auch noch die Festnahme als solche – nach Bejahung ihrer tatbestandlichen Anforderungen – unter dem Vorbehalt der bei der Ermessensausübung zu prüfenden Verhältnismäßigkeit (Rechtsfolgeebene). Zumindest

²⁶⁷ H.M., *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 19. A.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 17 und *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 19: Zulässigkeit der Privatfestnahme nur, wenn keine Zweifel an der Verhältnismäßigkeit bestehen. Wiederum a.A. *Kargl*, NStZ 2000, 14, wonach die Verhältnismäßigkeit bei der Entscheidung über das „Ob“ der Festnahme hier keine Rolle spiele.

²⁶⁸ A.A. *Kargl*, NStZ 2000, 14, der die Frage der Verhältnismäßigkeit im Hinblick auf das „Ob“ der Festnahme durch das Legalitätsprinzip verdrängt sieht.

²⁶⁹ Vgl. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 163b Rn. 5.

²⁷⁰ Ausf. *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 26 f.; *Wolter*, in: SK-StPO, § 163b Rn. 27.

²⁷¹ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 26.

de facto wird die Unverhältnismäßigkeit in diesem Verfahrensstadium für Polizeibeamte freilich nur höchst selten feststellbar sein.²⁷²

Wenngleich das beschleunigte Verfahren gerade auf Fälle leichter Kriminalität zugeschnitten (§ 419 Abs. 1 Satz 2 StPO) und – auch und gerade deshalb – unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten umstritten ist, dürfte einer Festnahme nach § 127b Abs. 1 StPO zumindest bei völlig belanglosen Bagatelldfällen das Übermaßverbot entgegenstehen.²⁷³

C. Dauer

1. Ablauf

a) Durchführung

Das Gesetz regelt den Festhaltezeitraum zwischen der Ergreifung (*Festnahme*, §§ 127 ff. StPO) und der Vorführung vor den Haftrichter bzw. der Freilassung (§§ 128 f. StPO) nicht. In der Praxis ist die Festnahme regelmäßig mit der Verbringung auf das Polizeirevier verbunden, wo der Betroffene zunächst polizeilich vernommen wird (§§ 163a, 136 f. StPO).²⁷⁴ § 128 StPO steht dem nicht entgegen.²⁷⁵ Da der Verwahrungsort gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, begegnet der „Vollzug der vorläufigen Festnahme“ in einer (Untersuchungs-)Haftanstalt keinen grundsätzlichen Bedenken (vgl. die Gleichstellungsklauseln in den vormals geltenden Nr. 86, 87 UVollzO).²⁷⁶ Lässt sich der Zweck der Maßnahme ohne größeren Aufwand vor

²⁷² *Wankel*, in: KMR, § 127b Rn. 9; *Wenske*, NStZ 2009, 66 m.w.N.; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 36.

²⁷³ Vgl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 23 (im Hinblick auf den Haftbefehl nach § 127b Abs. 2 StPO).

²⁷⁴ Vgl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 34; *ders.*, a.a.O., § 128 Rn. 4; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 16; *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 113.

²⁷⁵ RGSt 29, 136, 137: „§ 128 StPO schreibt vor, dass der Festgenommene unverzüglich dem Amtsrichter des Bezirkes vorzuführen ist. Hiermit ist indes nicht gesagt, dass die Vorführung unmittelbar vor den Amtsrichter erfolgen muss, und es werden daher die Umstände des speziellen Falls zu berücksichtigen sein, auf welche Weise am zweckmäßigsten und kürzesten gerade im Interesse des Festgenommenen diejenigen Umstände zu beseitigen sind, die die Freilassung behinderten. Um [sic] deshalb wurde denn auch bereits in der Reichstagskommission – Protokoll S. 176 – anerkannt, dass der durch eine Privatperson Festgenommene zunächst der Polizeibehörde vorgeführt werden könne. Erfolgt die Festnahme durch einen Polizei- oder Sicherheitsbeamten, so wird dieses Verfahren sogar die Regel bilden.“ Zust. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 34 (allerdings mit Fehlzitat).

²⁷⁶ Die Untersuchungshaftanstalt Hamburg wirbt unter dem Stichwort „Polizeihaft (zentrales Polizeigefängnis)“ damit, dass in Hamburg „[i]m Gegensatz zu allen anderen Bundesländern [...] die durch die Polizei ‚Vorläufig Festgenommenen‘ bis zu deren Anhörung durch den Haftrichter nicht bei der Polizei, sondern in der Untersuchungshaftanstalt untergebracht“ werden, siehe www.hamburg.de/contentblob/198066/data/untersuchungshaftanstalt-faltblatt.pdf [Stand: 12/2014]. Dennoch fehlt hier – wie auch in den UVollzG der

Ort realisieren, was insbesondere bei der identifizierungssichernden Festnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StPO) bzw. Ergreifung (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b, c StPO) in Betracht kommt, so scheidet eine unnötige Sistierung freilich aus.

Die zwangsweise Verbringung auf das Polizeirevier kann auf die Ermächtigung des § 127 StPO gestützt werden. Ist der Transport bei der Privatfestnahme nach § 127 Abs. 1 StPO nicht oder nur mit unzumutbaren Schwierigkeiten durchführbar, so darf der Betroffene kurzfristig in einer Privatwohnung eingesperrt werden, wenn die Polizei umgehend benachrichtigt wird.²⁷⁷ In besonderen Fällen, namentlich bei zu befürchtender Gegenwehr, soll auch eine Fesselung noch von dieser Vorschrift gedeckt sein, sofern sie zur Anlasstat nicht außer Verhältnis steht.²⁷⁸ Die h.M. lässt bei der Jedermanns-Festnahme auch die Durchsuchung und Beschlagnahme zwecks Sicherstellung der Ausweispapiere (Identifizierungssicherung) oder der Autoschlüssel (Anwesenheitssicherung) als mildere Maßnahmen zu. Das Betreten einer Wohnung bedarf dagegen einer gesonderten Ermächtigung (§§ 102, 105 StPO) bzw. Rechtfertigung (z.B. § 32 StGB). Gleiches gilt für sonstige über die Festnahme und das Festhalten als solche hinausgehenden Zwangs- und Eingriffsmaßnahmen, bei denen die – umstrittene – h.M. wie gesehen auf die landespolizeirechtlichen Befugnisnormen zurückgreift.

b) Kontrolle und Beendigung

Da die staatsanwaltschaftliche Festnahmebefugnis in der Praxis keine nennenswerte Rolle spielt und auch bei der Privatfestnahme meist zeitnah die „Übergabe“ an die Polizei erfolgt, obliegt die Gestaltung des Ablaufs der Maßnahme bis zur Vorführung vor den Haftrichter (§ 128 StPO) – bzw. bis zu der ihr regelmäßig vorgelagerten Entscheidung des Staatsanwalts über die Haftantragstellung, § 128 Abs. 2 Satz 2 StPO²⁷⁹ – de facto in erster Linie den Beamten des Polizeidienstes selbst. Eine Benachrichtigung oder Einschaltung der Staatsanwaltschaft ordnet das Gesetz im Zusammenhang mit der Festnahme nicht an; ihre Beteiligung richtet sich

meisten anderen Länder – eine den Nr. 86, 87 UVollzO entsprechende Regelung zur vorläufigen Festnahme. Hintergrund scheint Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG zu sein, wonach die Landesgesetzgebungskompetenz nur für „das Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ besteht. Siehe aber Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayUVollzG, wonach die Vorschriften dieses Gesetzes für den Vollzug der Haft aufgrund vorläufiger Festnahme nach § 127 StPO, die in einer Justizvollzugsanstalt vollzogen wird, entsprechend gelten, soweit es mit der Eigenart dieser Haft vereinbar ist.

²⁷⁷ KG JR 1971, 30.

²⁷⁸ RGSt 17, 127, 128; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127 Rn. 27.

²⁷⁹ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 128 Rn. 11; vgl. auch *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163 Rn. 32: Vorlage an Haftrichter unter gleichzeitiger Verständigung der Staatsanwaltschaft.

daher nach den allgemeinen Grundsätzen für das Ermittlungsverfahren.²⁸⁰ Da der Festnahme schon wegen des Grundsatzes der vorgängigen richterlichen Entscheidung (Art. 104 GG) zumeist Eilsituationen zugrunde liegen müssen, bei der vorherige Ersuchen oder Aufträge der Staatsanwaltschaft (§ 161 Abs. 1 StPO) kaum infrage kommen, handelt die Polizei in aller Regel auf eigene Initiative. Für ihr Verhältnis zur Staatsanwaltschaft gilt daher § 163 StPO, der anordnet, dass die Polizei (nur) bei Gefahr im Verzug zur Vornahme von Ermittlungen jeder Art berechtigt ist, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist (Abs. 1), und dass sie „ihre Verhandlungen“ ohne Verzug der Staatsanwaltschaft übersendet (Abs. 2).

Die Vorschrift wird im Lichte der allgemeinen Kompetenzverteilung im Ermittlungsverfahren so verstanden, dass die Staatsanwaltschaft sich kraft ihrer Kontroll- und Leitungsbefugnis jederzeit durch Einzelanordnungen einschalten oder das Ermittlungsverfahren an sich ziehen kann. Als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ darf sie an den Ermittlungshandlungen der Polizei und damit auch an der vorläufigen Festnahme teilnehmen. Sie kann von der Polizei eine Unterrichtung über ihre bisherigen Ermittlungen und Maßnahmen verlangen. Zumindere bei schwerwiegenden Straftaten und in besonders wichtigen oder komplizierten Fällen muss die Polizei auch von sich aus mit der Staatsanwaltschaft in Kontakt treten, um ihr die Wahrnehmung ihrer Leitungsaufgabe zu ermöglichen – falls nötig per Telefon, Fax oder E-Mail. In der weit überwiegenden Zahl der Fälle, namentlich im Bereich der Klein- und Mittelkriminalität, wird die Polizei dagegen von einer vorherigen Unterrichtung der Staatsanwaltschaft absehen und ihr die Akten erst nach Durchführung der für erforderlich gehaltenen Ermittlungen vorlegen. Wenngleich es sich nicht um eine feste Regel handelt, entspricht dieses Prozedere der allgemein üblichen polizeilichen Praxis.²⁸¹ Bei der vorläufigen Festnahme gilt insoweit nichts anderes.

Die vorläufige Festnahme ist umgehend zu beenden und der Betroffene freizulassen, wenn eine ihrer Zulässigkeitsvoraussetzungen – etwa der Festnahmegrund oder der Identifizierungssicherung nach erfolgter Aufnahme der Personalien – entfällt oder der Fortbestand der Maßnahme aus einem sonstigen Grund (Erreichen der Höchstdauer, Unverhältnismäßigkeit der Fortdauer, Ablehnung des Haftbefehls durch den Richter) unzulässig wird.²⁸² Im Gegensatz zu Privatpersonen, die den Verdächtigen im Rahmen des § 127 Abs. 1 StPO jederzeit und ganz nach Belieben wieder auf freien Fuß setzen können, dürfen Polizeibeamte dies aufgrund des Legalitätsprinzips nur in den Grenzen ihrer Amtspflichten tun. Bei der Officialfestnahme scheidet eine Freilassung daher in aller Regel aus, soweit die Festnahmevoraus-

²⁸⁰ Siehe auch *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 122 ff.; zur grundrechtsschützenden Funktion der Kontrolle der Staatsanwaltschaft vgl. auch *Griesbaum/Wallenta*, NSStZ 2013, 376.

²⁸¹ Ausf. zum Vorstehenden *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163 Rn. 3, 24 ff. m.w.N.

²⁸² *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 1, 2.

setzungen (noch) vorliegen.²⁸³ Aus der gesetzlichen Rollenverteilung folgt außerdem, dass die Befugnis der Polizei zur „eigenmächtigen“ Beendigung der Festnahme entfällt, sobald die Staatsanwaltschaft mit der Haftfrage befasst ist oder der Beschuldigte dem Richter vorgeführt wird.²⁸⁴

c) Fortgang nach Ende der vorläufigen Festnahme

Wird der Festgenommene nicht vorher freigelassen, so ist er dem Richter im Amtsgerichtsbezirk der Festnahme vorzuführen, damit dieser ihn gemäß § 115 Abs. 3 StPO vernimmt und über die Anordnung der U-Haft bzw. der einstweiligen Unterbringung – nicht dagegen über die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Festnahme²⁸⁵ – entscheidet (§ 128 Abs. 2 StPO; vgl. Art. 104 Abs. 3 Satz 2 GG).²⁸⁶ Ist gegen den Festgenommenen bereits die öffentliche Klage erhoben, so erfolgt die Vorführung „sofort“ – d.h. unmittelbar²⁸⁷ – oder nach entsprechender Verfügung des gemäß § 128 StPO zuständigen Haftrichters – also mittelbar – vor das zuständige Gericht, dem in diesem Fall die Entscheidung über die Haft obliegt (§ 129 StPO).

Nur im Rahmen des § 163c StPO entscheidet der Richter über „Zulässigkeit und Fortdauer“ der Maßnahme: Hier steht die Entscheidung des Richters mithin nicht *am Ende* der Festnahme, sondern muss bereits *während* der polizeilichen Freiheitsentziehung herbeigeführt werden. Das Verfahren bestimmt sich dabei nach den allgemein für die Vorführung (vgl. § 115 Abs. 1 StPO) geltenden Grundsätzen.²⁸⁸ Nach erfolgter Identitätsfeststellung bzw. nach Fristablauf ist der Betroffene freizulassen, sofern keine Fortsetzung der Freiheitsentziehung nach §§ 127 ff. StPO – oder auf anderweitiger Rechtsgrundlage – in Betracht kommt.

Einen mehr oder weniger nahtlosen Übergang in das Hauptverfahren ermöglichen die – in ihrem Anwendungsbereich allerdings sehr eng gefassten – Regelungen über das beschleunigte Verfahren (§§ 417 ff. StPO). Unabhängig davon, auf welche Grundlage die Festnahme gestützt wurde, kann der Richter unter den Voraussetzungen des § 127b Abs. 2 StPO Haftbefehl erlassen, wenn die Durchführung der Hauptverhandlung binnen einer Woche zu erwarten ist. Ist sie gar sofort möglich, kann die Festnahme auch unmittelbar in die Hauptverhandlung münden, ohne dass ihr dazu noch eigens ein Haftbefehl vorausgehen müsste.

²⁸³ Paeffgen, in: SK-StPO, § 127 Rn. 34; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 44 f.

²⁸⁴ Paeffgen, in: SK-StPO, § 128 Rn. 3; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 2.

²⁸⁵ Schultheis, in: KK-StPO, § 128 Rn. 9 m.w.N.

²⁸⁶ Befindet sich am Sitz des Richters eine Staatsanwaltschaft und lässt die Zeit es zu, so hat die Überstellung des Beschuldigten durch den Polizeibeamten an den Staatsanwalt Vorrang, Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 8.

²⁸⁷ „Sofort“ begründet also in zeitlicher Hinsicht keinen strengeren Maßstab als die „Unverzüglichkeit“ gemäß § 128 StPO, Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 129 Rn. 3.

²⁸⁸ Erb, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 13 ff.

2. Höchstdauer

§ 128 Abs. 1 StPO sieht in Einklang mit Art. 104 Abs. 2, 3 GG vor, dass der Festgenommene unverzüglich, spätestens am Tag nach der Festnahme, dem Richter vorzuführen oder freizulassen ist. Strengere Vorgaben formuliert das Gesetz nur für die identifizierungssichernde Officialfestnahme: Hier darf die Freiheitsentziehung die Dauer von insgesamt zwölf Stunden nicht überschreiten (§ 163c Abs. 2 StPO). Auch letztere Frist kann im Einzelfall ungleich kürzer zu bemessen sein, da das Gesetz den Strafverfolgungsbeamten die unverzügliche Vorführung vor den Richter zwecks Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer der Maßnahme aufgibt.

a) Absolute Höchstdauer

Die Obergrenze ist nur bei der identifizierungssichernden Officialfestnahme in festen Zeiteinheiten bemessen; in dem gesetzlichen Auftrag des Richters, hier auch über die „Fortdauer“ der Maßnahme zu entscheiden (§ 163c Abs. 1 StPO), ist die mindere Befugnis mitenthaltend, die Dauer auf eine kürzere Zeit als die Höchstfrist von zwölf Stunden zu begrenzen.²⁸⁹ Im Rahmen des § 128 StPO variiert die zulässige Höchstdauer der Maßnahme je nach Festnahmezeitpunkt und kann zwischen gut 24 Stunden (Ergreifen kurz vor Mitternacht) und knapp 48 Stunden (Ergreifen kurz nach Mitternacht) betragen. Mag diese Bandbreite wegen der mit ihr verbundenen Zufälligkeiten und Manipulationsmöglichkeiten (willkürliche Veranlassung der Festnahme möglichst im Zeitraum zwischen Mitternacht und den frühen Morgenstunden)²⁹⁰ auch aus Gleichheitsgesichtspunkten überraschen, so überzeugt doch die ihr offenbar zugrunde liegende Wertung der Verfassung (Art. 104 Abs. 2, 3 GG), dass die Eingriffsintensität kurzfristiger Festhaltemaßnahmen nicht allein nach der absoluten Dauer der Freiheitsentziehung zu beurteilen ist, sondern auch und gerade nach der Anzahl der in Haft verbrachten (Mitter-)Nächte. Durch Landesverfassungsrecht kann keine kürzere Frist festgelegt werden.²⁹¹

Schlägt die identifizierungssichernde Officialfestnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b, c StPO) später in eine Festnahme auf anderer Grundlage (§§ 127, 127b StPO) um, so tritt die variable Höchstfrist des § 128 StPO an die Stelle der Zwölf-Stunden-Frist nach § 163c Abs. 2 StPO (zur Anrechnung siehe unten 4.a.). Probleme können sich bei der Bestimmung der einschlägigen Höchstfrist im Grunde nur dann ergeben, wenn die identifizierungssichernde Privatfestnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StPO) in eine Ablieferung des Betroffenen bei der Polizei mündet, wo sich die Identitätsfeststellung nunmehr nach §§ 163b, c StPO richtet. In

²⁸⁹ Erb, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 17 m.w.N.

²⁹⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 4.9.2009, Az.: 2 BvR 2520/07 (juris): Identitätsüberprüfung um 23.30 Uhr, vorläufige Festnahme um 0.05 Uhr.

²⁹¹ Ganz h.M. seit OLG Koblenz, Beschl. vom 22.12.1983, Az.: 1 Ws 868/83 (juris); a.A. Paeffgen, in: SK-StPO, § 128 Rn. 5.

diesem Fall spricht vieles für eine kumulative Anwendung beider Höchstfristen (§§ 128 Abs. 2, 163c Abs. 2 StPO) mit der Maßgabe, dass die kürzere Frist des § 163c Abs. 2 StPO erst bei Beginn der polizeilichen Freiheitsentziehung zu laufen beginnt.²⁹²

b) „Unverzüglichkeit“

aa) Allgemeine Grundsätze

Der durch die absolute Höchstdauer vorgezeichnete Rahmen wird weiter dadurch eingegrenzt, dass das Gesetz den Strafverfolgungsbehörden die *unverzügliche* Vorführung vor den Richter aufgibt, sofern der Betroffene nicht freigelassen wird (§ 128 Abs. 1 Satz 1 StPO).²⁹³ Dies entspricht dem verfassungsrechtlichen Postulat aus Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG, das auch bei der strafprozessualen Festnahme (Abs. 3) zu beachten ist.²⁹⁴ Es gilt selbst dann, wenn erkennbar ist bzw. wird, dass die Freiheitsentziehung vor Ablauf der Höchstfrist beendet sein wird²⁹⁵ oder dass der mit der Vorführung verbundene Zeitaufwand dazu führt, dass das Festnahmeziel (z.B. Identifizierung) nicht mehr fristgemäß verwirklicht werden kann.²⁹⁶ Würde die Vorführung dagegen zu einer Verlängerung der Freiheitsentziehung über den für ihre Zweckerreichung erforderlichen Zeitraum hinaus führen und damit entgegen ihrem Schutzzweck eine zusätzliche Belastung für den Betroffenen bewirken, darf sie ausnahmsweise unterbleiben (vgl. § 163c Abs. 1 Satz 2 a.E. StPO, der Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens ist, siehe oben I.A.2.b.cc. zu Art. 104 GG).

Wegen der unterschiedlichen Zielrichtungen kommt es anders als bei § 121 BGB nicht auf subjektiv schuldhaftes Zögern an, sondern auf die objektiv vermeidbare Säumnis.²⁹⁷ „Unverzüglich“ bedeutet demnach ohne jede Verzögerung, die nicht durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt ist. Als zulässige Gründe sind insbesondere die notwendigen Protokollierungs- und Registrierungsarbeiten, der Geschäftsbetrieb und die üblichen Verbringungsarten anerkannt.²⁹⁸ Dass es außerdem

²⁹² Die Ausführungen von *Wolter*, in: SK-StPO, § 163c Rn. 5, wonach die Höchstgrenze von 12 Stunden auch bei Maßnahmen auf anderer Rechtsgrundlage gelte, sofern die Festhaltung nach § 163b StPO aufrechterhalten bleibe, und wonach Freiheitsentziehungen während mehrerer Maßnahmen zur Feststellung der Identität zu addieren seien, beziehen sich dagegen offenbar nur auf hoheitliche Eingriffe („Maßnahmen“).

²⁹³ Nichts anderes gilt, wenn die öffentliche Klage bereits erhoben ist (§ 129 StPO), da „sofort“ im Sinne von „direkt“ zu verstehen ist, *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 129 Rn. 3.

²⁹⁴ *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 65 ff.

²⁹⁵ BVerfG, Beschl. vom 15.5.2002, Az.: 2 BvR 2292/00, Rn. 27, 30 (juris).

²⁹⁶ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 5.

²⁹⁷ *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 71 ff.; *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 8.

²⁹⁸ BVerfG, Beschl. vom 15.5.2002, Az.: 2 BvR 2292/00, Rn. 26 (juris): „Nicht vermeidbar sind z.B. die Verzögerungen, die durch die Länge des Weges, Schwierigkeiten

nicht beanstandet, sondern geradezu als Selbstverständlichkeit erachtet wird, wenn die vor Ort festgenommene Person nach ihrer Ergreifung zunächst auf die Polizeiwache verbracht und dort befragt wird, ist bereits dargetan worden.²⁹⁹ Zur Begründung wird mitunter angeführt, dass sich das Unverzüglichkeitsgebot lediglich an die Institutionen Polizei und Staatsanwaltschaft, nicht jedoch an den festnehmenden Beamten selbst richte; dessen Pflicht beschränke sich daher darauf, den Betroffenen unverzüglich einer Polizeibehörde zu überstellen.³⁰⁰

Die fehlende Erreichbarkeit eines Richters kann dagegen wegen der verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates, der Bedeutung des Richtervorbehalts durch geeignete organisatorische Vorkehrungen Rechnung zu tragen, nicht ohne Weiteres als Hinderungsgrund für die unverzügliche Nachholung der richterlichen Entscheidung zugelassen werden.³⁰¹ Daraus folgt zwar keine Verpflichtung, eine ununterbrochene Erreichbarkeit des zuständigen Richters zu gewährleisten. Sicherzustellen ist jedoch, dass er werktags zumindest tagsüber erreichbar ist und dass an Wochenenden und Feiertagen ein wenigstens telefonisch erreichbarer Bereitschaftsdienst besteht.³⁰² Einschränkungen sind in beiden Fällen für die Nachtzeit i.S.v. § 104 Abs. 3 StPO zulässig, sofern nicht aufgrund vorhersehbarer Umstände mit einem besonderen Festnahmeaufkommen zu rechnen war.³⁰³

bb) Zulässigkeit der Ausschöpfung der Frist zur Sachverhaltsaufklärung

Fraglich und umstritten war lange, ob auch über die kurzfristige Befragung auf dem Polizeirevier hinausgehende Verzögerungen der Vorführung vor den Richter zulässig sind, um den Strafverfolgungsbeamten eine weitere Aufklärung des Sachverhalts und weitere Beweiserhebungen zu ermöglichen. Im Schrifttum wurde dies häufig – unter Hinweis auf den Gesetzeswortlaut, Art. 104 GG und die enge Auslegung von § 115 Abs. 1 StPO – verneint³⁰⁴ und die entgegengesetzte Praxis als Ge-

beim Transport, die notwendige Registrierung und Protokollierung, ein renitentes Verhalten des Festgenommenen oder vergleichbare Umstände bedingt sind.“; *Dvorak*, StV 1983, 515; *Nelles*, StV 1992, 387.

²⁹⁹ Siehe *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 128 Rn. 4 f.; abl. wohl *Rüping*, FS für Hirsch, S. 971.

³⁰⁰ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 128 Rn. 5; siehe außerdem *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 113; ähnlich bereits RGSt 29, 136, 137.

³⁰¹ BVerfG, Beschl. vom 15.5.2002, Az.: 2 BvR 2292/00, Rn. 26 (juris) mit Verweis auf die in BVerfGE 103, 142 im Hinblick auf die Wohnungsdurchsuchung (Art. 13 GG) herausgearbeiteten Grundsätze. Siehe auch *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 5.

³⁰² LG Hamburg StV 2009, 485; vgl. auch BVerfG, NVwZ 2006, 925.

³⁰³ BVerfG, Beschl. vom 12.6.2006, Az.: 2 BvR 1395/05, Rn. 43 (juris); Beschl. vom 2.6.2006, Az.: 2 BvR 2118/05, 2 BvR 2127/05, 2 BvR 2128/05, 2 BvR 2178/05, Rn. 28 (juris). Wohl noch weitergehend *Rüping*, FS für Hirsch, S. 971.

³⁰⁴ Siehe insb. *Dvorak*, StV 1983, 514.

setzesmissbrauch abgelehnt.³⁰⁵ Der BGH hingegen erachtet es für unbedenklich, wenn die (äußerste) Frist des § 128 StPO zur Durchführung weiterer Ermittlungen, insbesondere zur Vernehmung des Betroffenen verwendet und ggf. ausgeschöpft wird, ehe die Vorführung oder Freilassung erfolgt.³⁰⁶ Anders als bei der Ergreifung aufgrund eines richterlichen Haftbefehls (§ 115 StPO) oder einer Ausschreibung zur Festnahme (§§ 131 Abs. 2, 5 i.V.m. § 115 StPO), wo den festnehmenden Beamten regelmäßig eine über dessen Inhalt hinausgehende Sachverhaltskenntnis und eigene Entscheidungsbefugnisse fehlen, gehe es im Rahmen der §§ 127 Abs. 2, 128 StPO primär um Sachverhaltsaufklärung durch insoweit selbstständig agierende Hoheitsträger, die auch im Stadium zwischen Festnahme und Vorführung Ermittlungsbefugnisse und -pflichten innehaben. Hier müsse nicht nur dem Beschuldigten im Wege einer Anhörung Gelegenheit zur Beseitigung der Verdachtsgründe gegeben werden, sondern es sei auch sicherzustellen, dass der anschließend über den Haftbefehl entscheidende Richter eine möglichst umfassende Entscheidungsgrundlage erhalte.³⁰⁷ Aus diesem Grund werden auch Verzögerungen für zulässig erachtet, die sich aus der Erstellung des Zuführberichts ergeben, in dem der Sachverhalt und die bisherigen Ermittlungen zusammengefasst werden.³⁰⁸

Im Schrifttum wird zu Recht darauf hingewiesen, dass der Anwendungsbereich dieser Rechtsprechung erst dann eröffnet ist, wenn der Festnahmetatbestand, im Fall des § 127 Abs. 2 StPO also namentlich die Haftbefehlsreife, schon im Moment der Ergreifung vollumfänglich verwirklicht war. Festnahme und Festhalten scheiden mithin aus, soweit es darum geht, die Existenz dieser Voraussetzungen erst noch zu ermitteln.³⁰⁹ Der Begründung des BGH lässt sich außerdem implizit entnehmen, dass das Ausschöpfen der Höchstfrist nur insoweit zulässig ist, als die Beantragung eines Haftbefehls überhaupt (§§ 127 Abs. 1, 127b StPO) bzw. noch (§ 127 Abs. 2 StPO) ernsthaft in Erwägung gezogen wird. Zeichnet sich im Anschluss an die Festnahme ab, dass von einer Haftantragstellung Abstand genommen wird, so rechtfertigt das bloße Ziel einer weiteren Sachverhaltsaufklärung keinesfalls die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung. Auch aus diesem Grund ist die oben genannte Rechtsprechung nicht auf das identifizierungssichernde Festhalterecht übertragbar: Da die Vorführung nach § 163c Abs. 1 Satz 2 StPO nicht auf den Erlass eines Haftbefehls als eigenständiger Zwangsmaßnahme zielt,³¹⁰ sondern allein auf die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung über die Zulässigkeit

³⁰⁵ Siehe etwa *Seebode*, StV 1989, 119.

³⁰⁶ BGH NStZ 1990, 195; a.A. OLG Frankfurt a.M. JW 1922, 1058.

³⁰⁷ Zust. *Fezer*, JR 1991, 86 f.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 10; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 128 Rn. 6; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 128 Rn. 5. Abl. *Deckers*, NJW 1991, 1154 ff.; *Nelles*, StV 1992, 387 ff.; *Paeffgen*, NStZ 1992, 533.

³⁰⁸ LG Hamburg StV 2009, 485.

³⁰⁹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 10; siehe auch bereits *Dvorak*, StV 1983, 515.

³¹⁰ Siehe zum Gegenstand der richterlichen Entscheidung *Fezer*, JR 1991, 86 Fn. 10.

und (maximal zwölfstündige) Fortdauer der Freiheitsentziehung, kommt ein Festhalten zu anderen Zwecken als der Identifizierung, etwa einer Vernehmung, hier nach keinesfalls in Betracht (vgl. außerdem § 163c Abs. 1 Satz 1 StPO: Erfordernis der Unerlässlichkeit zwecks Identitätsfeststellung).³¹¹ Zu beachten ist schließlich, dass die in § 128 Abs. 1 StPO normierte Höchstfrist eine äußerste Frist ist, deren Ausschöpfung nicht zur Regel gemacht werden darf. Ein Aufschieben der Vorführung ist daher nur so lange möglich, wie tatsächlich noch ermittelt wird.³¹²

Ungeachtet dieser Einschränkungen ist mit der großzügigen Auslegung des Unverzüglichkeitskriteriums durch den BGH eine beachtliche funktionale Erweiterung des Festnahme- bzw. Festhalterechts aus §§ 127 ff. StPO verbunden: Der Fortbestand der Maßnahme wird über die im Gesetz normierten Gründe der *Festnahme* hinaus auch im Hinblick auf solche Zwecke – Beweiserhebung und Vernehmung – gebilligt, die ihrer Anordnung eigentlich fremd sind.³¹³ In Wirklichkeit bestätigt die Rechtsprechung damit allerdings nur eine Praxis der Ermittlungsbehörden, die nicht zuletzt in Verteidigerkreisen seit längerem – als „weitverbreitete[r] Missbrauch“ des Gesetzes³¹⁴ – bemängelt wird. Der Vorwurf geht dahin, dass der Festnahmezeitraum vor der Vorführung vor den Richter regelmäßig dazu ausgenutzt werde, unter erleichterten Bedingungen mit der Aufklärung des Sachverhalts fortzufahren, weil man meine, bis 23.59 Uhr des Folgetages Zeit zu haben, um den Tatverdacht zu erhärten.³¹⁵ Gelingt es der Polizei dann auch noch, den Festnahmezeitpunkt – im Rahmen des polizeitaktisch Vertretbaren, dessen Einhaltung einer effektiven gerichtlichen Kontrolle naturgemäß nur bedingt zugänglich ist – in den Zeitraum zwischen Mitternacht und den frühen Morgenstunden zu legen,³¹⁶ so steht den Ermittlern für diese Form der vereinfachten Sachverhaltsaufklärung eine Zeitspanne von fast zwei vollen Tagen zur Verfügung. Die Grenzen zum prozessmissbräuchlichen Verhalten dürften hier im Einzelfall meist fließend verlaufen.³¹⁷

³¹¹ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 2 m.w.N.

³¹² Vgl. die Sachverhaltsschilderung in LG Hamburg StV 2009, 485.

³¹³ Zur Unzulässigkeit der polizeilichen Festnahme zwecks Vernehmung siehe oben B.3.e.bb. sowie BGH NJW 1962, 1020.

³¹⁴ *Löwenstein*, JW 1922, 1059.

³¹⁵ *Deckers*, NJW 1991, 1154; *Seebode*, StV 1989, 119; siehe auch *Wolter*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 100 Fn. 47 m.w.N.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 224.

³¹⁶ Vgl. den Sachverhalt in LG Hamburg StV 2009, 485: Festnahme gegen 0.30 Uhr wegen des Verdachts des unerlaubten Aufenthalts (§ 95 AufenthG).

³¹⁷ *Deckers*, NJW 1991, 1155 f.; vgl. auch *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 224.

3. Verlängerung

Eine richterliche oder nicht richterliche Verlängerung der vorläufigen Festnahme bzw. der mit einer Identitätsfeststellung verbundenen Freiheitsentziehung über die in §§ 128 Abs. 1 Satz 1, 163c Abs. 2 StPO genannten absoluten Höchstfristen hinaus ist ausgeschlossen. Während der Richter im Rahmen des § 128 Abs. 2 StPO vor die strikte Alternative Freilassung oder Überführung der Freiheitsentziehung in das Regime der Untersuchungshaft (bzw. der einstweiligen Unterbringung) gestellt ist, vgl. Art. 104 Abs. 3 Satz 2 GG, hat er bei der identifizierungssichernden Offizialfestnahme immerhin die Möglichkeit, den Ermittlungsbeamten das Ausschöpfen der (Zwölfstunden-)Frist zum Zwecke der Identitätsfeststellung zu genehmigen (vgl. § 163c Abs. 1 Satz 2 StPO: „Entscheidung über Zulässigkeit und Fortdauer“).

Nachdem auch der Gesetzgeber von der ihm in Art. 115c Abs. 2 GG eingeräumten Möglichkeit, für den Verteidigungsfall kraft Gesetzes eine verlängerte Höchstfrist von maximal „vier Tagen“ vorzusehen, „wenn ein Richter nicht innerhalb der für Normalzeiten geltenden Frist tätig werden konnte“, keinen Gebrauch gemacht hat, ist eine Aufrechterhaltung dieser polizeilichen Freiheitsentziehung über 48 Stunden hinaus *de lege lata* schlechterdings ausgeschlossen.

4. Fristberechnung und Anrechnungen

a) Fristbeginn und Anrechnung anderweitiger Maßnahmen

Die Frist des § 128 Abs. 1 StPO beginnt grundsätzlich mit der Festnahme als dem Startpunkt der Freiheitsentziehung.³¹⁸ Zu beachten ist jedoch stets auch die Vorgabe aus Art. 104 Abs. 2, 3 GG, wonach niemand länger als bis zum Ende des auf die Festnahme folgenden Tages ohne richterliche Genehmigung festgehalten werden darf. Daraus folgt, dass die Dauer einer anderweitigen Freiheitsentziehung – unabhängig von Anlass und Natur dieser Maßnahme – in die gesetzliche Frist einzubeziehen ist, wenn sie der vorläufigen Festnahme unmittelbar vorausgegangen ist.³¹⁹ Dies gilt etwa für den Fall, dass ein polizeirechtlicher Präventivgewahrsam nachträglich in eine strafprozessuale Verhaftung „umschlägt“, dass sich im Anschluss an eine identifizierungssichernde Sistierung (§ 163c StPO) ein neuer Festnahmegrund ergibt oder dass im Verlauf der Freiheitsentziehung Anhaltspunkte für einen anderen die Festnahme rechtfertigenden Tatverdacht oder Sachverhalt zu Tage treten. Im Ergebnis findet insoweit also für die Zweitmaßnahme nach §§ 127 ff. StPO eine Vorverlagerung des Fristbeginns statt.

³¹⁸ Dies gilt auch für die Beurteilung der Unverzüglichkeit, *Gusy*, NJW 1992, 462.

³¹⁹ BGH NStZ 1988, 233: „[D]ie Auswechslung der Rechtsgrundlage einer fortdauernden Freiheitsentziehung [ist] ohne Bedeutung für die richterliche Prüfungszuständigkeit und den für die Entscheidung vorgegebenen zeitlichen Rahmen.“; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 9; *Rüping*, in: BK-GG, Art. 104 Rn. 71.

Für eine Anrechnung früherer, der gegenwärtigen Festnahme nicht unmittelbar vorgelagerter Freiheitsentziehungen besteht dagegen im Hinblick auf den Schutzzweck der Frist (zeitnahe richterliche Kontrolle) selbst dann kein Anlass, wenn es in beiden Fällen um denselben Tatvorwurf geht.³²⁰ Im Rahmen des § 163c StPO wird allerdings aus dem Wortlaut („insgesamt“) und dem Sinn der Bestimmung gefolgert, dass eine vorübergehende Unterbrechung der Freiheitsentziehung innerhalb ein und derselben Identitätsfeststellung keine neue Frist in Gang setze.³²¹

b) Fristende bzw. Bezugspunkt der Frist

Die Frist läuft am Tag nach dem Beginn der Freiheitsentziehung ab, egal, ob er ein Werktag oder Feiertag ist oder ob er auf ein Wochenende fällt. Sobald für die Ermittlungsbeamten erkennbar ist, dass eine fristgemäße Vorführung vor den Richter ausscheidet, muss der Betroffene freigelassen werden. Ein rechtswirksamer Verzicht auf die Einhaltung dieser Fristen kommt für ihn nicht infrage.³²² Für die Vorführung bedarf es wegen der fehlenden Einflussnahmemöglichkeit der Polizei auf die gerichtlichen Abläufe und die richterliche Disponibilität keiner körperlichen Verbringung des Beschuldigten vor den zuständigen Richter. Es reicht vielmehr wie bei § 115 StPO aus, dass er in dessen unmittelbaren Machtbereich gelangt, indem er in die nächstgelegene Justizvollzugsanstalt eingeliefert wird und der Richter Gelegenheit zur Kenntnismahme hiervon erhält, damit er ihn jederzeit zur Vernehmung vor sich bringen lassen kann.³²³

§ 128 StPO verweist im Übrigen lediglich auf § 115 Abs. 3 StPO, enthält jedoch weder Angaben dazu, wann die Vernehmung beginnen muss, noch darüber, bis zu welchem Zeitpunkt die Entscheidung des Richters zu ergehen hat. § 129 StPO, der die sofortige Vorführung vor das zuständige Gericht anordnet für den Fall, dass die öffentliche Klage bereits erhoben ist, bestimmt in Halbsatz 2 ausdrücklich, dass die Entscheidung über die Haft spätestens am Tag nach der Festnahme – also noch innerhalb der zeitlichen Obergrenze des § 128 StPO – ergehen muss. Nach h.M. gilt diese Regelung wegen des hohen Rangs des Grundrechts der persönlichen Freiheit analog, wenn noch keine Anklage erhoben ist.³²⁴ Der Festgenommene ist

³²⁰ Eine lediglich symbolische Freilassung, die in der Absicht erfolgt, den Betroffenen sogleich erneut festzunehmen, lässt den Fristenlauf des § 128 StPO freilich unberührt.

³²¹ *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163c Rn. 2; *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 4.

³²² *Schultheis*, in: KK-StPO, § 128 Rn. 5, 8.

³²³ *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 2; *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 115.

³²⁴ *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 128 Rn. 7, 13 m.w.N. A.A. *Wankel*, in: KMR, § 128 Rn. 4; Beginn der Vernehmung am Tag nach der Festnahme in Ausnahmefällen ausreichend (§ 115 Abs. 2 StPO analog). So wohl auch *Wolter*, in: SK-StPO, § 163c Rn. 8. Noch weitergehend OLG Frankfurt NJW 2000, 2037: Beginn der Vernehmung am übernächsten Tag nach der Festnahme vertretbar; dies abl. die ganz h.L., siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 11 Fn. 20; *Paeffgen*, NJW 2001, 80; *Schäfer*, NJW 2000, 1996.

mithin so rechtzeitig zu vernehmen, dass diese Entscheidungsfrist eingehalten werden kann. Im Wege eines Erst-recht-Schlusses und wegen Art. 104 Abs. 2, 3 GG wird für den Vernehmungsbeginn zwar das Unverzüglichkeitserfordernis aus § 115 Abs. 2 StPO entsprechend herangezogen, nicht jedoch die in dieser Vorschrift enthaltene Möglichkeit, die Vernehmung notfalls erst am Folgetag durchzuführen.³²⁵

c) Exkurs: Anrechnung auf spätere Verurteilung

Gemäß § 51 Abs. 1 StGB wird neben der Untersuchungshaft auch jede andere Freiheitsentziehung, die der Verurteilte aus Anlass der verfahrensgegenständlichen Tat im In- oder Ausland erlitten hat, auf die zeitige Freiheitsstrafe oder – mit einem Tagessatz pro Tag Freiheitsentziehung (Abs. 4) – auf die Geldstrafe angerechnet, es sei denn, das Gericht hält die Anrechnung im Hinblick auf sein Nachtatverhalten nicht für gerechtfertigt. Unter den Begriff der „anderen Freiheitsentziehung“ fällt „jede behördliche Freiheitsentziehung, die der Strafverfolgung dient“,³²⁶ also nicht nur die „Polizeihaft nach § 127 Abs. 2 StPO“,³²⁷ sondern auch das – polizeiliche – Festhalten nach vorläufiger Festnahme auf anderer Grundlage (insb. §§ 127 Abs. 1, 127b Abs. 1 StPO).³²⁸

5. Verhältnismäßigkeit

Auch in zeitlicher Hinsicht ist bzw. bleibt die Festnahme nur so lange zulässig, wie ihr ein legitimer gesetzlicher Zweck zugrunde liegt und die Maßnahme sich zur Erreichung dieses Zwecks als geeignet, erforderlich und angemessen darstellt. Fällt der gesetzliche Festnahmезweck im Verlauf der Maßnahme weg, weil sich etwa im Fall des § 127 Abs. 2 StPO die Annahme von Verdunkelungsgefahr als unbegründet herausgestellt hat, oder wird z.B. der Zweck der Identitätsfeststellung erreicht, so ist der Betroffene unverzüglich freizulassen; eine Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung zur weiteren Sachverhaltsaufklärung scheidet bei der Erledigung des gesetzlichen Festnahmeziels aus.³²⁹ Gleiches gilt, wenn ersichtlich wird, dass der Festnahmезweck, etwa die Identifizierung, im Rahmen der Festnahme(-frist) nicht mehr erreicht werden kann oder wenn sich gleich wirksame, aber eingriffs-

³²⁵ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 11; zur richterlichen Pflicht, unverzüglich über den Haftantrag zu entscheiden DienstGH Brandenburg BeckRS 2012, 16785; dazu Schultheis, NSTZ 2014, 75. Siehe auch BVerfG BeckRS 2009, 39529.

³²⁶ RGSt 69, 327.

³²⁷ von Heintschel-Heinegg, in: BeckOK-StGB, § 51 Rn. 3.

³²⁸ RGSt 69, 327; Kett-Straub, in: Kindhäuser u.a. (Hrsg.), StGB, § 51 Rn. 6 f.; Stree/Kinzig, in: Schönke/Schröder, § 51 Rn. 4; Maier, in: MüKo-StGB, § 51 Rn. 13. Für eine Anrechnung der Festnahme durch eine Privatperson (§ 127 Abs. 1 StPO) Lackner/Kühl, StGB, § 51 Rn. 1 m.w.N.

³²⁹ Fezer, JR 1991, 87; AG Offenbach StV 1991, 154 f.

mildere Alternativen aufzun. Daraus ergibt sich, dass Verdächtige zu Identifizierungszwecken nur dann auf das Polizeirevier verbracht werden dürfen, wenn die Identitätsfeststellung am Festnahmeort wegen störender Einflüsse nicht möglich oder erheblich erschwert ist oder die Ausweispapiere unecht erscheinen.³³⁰

Ausdrückliche gesetzliche Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Hinblick speziell auf die Fortdauer der Maßnahme finden sich ferner in § 127a StPO (Absehen von Anordnung *oder* Aufrechterhaltung) sowie in § 163c Abs. 1 Satz 1 (Zulässigkeit nur solange, wie zur Identitätsfeststellung unerlässlich) und Satz 2 a.E. StPO (ausnahmsweise Entbehrlichkeit der Vorführung vor den Richter, wenn sie mehr Zeit in Anspruch nehmen würde, als die Identitätsfeststellung selbst).

D. Garantien

Lange sah das Gesetz im Hinblick auf die mit der vorläufigen Festnahme verbundene Freiheitsentziehung keine haftspezifischen Garantien vor. Für die Rechtsstellung der festgehaltenen Person blieben damit im Wesentlichen die allgemeinen, aus ihrer Verfahrensstellung als Beschuldigter abzuleitenden Verteidigungsrechte maßgeblich (§§ 136 ff. StPO).³³¹ Eine Erklärung für das Fehlen speziellerer Regelungen dürfte nicht zuletzt in der eingangs geschilderten traditionellen „Vernachlässigung“ des Festhaltecharakters der vorläufigen Festnahme liegen.³³² Zwar wurden in der polizeilichen Praxis mitunter über die Beschuldigtenrechte hinausgehende, an die Haftsituation anknüpfende verfahrensrechtliche Sicherungen gewährt,³³³ die teils auch explizit oder implizit dem höherrangigem Recht entsprangen.³³⁴ Die in Ermangelung einer klaren gesetzlichen Ansage zwangsläufig unsystematische, uneinheitliche und – nicht zuletzt was den Zeitpunkt der Einräumung dieser Garantien anbelangt – unbefriedigende Praxis gab jedoch Anlass zu Sorge.³³⁵ Insbesondere der Europäische Ausschuss zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe hatte den deutschen Gesetzgeber wiederholt um Abhilfe ersucht.³³⁶ Diesen Forderungen hat das U-HaftRÄndG vom 29.7.2009 schließlich entsprochen, indem in den §§ 127

³³⁰ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 17a.

³³¹ *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 136 ff.

³³² Vgl. die deutsche Stellungnahme in Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 15 Rn. 19.

³³³ Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 14 ff.; Begr. des RegE eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drucks. 16/11644, S. 2.

³³⁴ Vgl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114a Rn. 2: Rechtsstaatsprinzip, Art. 5 EMRK.

³³⁵ Siehe Begründung des RegE, BT-Drucks. 16/11644, S. 16 f.

³³⁶ Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 14 ff., 82 f.; vgl. *Kazelle*, NJ 2010, 3.

Abs. 4, 127b Abs. 1 Satz 2 und § 163c Abs. 1 Satz 3 StPO mit Wirkung zum 1.1.2010 Verweisungen auf die gleichzeitig neugefassten – und mit Gesetz vom 2.7.2013 zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 weiter ausgedehnten³³⁷ – Informations-, Belehrungs- und Benachrichtigungspflichten aus dem Untersuchungshaftrecht (§§ 114a ff. StPO) aufgenommen wurden.³³⁸ Damit existieren nun also auch für die strafprozessuale polizeiliche Festnahme geschriebene Garantien, die speziell an die Festhaltungssituation des Betroffenen anknüpfen und die aus seiner Beschuldigteneigenschaft fließenden Verteidigungsrechte komplettieren.³³⁹ Der damit einhergehenden „Verdoppelung“ seiner Rechtsstellung wird nachfolgend Rechnung getragen.

1. Recht auf Information

Sieht man vom Sonderfall des § 163b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 StPO ab, der die Belehrung des von einer Identitätsfeststellung betroffenen Verdächtigen über die ihm zur Last gelegte Tat entsprechend § 163a Abs. 4 Satz 1 StPO anordnet,³⁴⁰ so lassen sich festnahme- und beschuldigtenspezifische Informationsrechte unterscheiden.

a) Festnahmeakzessorische Informationsrechte

aa) Überblick

Die staatsanwaltschaftlich oder polizeilich festgenommene Person (§ 127 Abs. 4 StPO; siehe auch §§ 127b Abs. 1 Satz 2, 163c Abs. 1 Satz 3 StPO) ist zum einen über die „Gründe für die Verhaftung“ und die gegen sie erhobenen „Beschuldigungen“ zu unterrichten (§ 114a Satz 2 StPO). Da sich der Wortlaut der Vorschrift ausweislich der Gesetzesbegründung bewusst an Art. 5 Abs. 2 EMRK („Gründe für [...] Festnahme“, „Beschuldigungen“ etc.) orientiert,³⁴¹ können für ihre Auslegung die in der Rechtsprechung des EGMR entwickelten Grundsätze entsprechend her-

³³⁷ Siehe dazu *Christl*, NStZ 2014, 382 f.

³³⁸ Vgl. Begründung des RegE, BT-Drucks. 16/11644, S. 1, 13 ff. sowie S. 42 zur nicht berücksichtigten Forderung des Bundesrats, in § 163c StPO anstelle des Verweises eine den Besonderheiten der Sistierung Rechnung tragende Sonderregelung zu schaffen.

³³⁹ Wenngleich der Wortlaut der §§ 114a ff. StPO an die Rechte des „verhafteten Beschuldigten“ anknüpft und die Festnahme – so sie auf strafprozessualer Grundlage und nicht als präventiv-polizeiliche Maßnahme ergeht – meist die Beschuldigteneigenschaft begründet (Ausnahme: § 163b Abs. 2 StPO), spielt Letztere bei der *entsprechenden* Anwendung auf die vorläufige Festnahme nach Sinn und Zweck der Regelung keine Rolle.

³⁴⁰ Diese Belehrungspflicht stellt eine wesentliche Förmlichkeit dar, deren Nichtbeachtung die Diensthandlung i.S.d. strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffes (§ 113 Abs. 3 Satz 1 StGB) unrechtmäßig macht, sofern die Belehrung nicht ausnahmsweise entbehrlich ist, weil der Grund der Personalienfeststellung offensichtlich ist oder die Belehrung den Vollstreckungszweck gefährden würde, OLG Hamm NStZ 2013, 62 m.w.N.

³⁴¹ Begr. des RegE, BT-Drucks. 16/11644, S. 15.

angezogen werden. Danach müssen die wesentlichen rechtlichen *und* tatsächlichen Gründe für die Festnahme mitgeteilt werden, damit der Betroffene die Rechtmäßigkeit seiner Freiheitsentziehung gerichtlich überprüfen lassen kann (Art. 5 Abs. 4 EMRK);³⁴² der erforderliche Detailgrad der Information hängt freilich von den Umständen des Einzelfalls ab.

Zum anderen ist der Festgenommene seit 2010 über die in § 114b Abs. 2 Satz 1 StPO aufgezählten Rechte zu belehren, also darüber, dass er „unverzüglich, spätestens am Tag nach der Ergreifung, dem Gericht vorzuführen ist, das ihn zu vernehmen und über seine weitere Inhaftierung zu entscheiden hat“ (Nr. 1), „das Recht hat, sich zur Beschuldigung zu äußern oder nicht zur Sache auszusagen“ (Nr. 2), „zu seiner Entlastung einzelne Beweiserhebungen beantragen kann“ (Nr. 3), „jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, einen von ihm zu wählenden Verteidiger befragen kann“ (Nr. 4), „das Recht hat, die Untersuchung durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl zu verlangen“ (Nr. 5) und dass er „einen Angehörigen oder eine Person seines Vertrauens benachrichtigen kann, soweit der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird“ (Nr. 6). Neu hinzugekommen sind mit Gesetz vom 2.7.2013 die zusätzlich zu erteilenden Hinweise darauf, dass er „in den Fällen des § 140 Abs. 1 und 2 die Bestellung eines Verteidigers nach Maßgabe des § 141 Abs. 1 und 3 beanspruchen kann“ (Nr. 4a), „nach Maßgabe des § 147 Abs. 7 beantragen kann, Auskünfte und Abschriften aus den Akten zu erhalten, soweit er keinen Verteidiger hat“ (Nr. 7), „bei Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft nach Vorführung vor den zuständigen Richter a) eine Beschwerde gegen den Haftbefehl einlegen oder eine Haftprüfung (§ 117 Abs. 1 und 2) und eine mündliche Verhandlung (§ 118 Abs. 1 und 2) beantragen kann, b) bei Unstatthaftigkeit der Beschwerde eine gerichtliche Entscheidung nach § 119 Abs. 5 beantragen kann und c) gegen behördliche Entscheidungen und Maßnahmen im Untersuchungshaftvollzug eine gerichtliche Entscheidung nach § 119a Abs. 1 beantragen kann“ (Nr. 8) und dass dem Verteidiger ein Akteneinsichtsrecht nach § 147 StPO zusteht (Satz 2).³⁴³

Die 2013 gleichzeitig neugefassten Sätze 3 und 4 der Vorschrift enthalten Ergänzungen für Personen mit Auslandsbezug oder sprachlichen Defiziten: Bei unzureichenden Deutschkenntnissen oder einer Hör- bzw. Sprachbehinderung ist der Betroffene zusätzlich über die Möglichkeit der unentgeltlichen Hinzuziehung eines Dolmetschers oder Übersetzers zu unterrichten (Satz 3 i.V.m. § 187 GVG n.F.).

³⁴² EGMR, Urt. vom 30.8.1990, *Fox, Campbell u. Hartley ./ Vereinigtes Königreich*, Az.: 12244/86, 12245/86, 12383/86, § 40: “the essential legal and factual grounds for his arrest”; *Esser*, Europäisches Strafrecht, S. 257 f.; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 5 Rn. 59 f.

³⁴³ Zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch das Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 5.7.2013 siehe *Christl*, NSStZ 2014, 376.

Ausländer sind außerdem auf ihr Recht zur Kontaktierung der konsularischen Vertretung ihres Heimatstaates hinzuweisen (Satz 4 n.F.; Art. 36 Abs. 1 WÜK).

Im Schrifttum wird die Einführung dieser umfangreichen Informationspflichten, deren Nummern 2–4 (seit 2013: –4a) wörtlich und inhaltlich – allerdings in anderer Reihenfolge – § 136 Abs. 1 Satz 2–3 StPO (n.F.) entsprechen, begrüßt. Nur vereinzelt wird moniert, dass die in § 136 Abs. 1 Satz 4 StPO vorgesehenen Soll-Behelungen über die Möglichkeit einer schriftlichen Äußerung und eines Täter-Opfer-Ausgleichs nicht aufgenommen wurden.³⁴⁴ Soweit das Fehlen einer Belehrung über das Akteneinsichtsrecht beanstandet wurde,³⁴⁵ ist der entsprechenden Forderung mit der Einfügung der neuen Nr. 7 und der Neufassung von Satz 2 mit Wirkung zum 6.7.2013 Genüge getan worden. Wenn an § 114b StPO a.F. darüber hinaus das Fehlen eines Hinweises auf den Anwaltsnotdienst und die Möglichkeit einer Verteidigerbestellung nach § 140 StPO bemängelt wurde,³⁴⁶ so ist freilich zu bedenken, dass dies auf einer Linie mit dem restriktiven Ansatz des BGH zu dem insoweit inhaltsgleichen § 136 StPO (a.F.) stand: Hiernach ist allenfalls dann ein Hinweis bezüglich des Anwaltsnotdienstes nötig, wenn der Beschuldigte entweder ausdrücklich den Beistand eines Verteidigers begehrt oder aber offensichtlich ist, dass er einen Anwalt hinzuziehen möchte, dazu aber wirtschaftlich außerstande ist; (nur) im letztgenannten Fall musste denn auch ein Hinweis auf die Möglichkeit der Pflichtverteidigung erfolgen.³⁴⁷ Während eine Information über die Existenz anwaltlicher Notdienste nach wie vor nicht vorgesehen ist, bedarf es nunmehr immerhin stets eines Hinweises auf die §§ 140 f. StPO (Nr. 4a n.F.).

bb) Zeit und Form

Die gesetzlichen Unterrichtungen sind „bei der Verhaftung“ (§ 114a Satz 1 StPO) bzw. „unverzüglich“ (§§ 114a Satz 2, 114b Abs. 1 Satz 1 StPO) vorzunehmen. Sie müssen gemäß den Forderungen des CPT in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Ergreifung, also zu Beginn der Freiheitsentziehung und dort so schnell wie möglich durchgeführt werden.³⁴⁸ Dadurch soll der Festgenommene in die Lage versetzt werden, die bis zur Vernehmung verbleibende Zeit zu

³⁴⁴ *Michalke*, NJW 2010, 19.

³⁴⁵ *Deckers*, StraFo 2009, 441; *König*, AnwBl 2010, 51; a.A. *Brocke/Heller*, StraFo 2011, 2.

³⁴⁶ *Weider*, StV 2010, 103; *Jahn*, FS für Rissing-van Saan, S. 292 f.; *König*, AnwBl 2010, 51.

³⁴⁷ BGH NStZ 1996, 291, 293; 2002, 380, 381; 2006, 114, 115; 2006, 236, 237; noch zurückhaltender BGH NStZ 1996, 452, 453; krit. *Neuhaus*, StV 2010, 46 ff.; siehe dazu auch die entsprechende Begr. des RegE zur Neuregelung, BT-Drucks. 17/12578, S. 16.

³⁴⁸ Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 14 ff.; Begr. des RegE eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drucks. 16/11644, S. 13. Zur Abgrenzung zu bloßen Freiheitsbeschränkungen im Rahmen von §§ 163b f. StPO siehe *Brocke/Heller*, StraFo 2011, 2.

nutzen, um seine Verteidigung angemessen vorzubereiten. Ein Zuwarten bis zur Verbringung auf das Polizeirevier oder gar bis zum Beginn der Vernehmung ist grundsätzlich ausgeschlossen. Verzögerungen sind nur bei Vorliegen eines sachlichen Grundes gerechtfertigt. In der Entwurfsbegründung werden hier solche Fälle aufgeführt, in denen die Polizei zeitgleich zur Festnahme noch andere, keinen Aufschub duldende Maßnahmen zu veranlassen hat oder in denen ein adäquater Dolmetscher zunächst nicht zur Verfügung steht. Das Gleiche gilt, wenn der Beschuldigte im Moment der Festnahme nicht aufnahmefähig oder renitent ist.³⁴⁹ Zu beachten ist schließlich, dass es nach Auffassung des EGMR im Hinblick auf Art. 5 Abs. 2 EMRK ausreicht, wenn die dem Betroffenen bei der Ergreifung nur in unzureichendem Maße zur Verfügung gestellten Informationen über die Festnahmegründe bzw. die Beschuldigung anschließend – etwa im Rahmen der nur wenige Stunden später erfolgenden Vernehmung und damit noch innerhalb des europarechtlichen Unverzögerlichkeitskriteriums – rechtzeitig komplettiert werden.³⁵⁰

Nachträgliche Änderungen des Festnahmegrundes oder Tatvorwurfs lassen die Rechtmäßigkeit der ursprünglichen Unterrichtung nach § 114a StPO unberührt, da der Zeitpunkt der Mitteilung maßgeblich ist, zumal das Gesetz keine *objektiv* richtige Begründung verlangt. Ob in diesem Fall eine Berichtigung und erneute Mitteilung vorzunehmen ist (vgl. Art. 4 Abs. 4 RL 2012/13/EU), lässt sich der gesetzlichen Regelung nicht entnehmen. Wegen des punktuellen Charakters der auf den Moment der Verhaftung abstellenden Informationspflicht und der im weiteren Verlauf der Freiheitsentziehung auf anderer Grundlage zu erneuernden Hinweise (§§ 136, 163a StPO; §§ 115 Abs. 3, 115a StPO) erscheint dies hier eher fraglich.

Bei der Form der Belehrung, die stets „in einer für [den Festgenommenen] verständlichen Sprache“ zu erfolgen hat (§§ 114a Satz 2, 114b Abs. 1 Satz 1 StPO; Art. 5 Abs. 2 EMRK),³⁵¹ geht die gesetzliche Regelung von einem Vorrang der Schriftform aus,³⁵² der jedoch – in Teilen – ersichtlich auf die Verhaftung wegen eines Haftbefehls zugeschnitten ist. Da bei der vorläufigen Festnahme in aller Regel noch kein Schriftstück vorhanden ist, das den Tatvorwurf und die Festnahmegründe aufführt, wird hier zunächst meist die mündliche Unterrichtung an die Stelle der Aushändigung eines schriftlichen Dokuments treten, welche jedoch unverzüg-

³⁴⁹ BT-Drucks. 16/11644, S. 16 f.; *Weider*, StV 2010, 102 f.; *Brocke/Heller*, StraFo 2011, 2; *Wankel*, in: KMR, § 114b Rn. 2.

³⁵⁰ EGMR, Urt. vom 30.8.1990, *Fox, Campbell u. Hartley ./ Vereinigtes Königreich*, Az.: 12244/86, 12245/86, 12383/86, §§ 40–43; *Esser*, Europäisches Strafverfahrensrecht, S. 258.

³⁵¹ Zum Anspruch auf schriftliche Übersetzungen und die kostenlose Hinzuziehung eines Dolmetschers (inklusive der entsprechenden Belehrungen) siehe § 114a Satz 1, 3 StPO sowie den mit Gesetz vom 2.7.2013 neu gefassten § 114b Abs. 2 Satz 3 StPO i.V.m. § 187 GVG.

³⁵² Dieser Ansatz steht im Einklang mit Art. 3, 4 der Richtlinie 2012/13/EU.

lich nachzuholen ist (§ 114a StPO).³⁵³ Eine schriftliche Belehrung über die Rechte des Festgenommenen (§ 114b Abs. 1 Satz 1 StPO) dürfte dagegen oft auch schon vor Ort bzw. bei der Verbringung zum Polizeirevier möglich sein, da es zumutbar erscheint, dass die Polizeibeamten die vom BMJ auf seiner Internetseite – in 48 Sprachen und im Hinblick auf fünf verschiedene Festnahmesituationen differenzierend (Haftbefehl, Unterbringungsbefehl, vorläufige Festnahme, Identitätsfeststellung Verdächtiger/Unverdächtiger) – zur Verfügung gestellten Belehrungsformulare (*letter of rights*) zumindest in deutscher Sprache und den geläufigsten Fremdsprachen (insbesondere Englisch und Türkisch) im Dienstwagen mit sich führen.³⁵⁴ Nur wenn eine schriftliche Belehrung erkennbar nicht ausreichend ist, hat zudem eine mündliche Unterrichtung zu erfolgen (Satz 2).³⁵⁵ Letztere kann zumindest vorübergehend an die Stelle der Belehrung in Schriftform treten, wenn eine solche nicht möglich ist (Satz 3). Der Beschuldigte soll die Belehrung schriftlich bestätigen; eine Weigerung ist zu dokumentieren (Satz 4).

b) Vernehmungsakzessorische Beschuldigtenbelehrungen

Die soeben behandelten, festnahmeakzessorischen Aufklärungspflichten lassen die dem Betroffenen in seiner Eigenschaft als Beschuldigter zustehenden vernehmungsbezogenen Belehrungsrechte aus § 136 Abs. 1 (i.V.m. § 163a Abs. 3, 4) StPO ungeachtet der inhaltlichen Überschneidungen unberührt.³⁵⁶ Bei Beginn der jeweils ersten polizeilichen, staatsanwaltlichen *und* richterlichen Vernehmung ist dem (festgenommenen oder freien) Beschuldigten zum einen erneut der Tatvorwurf unter wenigstens grober Schilderung des belastenden Sachverhalts auseinanderzusetzen (Satz 1). Eine lediglich schlagwortartige Bezeichnung des Straftatbestands (z.B. „Diebstahl“) reicht nicht, da dadurch keine sachgerechte Verteidigung ermöglicht wird; andererseits bedarf es aber auch keiner umfassenden Darlegung der Beweislage, die den Ermittlungserfolg gefährdet würde,³⁵⁷ und die Angabe der einschlägigen Strafvorschriften wird zumindest von Polizeibeamten nicht verlangt (§ 163a Abs. 4 StPO). Zum anderen ist der festgenommene Beschuldigte bei dieser Gelegenheit ein weiteres Mal über sein Schweigerecht, sein Verteidigerkonsultationsrecht, sein Beweisantragsrecht sowie, seit 2013, über die Möglichkeit einer Verteidigerbestellung nach §§ 140 f. StPO zu unterrichten (Satz 2, 3). Neu ist im Ver-

³⁵³ Weider, StV 2010, 102 f.; siehe auch die Begr. des RegE, BT-Drucks. 16/11644, S. 15.

³⁵⁴ So auch Brocke/Heller, StraFo 2011, 1 f. Alle 240 Formulare sind abrufbar unter www.bmj.de/DE/Service/Statistiken/Fachinformationen/Publikationen/Fachinformationen/B/elehrungsformulare/_node.html [Stand: 12/2014].

³⁵⁵ Für Einzelheiten siehe Weider, StV 2010, 102 f.; Paeffgen, in: SK-StPO, § 114b Rn. 2 fordert wegen der Schwierigkeit, Verständnisdefizite verlässlich und zeitnah zu erkennen, dass in der Regel auch mündlich belehrt werden sollte.

³⁵⁶ RegE, BT-Drucks. 16/11644, S. 16 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 114a Rn. 5.

³⁵⁷ Diemer, in: KK-StPO, § 136 Rn. 8.

gleich zu §§ 114a f. StPO lediglich die als Soll-Vorschrift ausgestaltete und auf geeignete Fälle beschränkte Hinweispflicht hinsichtlich der Möglichkeit einer schriftlichen Äußerung und eines Täter-Opfer-Ausgleichs (Satz 4). Umgekehrt fehlen in § 136 StPO nicht nur die haftbezogenen Hinweise aus § 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, 6 und 8 StPO, sondern – in Übereinstimmung mit Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2012/13/EU – auch die Belehrung über das Akteneinsichtsrecht (§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 7, Satz 2 StPO). Wird der Beschuldigte im Anschluss an die Festnahme (erstmalig) dem Richter zur Vernehmung vorgeführt (§§ 128 Abs. 1 Satz 2, 115 StPO), so sind die Belehrungen aus § 136 Abs. 1 StPO zu wiederholen; das Gleiche gilt, wenn eine staatsanwaltschaftliche Vernehmung zwischengeschaltet wird (§ 163a Abs. 3 Satz 2 StPO).³⁵⁸ Die bei diesen diversen, zeitlich eng beieinander liegenden Unterrichtungen möglicherweise naheliegende Kenntnis des Betroffenen von seinen Rechten entbindet die Ermittlungsbeamten also nicht von ihrer gesetzlichen Pflicht, ihn erneut aufzuklären – zumal der festgenommene Beschuldigte sich aufgrund der Freiheitsentziehung typischerweise in einer Situation befindet, in der er durch die Ereignisse bedrückt und verängstigt ist und gerade deshalb der aktuellen Belehrung bedarf;³⁵⁹ die positive Kenntnis kann jedoch dazu führen, dass das im Fall eines Verstoßes ggf. anzunehmende Verwertungsverbot (siehe unten E.3.a.) entfällt.³⁶⁰

Ein bestimmter Wortlaut oder eine bestimmte Form ist für die Beschuldigtenbelehrungen nicht vorgeschrieben, jedoch ist bei der hier – im Einklang mit Art. 3 und 4 der Richtlinie 2012/13 EU – in aller Regel *mündlichen* Unterrichtung die gesetzliche Reihenfolge (Sätze 1–4) einzuhalten. Die Schweigerechtsbelehrung und der Hinweis auf die jederzeit zulässige Verteidigerkonsultation (Satz 2) sind „gleichzeitig“ zu erteilen, da der Betroffene effektiv Gelegenheit haben soll, sich auch schon über die Frage der Ausübung des Schweigerechts beraten zu lassen.³⁶¹

Im Hinblick auf die Aussagefreiheit verlangt die wohl herrschende Lehre, dass dem Beschuldigten beide Handlungsoptionen (Einlassung zur Sache oder Schweigen) unmissverständlich zur Kenntnis gebracht werden.³⁶² Nach anderer Auffassung soll es ausreichen, wenn ein Beschuldigter, dem das Schweigerecht bekannt ist, lediglich gefragt wird, ob er etwas auf den Tatvorwurf erwidern möchte.³⁶³ Ein Hinweis auf die Nachteile der Aussageverweigerung, die aus dem Verborgenbleiben entlastender Umstände resultieren können, soll selbst dann zulässig sein, wenn

³⁵⁸ Vgl. *Eser*, ZStW 79 (1967), 574 f.

³⁵⁹ Vgl. BGH NJW 2002, 975, 976.

³⁶⁰ BGH NJW 1992, 1463, 1465; NJW 2002, 975, 976; *Diemer*, in: KK-StPO, § 126, 27; *Pfeiffer*, StPO, § 136 Rn. 4, 9 m.w.N.

³⁶¹ BGH NJW 2002, 975, 976; vgl. auch *Beulke*, NSStZ 1996, 258.

³⁶² *Schmidt-Leichner*, NJW 1966, 1720; *Eser*, ZStW 79 (1967), 575; *Rogall*, in: SK-StPO, § 136 Rn. 33

³⁶³ *Diemer*, in: KK-StPO, § 136 Rn. 12 mit Verweis auf BGH NJW 1966, 1718, wo es allerdings um die Schweigerechtsbelehrung vor Gericht (§ 243 StPO) ging.

der Verteidiger bereits erklärt hat, sein Mandant wolle sich nicht zur Beschuldigung äußern.³⁶⁴ Nicht offenbleiben darf jedenfalls, dass es sich tatsächlich um eine Beschuldigtenbelehrung i.S.v. § 136 StPO und nicht lediglich um eine Belehrung über das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen gemäß § 55 StPO handelt.³⁶⁵

Die Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht soll nach fragwürdiger Ansicht entbehrlich sein, wenn der Beschuldigte in derselben Sache bereits einen Verteidiger hat³⁶⁶ – eine Hypothese, die bei den hier interessierenden Festnahmevernehmungen kaum je einschlägig sein dürfte. Gibt der Beschuldigte auf die Belehrung hin zu erkennen, dass er einen Verteidiger zu Rate ziehen möchte, so darf die Vernehmung ohne Inanspruchnahme eines Verteidigers grundsätzlich nur fortgesetzt werden, wenn der Betroffene sich damit *nach erneuter Belehrung* einverstanden erklärt hat und zuvor ernsthafte Bemühungen unternommen wurden, um ihn bei der Kontaktierung eines Verteidigers zu unterstützen (str., siehe unten 3.c.).³⁶⁷ Die Pflicht zur Belehrung über das Recht auf Verteidigerbeistand (§ 136 Abs. 1 Satz 2 StPO) umfasst zwar seit 2013 auch den Hinweis auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung (Satz 3 n.F.), gebietet es jedoch nach wie vor grundsätzlich nicht, den Beschuldigten ungefragt auf einen Anwaltsnotdienst hinzuweisen.

c) Aktenbezogener Informationsanspruch

Der in § 147 StPO geregelte Zugang zu den Verfahrensakten steht traditionell in erster Linie dem Verteidiger des Beschuldigten zu. Dahinter steht die Idee, nur dieser biete eine hinreichende Gewähr dafür, dass die Akten nicht beschädigt werden. Seine Zwischenschaltung ist außerdem mit der Erwartung verbunden, er werde dem Beschuldigten sein Wissen nicht in vollem Umfang mitteilen, sodass etwaige Missbrauchsmöglichkeiten reduziert seien.³⁶⁸

Um der Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung zu Art. 6 EMRK Rechnung zu tragen, wurde dem unverteidigten Beschuldigten mit dem StVÄG 1999 vom 2.8.2000 erstmals ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Prüfung und Bescheidung seines auf *Auskünfte* und die Erteilung von *Abschriften* gerichteten Ersuchens eingeräumt (Abs. 7).³⁶⁹ Das U-HaftÄndG hat diesen „aktenbezogenen Informations-

³⁶⁴ Diemer, in: KK-StPO, § 136 Rn. 12 mit Verweis auf BGH, Urt. vom 27.7.1965, Az.: 1 StR 156/65, wo es indes ebenfalls um die Belehrung in der Hauptverhandlung ging.

³⁶⁵ BGH NStZ 2007, 653; Mitsch, NStZ 2008, 49.

³⁶⁶ Diemer, in: KK-StPO, § 136 Rn. 14; Meyer-Gößner/Schmitt, § 136 Rn 10; Pfeiffer, StPO, § 136 Rn. 5. A.A. Roxin, JZ 1993, 426; Gleß, in: Löwe-Rosenberg, § 136 Rn. 40.

³⁶⁷ BGH NStZ 1996, 292; siehe dagegen BGH NStZ 1996, 453.

³⁶⁸ Lüderssen/Jahn, in: Löwe-Rosenberg, § 147 Rn. 6; RegE eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drucks. 16/11644, S. 34.

³⁶⁹ Zur früheren Rechtslage siehe Laufhütte, in: KK-StPO, § 147 Rn. 2.

gewährungsanspruch³⁷⁰ mit Wirkung zum 1.1.2010 zu einer Ist-Vorschrift aufgewertet: Dem Antrag muss nunmehr stattgegeben werden, „soweit dies zu einer angemessenen Verteidigung erforderlich ist, der Untersuchungszweck, auch in einem anderen Strafverfahren, nicht gefährdet werden kann und nicht überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter entgegenstehen“ (H.d.d.A.). Ab dem Moment der Haftantragstellung sind dem vorläufig festgenommenen Beschuldigten zwingend zumindest „die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise zugänglich zu machen“ (Abs. 7 Satz 2 i.V.m. Abs. 2 Satz 2 Hs. 1). Bis zur Anklageerhebung ist ausschließlich die Staatsanwaltschaft für die Entscheidung zuständig. Gegen die Ablehnung kann der Festgenommene einen Rechtsbehelf zum Ermittlungsrichter einlegen, Abs. 7 Satz 2 i.V.m. Abs. 5; dessen Entscheidung ist beschwerdefähig (§ 304 Abs. 1, 4 Satz 2 Nr. 4 StPO). Einer Begründung bedürfen beide Entscheidungen nicht, soweit dadurch der Untersuchungszweck gefährdet werden könnte (Abs. 5 Satz 4; H.d.d.A.).

Unterschiedlich wird beurteilt, ob der Beschuldigte darüber hinaus auch ein *eigenes Akteneinsichtsrecht* hat. Während die überwiegende Ansicht dies im Umkehrschluss zu § 147 Abs. 7 StPO verneint,³⁷¹ gehen andere Teile des Schrifttums davon aus, dass zwar die Ausübung des in § 147 Abs. 1–6 StPO geregelten Akteneinsichtsrechts dem Verteidiger vorbehalten sei, dieses Recht jedoch in materieller Hinsicht dem Beschuldigten selbst zugeordnet sei.³⁷² Eine vermittelnde Ansicht nimmt an, dass der Verteidiger als Organ der Rechtspflege zwar ein eigenes und wegen der ansonsten bestehenden Missbrauchsgefahren exklusives Recht zur Einsicht in die *Originalakten* habe; dem Beschuldigten komme jedoch ein originäres und umfassendes Informationsrecht aus Art. 103 Abs. 1 GG und dem fair-trial-Grundsatz zu, welches ihm – über seine gegenüber dem Verteidiger bestehenden Informationsansprüche hinaus – einen Anspruch auf Zurverfügungstellung der Aktenkopien vermittele.³⁷³ Kann der Beschuldigte sich ohne vollständige und unmittelbare Aktenkenntnis nicht hinreichend verteidigen, so ist zur Ermöglichung der Wahrnehmung der Rechte aus § 147 StPO ein Pflichtverteidiger zu bestellen.³⁷⁴

2. Recht auf Benachrichtigung Dritter

Bis 2010 stand dem vorläufig Festgenommenen nur dann ein Benachrichtigungsrecht zu, wenn der Freiheitsentziehung eine identifizierungssichernde Officialfest-

³⁷⁰ Lüderssen/Jahn, in: Löwe-Rosenberg, § 147 Rn. 8a.

³⁷¹ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn. 3; Wessing, in: BeckOK-StPO, § 147 Rn. 2; LG Mainz NJW 1999, 1271; vgl. BVerfG NJW 1980, 1677.

³⁷² Lüderssen/Jahn, in: Löwe-Rosenberg, § 147 Rn. 9.

³⁷³ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 69.

³⁷⁴ RegE eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drucks. 16/11644, S. 34.

nahme zugrunde lag.³⁷⁵ Bei den übrigen Festnahmegründen wurde ein solches Recht verneint, weil eine ausdrückliche Regelung nach dem Vorbild von § 163c Abs. 2 StPO gefehlt hat und der Begriff der Verhaftung in § 114b StPO a.F. nach der Gesetzssystematik und im Einklang mit Art. 104 Abs. 4 GG auf die *richterlich* angeordnete Haft beschränkt war.³⁷⁶ Erst mit der Neuregelung in § 114c StPO und der Aufnahme entsprechender Verweisungen in den Festnahmevorschriften hat nun auch die repressiv-polizeilich festgehaltene Person einen vom Festnahmegrund unabhängigen Anspruch darauf, dass ihr unverzüglich Gelegenheit gegeben wird, einen Angehörigen oder eine Person ihres Vertrauens zu benachrichtigen, „sofern der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird“ (Abs. 1). Im letztgenannten Fall darf nicht die Benachrichtigung als solche verwehrt, sondern nur die Art und Weise der Mitteilung und der Empfängerkreis begrenzt werden.³⁷⁷ Sofortige Rechtsmittel sieht das Gesetz gegen die polizeiliche Ablehnung nicht vor.

Im Schrifttum wird angesichts der rechtsstaatlichen Bedeutung dieser Garantie zuweilen moniert, dass der Gesetzgeber die konkrete Form der Benachrichtigung nicht näher präzisiert hat.³⁷⁸ Traditionell wird diese durch die Aufgabe eines sogenannten Zugangsbriefs gewährleistet. Die verbreitete Auffassung, ein Anspruch auf Verwendung moderner Kommunikationsmittel wie Telefon, Telefax oder E-Mail bestehe nicht, ist zumindest in dieser Pauschalität sachlich nicht gerechtfertigt.³⁷⁹ Auf die vorläufige Festnahme als kurzfristig angelegte Freiheitsentziehung lässt sie sich keinesfalls übertragen, da das Benachrichtigungsrecht anderenfalls sinnentleert würde. Entsprechend der zu § 163c Abs. 2 StPO a.F. vertretenen, auf das Kriterium der „Unverzüglichkeit“ gestützten Auffassung ist hier vielmehr davon auszugehen, dass es anstelle einer schriftlichen Mitteilung auf dem Postweg einer durch Telekommunikation vermittelten – oder persönlich überbrachten – Nachricht bedarf.³⁸⁰

Eine Kontaktsperre (§§ 31 ff. EGGVG) kommt gegenüber nur vorläufig festgenommenen nicht in Betracht, da ihr persönlicher Anwendungsbereich auf Straf- und Untersuchungshäftlinge beschränkt ist (§§ 31 Abs. 1 Satz 2, 38 EGGVG) und es

³⁷⁵ § 163c Abs. 2 StPO a.F. lautete wie folgt: „Die festgehaltene Person hat ein Recht darauf, dass ein Angehöriger oder eine Person ihres Vertrauens unverzüglich benachrichtigt wird. Ihr ist Gelegenheit zu geben, einen Angehörigen oder eine Person ihres Vertrauens zu benachrichtigen, es sei denn, dass sie einer Straftat verdächtig ist und der Zweck der Untersuchung durch die Benachrichtigung gefährdet würde.“

³⁷⁶ Begr. des RegE, BT-Drucks. 16/11644, S. 17 f.; Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 15 ff. Rn. 18 ff.; Goy, Vorläufige Festnahme, S. 151 ff.; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 114b Rn. 6, 7.

³⁷⁷ Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 114c Rn. 1.

³⁷⁸ Michalke, NJW 2010, 19.

³⁷⁹ Krauß, in: BeckOK-StPO, § 114c Rn. 2; a.A. Michalke, NJW 2010, 19; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 114c Rn. 1; siehe auch Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 114c Rn. 31.

³⁸⁰ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163c Rn. 15 f.; Erb, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 21.

sich insoweit um eine den Rückgriff auf die allgemeinen Notstandsvorschriften versperrende, weil abschließende Regelung handelt (im Einzelnen str., siehe oben I.C.3.c).

3. Recht auf anwaltlichen Beistand

a) Überblick

Der Beschuldigte – der über die entsprechenden finanziellen Mittel verfügt – kann „in jeder Lage des Verfahrens“ die Dienste eines Verteidigers in Anspruch nehmen (§ 137 StPO) und ihn jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, zu Rate ziehen. Auf diese Möglichkeit muss er seit 2010 nicht mehr nur bei Beginn der ersten Vernehmung (§§ 136, 163a Abs. 3, 4 StPO), sondern auch schon unmittelbar nach der Verhaftung explizit hingewiesen werden (§ 114b StPO).

Die vorläufige Festnahme als solche begründet anders als die Vollstreckung der Untersuchungshaft (§§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO, eingefügt mit Wirkung zum 1.1.2010) keinen Fall der notwendigen Verteidigung (vgl. auch § 114b Abs. 2 Nr. 4 StPO). Die Stimmen in Wissenschaft und Praxis, welche eine solche auch hier spätestens ab dem Zeitpunkt fordern, in dem sich die Staatsanwaltschaft für die Beantragung eines Haftbefehls im Vorführtermin entscheidet (§ 128 Abs. 2 Satz 2; vgl. § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO n.F.), konnten sich rechtspolitisch nicht durchzusetzen.³⁸¹ Selbst wenn sich daher ein Fall der notwendigen Verteidigung abzeichnet – etwa weil dem Beschuldigten ein Verbrechen zur Last gelegt wird (Abs. 1 Nr. 2) oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage (Abs. 2) –, wird die Bestellung *de lege lata* kaum je vor Beendigung der polizeilichen Freiheitsentziehung erfolgen. Zwar kann der Verteidiger abweichend von § 141 Abs. 1 StPO auch schon während des Vorverfahrens bestellt werden (Abs. 3), was von der Staatsanwaltschaft zwingend zu beantragen ist, wenn die Mitwirkung eines Verteidigers im gerichtlichen Verfahren notwendig sein wird; wegen der (grund-)gesetzlich gewollten Kürze der Dauer der vorläufigen Festnahme sind praktisch allerdings kaum Fälle denkbar, in denen sie dem Gericht ihren Antrag noch *vor* der Haftantragstellung vorlegen und dieses auch noch *vor* der Vorführung darüber entscheiden wird.³⁸² De

³⁸¹ *Jahn*, FS für Rissing-van Saan, S. 277; Strafrechtsausschuss und Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Reformentwurf 2005, S. 11 f.; *Schlothauer/Weider*, StV 2004, 516; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem RegE eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drucks. 16/13097, S. 16; *Michalke*, NJW 2010, 17.

³⁸² Vgl. BGH NJW 2002, 975, 977: „Eine Pflicht zur Stellung eines Beiordnungsantrags besteht jedenfalls dann, wenn der Tatverdacht von der Staatsanwaltschaft als dringend erachtet wird und der Beschuldigte zugleich auf Grund der Lage des Verfahrens tatsächlich des Beistands eines Verteidigers bedarf. Stellt die Staatsanwaltschaft also einen Antrag auf Erlass eines Haftbefehls wegen eines Verbrechens, wird sie stets auch die Stellung des Beiordnungsantrags zu erwägen haben. Dieser kann zurückgestellt werden, solange der Beschuldigte noch nicht festgenommen ist.“ Strenger wohl *Rohne*, Notwendige Verteidi-

facto frühestmöglicher Beststellungszeitpunkt ist also regelmäßig erst der Moment der Entscheidung über den Haftantrag, die bekanntlich erst *nach* Abschluss der vorläufigen Festnahme – und der polizeilichen Vernehmungen – ergeht, indem die Freiheitsentziehung entweder in das Regime der Untersuchungshaft übergeleitet oder der Beschuldigte freigelassen wird. Das Institut der notwendigen Verteidigung erlaubt es gegenwärtig also in aller Regel nicht, auf die *Haftanordnung* Einfluss zu nehmen.³⁸³ Die Entscheidung über die Einschaltung eines Verteidigers steht vielmehr im Belieben des vorläufig Festgenommenen („freiwillige Verteidigung“).

b) Inhaltliche Ausgestaltung

aa) Verteidigerauswahl

Im Rahmen dieser freiwilligen Verteidigung obliegt dem Beschuldigten die Auswahl – und Finanzierung – seines (Wahl-)Verteidigers.³⁸⁴ Die Gesetzesmaterialien zum U-HaftÄndG betonen dabei ausdrücklich, dass mit der Aufnahme der haftspezifischen Belehrung über das Verteidigerkonsultationsrecht (§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 StPO) keine staatliche Kostenübernahmeverpflichtung einhergeht.³⁸⁵ Die Stichhaltigkeit dieser Annahme wird dagegen im Schrifttum unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR in Zweifel gezogen: So folge aus der Tatsache, dass dem Beschuldigten keine Rechtsnachteile aus seiner wirtschaftlich schlechteren Lage erwachsen dürfen, „dass (zumindest) die Vorfinanzierung auf den jeweiligen Staat zukommt (und im Fall der Mittellosigkeit auch bei ihm verbleibt, selbst wenn jener [der Beschuldigte] rechtskräftig verurteilt wird)“.³⁸⁶

Den wählbaren Personenkreis definiert § 138 StPO. Die §§ 138a ff. StPO sehen allerdings – unter minutiöser Regelung der Zuständigkeiten und des Verfahrens – in insgesamt fünf Fallgruppen³⁸⁷ abschließend die Möglichkeit einer gerichtlichen Ausschließung des Verteidigers vor:

1. hinreichender oder dringender Verdacht des strafbaren Zusammenwirkens mit dem Mandanten im Hinblick auf dessen Tat (§ 138a Abs. 1 Nr. 1, 3 StPO);
2. zumindest dringender Verdacht, den Verkehr mit dem inhaftierten Mandanten zur Straftatenbegehung zu missbrauchen (§ 138a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 1 StPO);

gung, S. 118 f.: Bestellungspflicht ggf. bereits vor staatsanwaltschaftlicher oder polizeilicher Vernehmung.

³⁸³ *Jahn*, FS für Rissing-van Saan, S. 278.

³⁸⁴ Zur gedanklich-begrifflichen Abgrenzung freiwillige versus notwendige Verteidigung einerseits und gewählter versus bestellter (Pflicht-)Verteidiger andererseits siehe *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 17 ff., 29 ff.

³⁸⁵ BT-Drucks. 16/11644, S. 17.

³⁸⁶ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114b Rn. 9 m.w.N. Zur Rechtslage bei der notwendigen Verteidigung siehe unten III.D.3.b.bb.

³⁸⁷ Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 49 ff.

3. hinreichender oder dringender Verdacht, den Verkehr mit dem inhaftierten Mandanten zu einer erheblichen Gefährdung der Anstaltssicherheit zu missbrauchen (§ 138a Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 StPO);
4. auf bestimmte Tatsachen gegründete Annahme, dass die Mitwirkung des Verteidigers in Verfahren, welche die im Gesetz aufgezählten Staatsschutzdelikte zum Gegenstand haben, die Sicherheit der Bundesrepublik gefährden würde;
5. auf bestimmte Tatsachen gegründeter Verdacht, dass der Verteidiger eine der unter (1)–(3) aufgeführten Handlungen begangen hat oder begeht, wenn das Verfahren eine Straftat nach § 129a (terroristische Vereinigung), auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1 StGB (Auslandsvereinigung), zum Gegenstand hat.

Die Ausschließung richtet sich nur gegen den konkret gewählten Verteidiger. Sie lässt nicht nur das Recht des Beschuldigten zur Inanspruchnahme des Beistands eines anderen Verteidigers unberührt, sondern begründet ihrerseits den Fall einer notwendigen Verteidigung (§§ 140 Abs. 1 Nr. 8, 138c Abs. 3 Satz 4 StPO). Eine Kontaktsperre (§§ 31 ff. EGGVG), durch die jedwede Verbindung des Gefangenen mit der Außenwelt einschließlich des Verteidigerkontakts unterbrochen wird, kommt wegen der Beschränkung ihres persönlichen Anwendungsbereichs auf Straf- und Untersuchungshäftlinge (§§ 31 Abs. 1 Satz 2, 38 EGGVG) gegenüber nur vorläufig Festgenommenen nicht in Betracht.

bb) Modalitäten der Verteidigerintervention

Den einschlägigen Belehrungsvorschriften lässt sich die jederzeitige Möglichkeit der Konsultation („Befragung“) eines vom Beschuldigten zu wählenden Verteidigers entnehmen. Diese Bestimmungen sind im Lichte der §§ 137, 148 StPO zu sehen, wonach der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens des Beistands eines Verteidigers bedienen darf und er, auch wenn er sich nicht auf freiem Fuß befindet, zum schriftlichen und mündlichen Verkehr mit ihm berechtigt ist.

Erklärt der Beschuldigte im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme (oder bei anderer Gelegenheit), von seinem Verteidigerkonsultationsrecht Gebrauch zu machen, so darf eine Vernehmung nicht gegen seinen Willen stattfinden bzw. fortgesetzt³⁸⁸ und der Wunsch nicht durch ständige Nachfrage übergangen werden.³⁸⁹ Eine laufende Vernehmung ist zu unterbrechen, und dem Festgenommenen ist Gelegenheit zur (telefonischen) Kontaktaufnahme mit einem Verteidiger zu geben.³⁹⁰ Wegen der engen zeitlichen Vorgaben (§ 128 StPO) wird die Polizei dazu meist eine relativ kurze Frist setzen, innerhalb derer der Beschuldigte sich

³⁸⁸ BGHSt 38, 372, 373 = BGH, Urt. vom 29.10.1992, Az.: 4 StR 126/92, Rn. 5 (juris); Gleß, in: Löwe-Rosenberg, § 136 Rn. 43. Vgl. indes BGH NStZ 1997, 251, 252.

³⁸⁹ Laufhütte, in: KK-StPO, § 137 Rn. 1; BGH NJW 2006, 1008, 1010.

³⁹⁰ Meyer-Gößner/Schmitt, StPO, § 136 Rn. 10.

über seine Aussagebereitschaft erklären möge und die mit dem Hinweis verbunden werden sollte, dass nach fruchtlosem Ablauf von der Ausübung seines Schweigerechts ausgegangen werde.³⁹¹ Der Versuch des sich in amtlichem Gewahrsam befindenden Beschuldigten, einen Verteidigerkontakt herzustellen, darf nicht erschwert oder verhindert werden.³⁹² Vielmehr müssen sich die Ermittlungsbeamten ernsthaft um eine effektive Unterstützung bemühen, sofern die Bemühungen nicht von vornherein als aussichtslos erscheinen, was wegen der inzwischen weit verbreiteten anwaltlichen Notdienste kaum je mehr der Fall sein dürfte.³⁹³

Erscheint der vom Beschuldigten kontaktierte oder anderweitig verständigte Verteidiger auf dem Polizeirevier, so ist die festgenommene Person umgehend zu informieren. Diesem Benachrichtigungsanspruch des Festgenommenen entspricht der Anspruch des Verteidigers, noch vor der Vernehmung Gelegenheit zu einem (Anbahnungs-)Gespräch mit dem Beschuldigten zu erhalten.³⁹⁴ Die Rahmenbedingungen und der Ablauf dieser Unterhaltung werden vom Gesetz nicht näher präzisiert. Aus dem Grundsatz der „völlig freien Verteidigung“, welcher der Regelung in § 148 StPO zugrunde liegt, ergibt sich jedoch, dass ausreichend Zeit und eine Räumlichkeit, in der mit normaler Lautstärke geführte Gespräche nicht mitgehört werden können, zur Verfügung gestellt werden müssen.³⁹⁵

Lediglich im Zusammenhang mit organisiertem Terrorismus (§ 129a StGB, auch i.V.m. § 129b Abs. 1 StGB)³⁹⁶ sind im Hinblick auf die Übergabe von Schriftstücken und anderen Gegenständen richterlich angeordnete Überwachungsmaßnahmen möglich, die zur Folge haben, dass bei Gesprächen zwischen dem „nicht auf freiem Fuß befindliche(n) Beschuldigten“ mit seinem Verteidiger Trennscheiben vorzusehen sind (§§ 148 Abs. 2, 148a StPO); da diese Maßnahmen offensichtlich auf den in einer Haftanstalt untergebrachten Untersuchungshäftling zugeschnitten sind,³⁹⁷ sei insoweit auf die Ausführungen zur Untersuchungshaft verwiesen. Wegen des abschließenden Charakters der auf die vorläufige Festnahme *nicht* anwendbaren Kontaktsperreregelung („Haftbefehl“, § 31 Satz 2 EGGVG) scheiden eine Überwachung des *mündlichen* Verkehrs sowie sonstige Restriktionen des Verteidigerzugangs hier – auch nach allgemeinen Notstandsgrundsätzen (str.) – aus.³⁹⁸

³⁹¹ *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 163a Rn. 28.

³⁹² BGHSt 38, 372, 373 = BGH, Urt. vom 29.10.1992, Az.: 4 StR 126/92, Rn. 5 (juris); *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 136 Rn. 10; *Herrmann*, NStZ 1997, 209, 212.

³⁹³ BGH NJW 1996, 1547, 1548. Enger dagegen BGH NJW 1996, 2242 f.

³⁹⁴ *König*, in: Widmaier (Hrsg.), Strafverteidigung, § 4 Rn. 92; *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 148 Rn. 5; *Pfeiffer*, StPO, § 136 Rn. 5.

³⁹⁵ *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 148 Rn. 4; BGH NJW 1977, 2172; OLG Hamm MDR 1985, 434. Siehe auch *König*, in: Widmaier (Hrsg.), Strafverteidigung, § 4 Rn. 93.

³⁹⁶ Zur fehlenden Analogiefähigkeit *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 148 Rn. 12.

³⁹⁷ Vgl. *Wessing*, in: BeckOK-StPO, § 148 Rn. 15.

³⁹⁸ *Böttcher*, in: Löwe-Rosenberg, § 31 EGGVG Rn. 11 f.; *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 148 Rn. 2.

Ein Anwesenheitsrecht steht dem Verteidiger bei den polizeilichen Vernehmungen seines Mandanten nach überwiegender Auffassung nicht zu, da das Gesetz ihm ein solches bewusst lediglich bei richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Beschuldigtenvernehmungen – vorbehaltlich einer Gefährdung des Untersuchungserfolgs – einräumt (§§ 168c Abs. 1, 5, 163a Abs. 3 Satz 2 StPO).³⁹⁹ Eine jederzeit widerrufliche Gestattung der Anwesenheit ist jedoch möglich. De facto kann der Beschuldigte seine Anwesenheit freilich dadurch erzwingen, dass er sich weigert, ohne sein Beisein auszusagen. Hierauf wird der Verteidiger die festgenommene Person beim in der Regel telefonischen Erstkontakt tunlichst hinweisen.⁴⁰⁰

Bei seinem Eintreffen auf dem Polizeirevier wird der Verteidiger sich zunächst bemühen, von dem Vernehmungsbeamten oder dem Staatsanwalt erste Informationen über den Tatvorwurf und die Verdachtslage zu erlangen.⁴⁰¹ Sein förmliches Akteneinsichtsbegehren kann von der Staatsanwaltschaft im Fall einer Gefährdung des Untersuchungszwecks zurückgewiesen werden, solange der Abschluss der Ermittlungen nicht vermerkt ist (§ 147 Abs. 1, 2 Satz 1 StPO).⁴⁰² Ungeachtet dessen sind dem Verteidiger zumindest die für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen in geeigneter Weise – in der Regel im Wege der Akteneinsicht – zugänglich zu machen, sobald Untersuchungshaft gegenüber dem vorläufig Festgenommen beantragt wurde (Abs. 2 Satz 2).⁴⁰³ Darüber hinaus kann dem Verteidiger die Einsicht in bestimmte Dokumente, namentlich Vernehmungsprotokolle des Beschuldigten, in keiner Lage des Verfahrens verwehrt werden (Abs. 3). Versagt die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht, so kann der Ermittlungsrichter angerufen werden (Abs. 5 Satz 2 Var. 2, 3).

c) Zeitliche Maßgaben

Ausgehend von dem Grundsatz, dass der Beschuldigte sich in jeder Lage des Verfahrens und unabhängig davon, ob er sich auf freiem Fuß befindet oder nicht, des Beistands eines Verteidigers bedienen kann, verzichtet die StPO auf die Vorgabe näherer zeitlicher Maßgaben für die Verteidigerintervention: Ebenso wenig, wie sich Anhaltspunkte für die Dauer des bereits im Vorfeld der Vernehmung zulässigen Beratungsgesprächs finden, enthält das Gesetz – abgesehen von den auf die vorläufige Festnahme nicht anwendbaren Kontaktsperrebestimmungen im EGGVG

³⁹⁹ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163a Rn. 95a (mit umfassenden Nachweisen zum Meinungsstand); *Gleß*, in: Löwe-Rosenberg, § 136 Rn. 45.

⁴⁰⁰ *König*, in: Widmaier (Hrsg.), Strafverteidigung, § 4 Rn. 93.

⁴⁰¹ *Ebda*.

⁴⁰² Im Hinblick auf Frage einer Gefährdung des Untersuchungszwecks ist zu berücksichtigen, dass der Beschuldigte in der Regel ohnehin berechtigt ist, von seinem Verteidiger Auskunft über den Akteninhalt zu verlangen, *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 147 Rn. 14.

⁴⁰³ Auf dem Verteidiger vorenthaltene Informationen darf der Haftbefehl nicht gestützt werden, *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 147 Rn. 16.

– Ausnahmeregelungen, die einen vorübergehenden Ausschluss des Verteidigers oder eine zeitliche Verzögerung der Verteidigerintervention erlauben würden.

Umgekehrt fehlt nach geltendem Recht eine Bestimmung, die – etwa in Form einer Karenzfrist – das Prozedere im Anschluss an die Erklärung des Beschuldigten, einen Verteidiger in Anspruch nehmen zu wollen, verbindlich vorgeben würde. Wenngleich unstrittig ist, dass die Vernehmung in diesem Fall zunächst zu unterbrechen ist, herrscht Unklarheit über die Frage, wann sie fortgesetzt werden darf, wenn der Beschuldigte anschließend auf die zunächst begehrte Verteidigerkonsultation verzichtet. Nach der Rechtsprechung des 5. Senats des BGH kommt dies wegen der psychischen Belastungssituation des Festgenommenen ohne vorangegangene Rücksprache mit einem Verteidiger nur in Betracht, „wenn sich der Beschuldigte ausdrücklich nach erneutem Hinweis auf sein Recht auf Zuziehung eines Verteidigers mit der Fortsetzung der Vernehmung einverstanden erklärt“. Dabei müssen „ernsthafte Bemühungen des Polizeibeamten vorausgegangen sein, [um] dem Beschuldigten bei der Herstellung des Kontakts zu einem Verteidiger in effektiver Weise zu helfen“.⁴⁰⁴ Ungleich großzügiger ist dagegen der Standpunkt des 1. Senats, der das Leitbild eines aufgeklärt-autonom entscheidenden Beschuldigten unterstellt und so zu dem Ergebnis gelangt, dass die Angaben, die dieser in freier Entscheidung ohne Beistand eines Verteidigers macht, jedenfalls dann trotz vorher vergebens geäußertem Wunsch zur Hinzuziehung eines Anwalts ohne Weiteres entgegengenommen und verwertet werden dürfen, wenn aufgrund der konkreten Umstände ohnehin von der Erfolglosigkeit etwaiger auf die Verständigung eines Verteidigers gerichteter Bemühungen auszugehen war.⁴⁰⁵ Wenngleich diese Hypothese wegen der zunehmenden Verbreitung anwaltlicher Notdienste nur noch selten praktisch relevant werden dürfte, finden sich im Schrifttum *de lege ferenda* Forderungen nach einer eindeutigen Regelung der Vernehmungsunterbrechung.⁴⁰⁶

4. Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards

Den Forderungen des CPT entsprechend wurde 2010 in § 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 StPO eine Belehrung über das Recht des Festgenommenen statuiert, die Untersuchung durch einen Arzt oder eine Ärztin seiner Wahl zu verlangen.⁴⁰⁷ Der Anerkennung des Grundsatzes der freien Arztwahl liegt die Vorstellung zugrunde, nur eine solche sei imstande, den Beschuldigten vor polizeilicher Willkür zu schüt-

⁴⁰⁴ BGH NStZ 1996, 291, 292; zust. *Beulke*, NStZ 1996, 257; *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 137 Rn. 1; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 136 Rn. 10; *Müller*, StV 1996, 358.

⁴⁰⁵ BGH NStZ 1996, 452, 453; abl. *Herrmann*, NStZ 1997, 209; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 136 Rn. 10; *Roxin*, JZ 1997, 343; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 24 Rn. 38; *Schwaben*, NStZ 2002, 290 f.; *Ventzke*, StV 1996, 524.

⁴⁰⁶ *Gleiß*, in: Löwe-Rosenberg, § 136 Rn. 43: Zulassung der Fortsetzung nur nach ausdrücklichem und protokolliertem Verzicht oder nach Beratung mit einem Verteidiger.

⁴⁰⁷ Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 18 f.

zen. Der Bundesrat hatte diese Befürchtung als fernliegend eingestuft, da die von Polizei und Justiz eingesetzten Ärzte ebenfalls standesrechtlich verpflichtet seien, den Festgenommenen *lege artis* zu behandeln. Die uneingeschränkte Zulassung der freien Arztwahl ließe vielmehr Missbräuche und Verzögerungen besorgen, da sie die Verwaltungsabläufe, namentlich bei der Aufnahme in die Haftanstalt, verkompliziere und praktisch kaum umsetzbar sei. Der von ihm angeregte Änderungsvorschlag, stattdessen lediglich „das Recht, [...] einem Arzt vorgestellt zu werden“ zu normieren, wurde indes ebenso wenig berücksichtigt wie der im Schrifttum favorisierte Kompromiss, wonach die freie Arztwahl ergänzenden Charakter haben sollte, um einerseits dem Betroffenen die Konsultation eines Arztes seines Vertrauens zu ermöglichen, andererseits aber auch praktischen Zwängen Rechnung zu tragen.⁴⁰⁸

Obwohl das CPT schärfere Vorkehrungen zur Sicherung der Vertraulichkeit der ärztlichen Behandlung und des ärztlichen Schweigerechts gefordert und die systematische Anwesenheit von Polizeibeamten bei der Untersuchung bemängelt hatte, wurden die genaueren Modalitäten der ärztlichen Untersuchung im Gesetz nicht geregelt. Einzelheiten sehen teilweise die im Wege von ministeriellen Runderlassen verabschiedeten Gewahrsamsordnungen auf Landesebene vor, denen eine rechtliche Außenwirkung fehlt (siehe z.B. § 5 PolGewO NRW vom 20.3.2009).⁴⁰⁹ Die Gesetzesmaterialien betonen ausdrücklich, dass mit der neuen Belehrung keine Kostenübernahmepflicht des Staates einhergehe.⁴¹⁰

Anders als die meisten Landespolizeigesetze (siehe oben A.3.b.cc.) enthält zwar die StPO selbst keine Vorgaben für die Behandlung festgehaltener Personen. Solche lassen sich jedoch über § 136a StPO hinaus dem Missbrauchsverbot des Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 Satz 1 GG und der staatlichen Fürsorgepflicht für die Gesundheit festgenommener Personen entnehmen. Hiernach muss die Ausgestaltung der Verwahrung in physischer Hinsicht allgemeinen menschenwürdigen Standards entsprechen. Zugunsten kranker Personen muss eine hinreichende medizinische Versorgung sichergestellt sein. Im Übrigen ist eine ausreichende Pflege ebenso sehr geboten wie die Erfüllung körperlicher und hygienischer Grundbedürfnisse (siehe dazu etwa §§ 9, 11 PolGewO NRW vom 20.3.2009). Schließlich resultieren aus der Freiheitsentziehung besondere staatliche Schutzpflichten zugunsten von Leib und Leben der Betroffenen.⁴¹¹

⁴⁰⁸ RegE eines Gesetzes zur Änderung des Untersuchungshaftrechts, BT-Drucks. 16/11644, S. 40; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114b Rn. 10.

⁴⁰⁹ MBl. NRW, S. 254. Dazu und zu den Beanstandungen des CPT siehe bereits *Kaiser/Rebmann*, NStZ 1998, 106, 108 f.

⁴¹⁰ BT-Drucks. 16/11644, S. 17.

⁴¹¹ Siehe zum Ganzen *Dürig*, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 21; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 35; *Goy*, Vorläufige Festnahme, 148 ff.

5. Protokollierungs- und Aufzeichnungspflichten

a) Protokoll- und Registerführung

Das in § 168b Abs. 1 StPO a.F. normierte Gebot, wonach das Ergebnis *staatsanwaltschaftlicher* Untersuchungshandlungen aktenkundig zu machen ist, galt wegen der Grundsätze der Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit, wegen des schriftlichen Charakters des Ermittlungsverfahrens und wegen der Verpflichtung der Polizeibeamten, alle bei ihr erwachsenen Vorgänge der Staatsanwaltschaft zu übersenden (§ 163 Abs. 2 Satz 1 StPO), für *polizeiliche* Ermittlungen schon bisher entsprechend. Die Neufassung der Vorschriften durch das Richtlinienumsetzungsgesetz vom 2.7.2013 stellt dies nunmehr ausdrücklich klar, indem das Gesetz jetzt auf Untersuchungshandlungen der *Ermittlungsbehörden* abstellt.⁴¹² Der Begriff der Untersuchungshandlung ist zwar weit zu verstehen, da er alle zur Wahrheitsfindung vorgenommenen Ermittlungshandlungen, insbesondere Zwangsmaßnahmen, wie die vorläufige Festnahme, umfasst. Da jedoch lediglich das „Ergebnis“ festzuhalten ist, folgt aus dieser Vorschrift keine Verpflichtung, Einzelheiten zu Durchführung und Verlauf der Maßnahme schriftlich niederzulegen.⁴¹³

Ungeachtet dessen liegt es im Interesse der Ermittlungsbeamten, auch die Beachtung der gesetzlichen Voraussetzungen bei Anordnung und Verlauf der Maßnahme verlässlich und nachvollziehbar zu dokumentieren, da sie im Streitfall die Rechtfertigung des hoheitlichen Grundrechtseingriffs nachweisen müssen.⁴¹⁴ Speziell im Hinblick auf das Erfordernis der „Gefahr im Verzug“ (§ 127 Abs. 2 StPO), das der grundgesetzlich gebotenen Vorrangzuständigkeit des Richters für Freiheitsentziehungen (Art. 104 GG) Rechnung trägt, folgen hieraus umfassende Dokumentations- und Begründungspflichten, da die für einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) gebotene Vollkontrolle nur möglich ist, wenn neben dem Ergebnis auch die Grundlagen der Entscheidung und deren Zustandekommen zuverlässig erkennbar werden. Dies setzt nach der Rechtsprechung des BVerfG voraus, dass der Beamte vor oder jedenfalls unmittelbar nach der Festnahme seine für den Eingriff bedeutsamen Erkenntnisse und Annahmen in den Ermittlungsakten dokumentiert. Hierbei muss er insbesondere, unter Bezeichnung des Tatverdachts und des Festnahmegrundes, die Umstände darlegen, derentwegen er davon ausgeht,

⁴¹² Siehe dazu insb. die Begr. des RegE, BT-Drucks. 17/12578, S. 19.

⁴¹³ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163 Rn. 74, 78; ebda., § 168b Rn. 2a–4, 6; *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168b Rn. 1 f.; ebda., § 163 Rn. 28.

⁴¹⁴ Dies gilt – trotz Unanwendbarkeit des *in dubio*-Grundsatzes – ggf. selbst für die umstrittene Frage der Beweisverwertung: Die herkömmliche Ansicht, die eine Verwertung zumindest bei behaupteten Verstößen gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO (BGH NJW 1992, 1463, 1465) oder § 136a StPO (BGH NJW 1994, 2904, 2905) *generell* für zulässig erachtet, wenn sich der Verstoß nicht nachweisen lässt, ist zumindest in dieser Pauschalität nicht mehr haltbar, BGH NSTZ-RR 2007, 80 (zu § 136 Abs. 1 StPO) und *Gleß*, in: Löwe-Rosenberg, § 136a Rn. 78 (zu § 136a StPO); siehe dazu oben I.C.2.c. sowie unten E.3.a.bb.

dass eine richterliche Anordnung zu spät gekommen wäre.⁴¹⁵ Da die Freiheitsentziehung bei Überschreitung der gesetzlichen Höchstfristen automatisch rechtswidrig wird, sollte außerdem ihr exakter Beginn in einem Vermerk niedergelegt werden.⁴¹⁶ Ausweislich der Feststellungen des CPT enthalten die bei der Polizei geführten Haftbücher detaillierte Informationen über die weiteren Haftbedingungen.⁴¹⁷

Vorbehaltlich besonderer Sachgründe ist über die polizeiliche Vernehmung ein Protokoll aufzunehmen. Mit der durch das Gesetz vom 2.7.2013 bewirkten Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs von § 168b StPO auch auf Polizeibeamte (Abs. 1 n.F.) ist nunmehr ausdrücklich klargestellt, dass entsprechend der für richterliche Vernehmungen geltenden Formvorschriften des § 168a StPO eine Niederschrift zu fertigen ist, „soweit dies ohne erhebliche Verzögerung der Ermittlungen geschehen kann“ (Abs. 2).⁴¹⁸ Zur Umsetzung der Belehrungsrichtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 wurde gleichzeitig ein neuer Abs. 3 eingefügt, der besagt, dass die Belehrung des Beschuldigten vor seiner Vernehmung nach § 136 Abs. 1 sowie § 163a StPO zu dokumentieren ist.⁴¹⁹ Entsprechendes gilt für die zeitgleich eingeführte Belehrung über das Recht auf schriftliche Übersetzung zugunsten von Beschuldigten, die der deutsche Sprache nicht mächtig oder hör- bzw. sprachbehindert sind (§ 187 Abs. 3 Satz 2 GVG n.F. i.V.m. § 163a Abs. 5 StPO n.F.). Die festnahmespezifischen Unterrichtungen nach § 114b werden wegen des insoweit geltenden Schriftlichkeitsgrundsatzes ohnehin aktenkundig (vgl. Abs. 1 Satz 4).⁴²⁰ Während das Gesetz die Art und Weise der Protokollierung – abgesehen von Vorgaben formal-technischer Natur in § 168a Abs. 1, 2 StPO – offen lässt, spricht der für polizeiliche Vernehmungen analog heranziehbare Abs. 2 von Nr. 45 RiStBV die Empfehlung aus, für „bedeutsame Teile der Vernehmung“ die Fragen,

⁴¹⁵ Vgl. zu Art. 13 GG BVerfG, Urt. vom 20.2.2001, Az.: 2 BvR 1444/00, Rn. 61–63 (juris); zur Übertragbarkeit auf § 127 StPO *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 36.

⁴¹⁶ *Wolter*, in: SK-StPO, § 163b Rn. 31; ebda., § 163c Rn. 5.

⁴¹⁷ Europarat, Bericht über den Deutschland-Besuch des CPT, S. 22 Rn. 37. Näheres sehen i.d.R. die als ministerielle Runderlasse verabschiedeten „Gewahrsamsordnungen“ auf Landesebene vor, siehe z.B. § 4 PolGewO NRW („Einlieferungsanzeige“; „Vordruck Freiheitsentziehung“).

⁴¹⁸ So auch schon die allgemeine Meinung zur alten Rechtslage, BGH NStZ 1995, 353; 1997, 611; *Griesbaum*, in: KK-StPO Rn. 3, 5; *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163a Rn. 100 ff.; ebda., § 168b Rn. 2a; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 610. Zur begrenzten Aussagekraft von Vernehmungsprotokollen siehe *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 358, 363 ff.

⁴¹⁹ Gemäß Nr. 45 Abs. 1 RiStBV war die Belehrung des Beschuldigten vor seiner ersten (staatsanwaltschaftlichen) Vernehmung nach §§ 136 Abs. 1, 163a Abs. 3 Satz 2 StPO schon bisher aktenkundig zu machen. Zur entsprechenden Geltung für polizeiliche Vernehmungen und zur Bedeutung des Aktenvermerks als Indiz für die vom Tatrichter im Freibeweis zu klärende Frage, ob die Hinweise nach § 136 Abs. 1 StPO erteilt wurden, siehe BGH NJW 1992, 1463, 1465. Siehe auch die Begr. des RegE, BT-Drucks. 17/12578, S. 19.

⁴²⁰ Begr. des RegE, BT-Drucks. 17/12578, S. 8, 16.

Vorhalte und Antworten möglichst wörtlich in die Niederschrift aufzunehmen; außerdem wird die Vernehmungsperson dazu angehalten, im Fall eines Geständnisses die Einzelheiten der Tat möglichst mit den Worten des Beschuldigten wiederzugeben. Verzichtet der Beschuldigte entgegen seiner ursprünglichen Intention auf die Zuziehung eines Verteidigers, so empfiehlt es sich nach Auffassung des BGH, „die in diesem Zusammenhang erforderlichen Vorgänge und Erklärungen zu dokumentieren, damit Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer Vernehmung des Beschuldigten ohne Mitwirkung eines Verteidigers nicht entstehen können“.⁴²¹ Das erstellte Protokoll ist zur Genehmigung vorzulesen oder zur Durchsicht vorzulegen. Verzichtet der Betroffene hierauf, so ist dies ebenso zu protokollieren wie die Genehmigung oder etwaige Einwendungen. Anschließend wird das Protokoll von den Beteiligten unterzeichnet; verweigert der Betroffene dies, so ist der Grund im Protokoll anzuführen (§ 168a Abs. 3 StPO).

b) Audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung

Bis zum Gesetz vom 25.4.2013 (BGBl. I, S. 935), das mit Wirkung zum 1.11.2013 die Bestimmungen der §§ 58a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 und 3 StPO für die – polizeiliche, staatsanwaltschaftliche und richterliche – Beschuldigtenvernehmung entsprechend anwendbar erklärt (§ 163a Abs. 1 Satz 2 StPO n.F.), war eine solche Aufzeichnung auf Bild-Ton-Träger („Videovernehmung“) nicht im Gesetz vorgesehen: Der mit dem Zeugenschutzgesetz vom 30.4.1998 eingefügte § 58a StPO selbst sieht sie nur im Zusammenhang mit Zeugenvernehmungen vor (siehe auch § 255a StPO). Die für die Polizei – auch schon vor der Neufassung von § 168b Abs. 1 StPO durch das Gesetz vom 2.7.2013 – entsprechend anwendbaren Vorschriften des § 168a Abs. 2, 3 StPO bestimmen lediglich, dass der Inhalt des Vernehmungsprotokolls vorläufig auf *Tonband* aufgezeichnet werden kann;⁴²² Letzteres ist dem Beschuldigten vorher anzuzeigen, seiner Zustimmung bedarf es nicht – de facto kann er die Tonbandaufzeichnung freilich durch die Ausübung seines Schweigerechts verhindern und so eine andere Aufzeichnungsform erzwingen.⁴²³

Wenngleich Videovernehmungen mit dem Einverständnis aller Beteiligten, namentlich des Beschuldigten, auch schon vor der gesetzlichen Neuregelung von

⁴²¹ BGH NJW 1996, 1547, 1548.

⁴²² Siehe BGH NSTz 1997, 611; vgl. auch Nr. 5b Satz 1 RiStBV.

⁴²³ Akzeptiert er sie, so ist die schriftliche Niederschrift unverzüglich nach der Vernehmung zu erstellen; die Aufnahme selbst ist zu den Akten zu nehmen, unterliegt dort dem Akteneinsichtsrecht nach § 147 StPO und darf (erst) nach Verfahrensabschluss gelöscht werden. Anstelle einer Unterschrift reicht das gemeinsam mit der Genehmigung oder etwaigen Einwendungen im Protokoll vermerkte Abspielen oder Vorlesen der Aufzeichnung. Siehe zum Ganzen *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 168a Rn. 24, 28, 28a; *Pfeiffer*, StPO, § 163a Rn. 10; *Eisenberg*, Beweisrecht, Rn. 617; OLG Stuttgart NSTz 1986, 41, 42.

2013 für zulässig erachtet und praktiziert wurden,⁴²⁴ hatten sich zuletzt die Forderungen nach einem weitergehenden Einsatz moderner Dokumentationstechniken und der Schaffung einer entsprechenden gesetzlichen Grundlage gemehrt.⁴²⁵ Ein vom Strafrechtsausschuss der BRAK im Februar 2010 vorgelegter Gesetzesentwurf⁴²⁶ basiert etwa auf der Annahme einer qualitativen Überlegenheit der Bild-Ton-Aufzeichnung gegenüber der herkömmlichen Vernehmungsniederschrift, da sie eine wesentlich zuverlässigere und authentischere Wiedergabe des Vernehmungsablaufs und -inhalts gewährleiste, dank derer die Hauptverhandlung – im Interesse aller Verfahrensbeteiligten – von zeit- und kostenaufwendigen Nachforschungen (etwa zur Frage der Einhaltung der gesetzlichen Belehrungspflichten) entlastet werde. Neben der Anerkennung einer fakultativen, ins Ermessen der Ermittlungsperson gestellten Videovernehmung sah der Entwurf deshalb bei schwerwiegenden Fällen eine dahingehende Verpflichtung vor, nämlich dann, wenn absehbar ist, dass im weiteren Verfahren eine notwendige Verteidigung (§ 140 Abs. 1 oder 2 StPO) erforderlich wird (§ 136 Abs. 4 StPO-E); Vernehmungen im Anschluss an die *haftsichernde* Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) wären damit wegen § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO stets aufzeichnungspflichtig.⁴²⁷

Die gesetzliche Normierung aus dem Jahr 2013 – die in dem zugrunde liegenden Bundesratsentwurf von 2010 noch gar nicht vorgesehen war – beschränkt sich darauf, die Videoaufzeichnung der Beschuldigtenvernehmung unter Bezugnahme auf die Zeugenregelung in § 58a StPO ausdrücklich zu erlauben.⁴²⁸ Sie steht also nunmehr im Ermessen der Vernehmungsperson, ohne dass es weiterhin eines Einverständnisses des Beschuldigten bedarf; ähnlich wie bei der Tonbandaufzeichnung nach § 168a StPO hat dieser es jedoch – im Gegensatz zum aussagepflichtigen Zeugen – faktisch in der Hand, mithilfe seines Schweigerechts auf die Rahmenbedingungen der Vernehmung Einfluss zu nehmen. Von der Statuierung der von

⁴²⁴ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163a Rn. 102; *Ignor/Bertheau*, in: Löwe-Rosenberg, § 58a Rn. 10.

⁴²⁵ *Beulke*, ZStW 113 (2001), 730, 742; *Leitner*, Videotechnik; *Starkgraff*, in: Strafverteidigervereinigungen (Hrsg.), Wehe dem, S. 231.

⁴²⁶ Strafrechtsausschuss der BRAK, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik, BRAK-Stellungnahme-Nr. 1/2010; siehe dazu *Nack/Park/Brauneisen*, NStZ 2011, 310.

⁴²⁷ Die Aufzeichnungsregelung sollte für polizeiliche, staatsanwaltschaftliche und richterliche Vernehmungen gleichermaßen gelten und unabhängig davon anwendbar sein, ob die Aussagen im Beisein eines Verteidigers erfolgen oder nicht. Am Ende der Videovernehmung sollten etwaige außerhalb der Aufzeichnung geführte Gespräche in ihrem wesentlichen Inhalt wiederzugeben sein. Der Beschuldigte sollte dabei Gelegenheit erhalten, sich dazu zu äußern (§§ 136 Abs. 4, 58a Abs. 2 StPO-E). Geständnisse sollten entsprechend der Regelungen für richterliche Vernehmungsprotokolle (§ 254 StPO) durch Vorführung der Aufzeichnung in die Hauptverhandlung eingeführt werden können.

⁴²⁸ Siehe den Bericht des Rechtsausschusses (zum BR-Entwurf vom 24.3.2010, BT-Drucks. 17/1224) vom 20.2.2013, BT-Drucks. 17/12418, S. 19, wo allerdings missverständlich-reiterativ von der „Aufzeichnung einer Videovernehmung“ (H.d.d.A.) die Rede ist.

der BRAK befürworteten Aufzeichnungspflicht oder der Formulierung entsprechender Soll-Vorgaben (vgl. für Zeugen § 58a Abs. 1 Satz 2) hat der Gesetzgeber Abstand genommen. Die Verwendung der audiovisuellen Aufzeichnung ist gemäß § 58a StPO „nur für Zwecke der Strafverfolgung und nur insoweit zulässig, als dies zur Erforschung der Wahrheit erforderlich ist“ (Abs. 2 Satz 1). Da die Verwertung der Aufzeichnung nicht auf das Strafverfahren beschränkt ist, in dem sie entstanden ist, sondern auch in anderen, möglicherweise zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht anhängig gewesenen Verfahren in Betracht kommt, ist die in Abs. 2 Satz 2 für anwendbar erklärte Löschungspflicht aus § 101 Abs. 8 StPO, die an den Fortfall ihrer Erforderlichkeit für die Strafverfolgung anknüpft, relativ unverbindlich; sofern nicht mit einer Wiederaufnahme zu rechnen ist oder andere besondere Umstände vorliegen (z.B. flüchtiger Mittäter), soll das Löschen jedoch regelmäßig mit dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens zu erfolgen haben.⁴²⁹ Die Aufzeichnung unterliegt dem Akteneinsichtsrecht nach §§ 147, 406e StPO. Den zur *Akteneinsicht* berechtigten Personen, also nur dem Verteidiger sowie dem Rechtsanwalt des Verletzten, ist – über die uneingeschränkt zu gewährende Möglichkeit einer Besichtigung hinaus (Abs. 3 Satz 3) – eine Kopie zu überlassen, sofern der Beschuldigte nicht widerspricht; letzterenfalls tritt an die Stelle der Überlassung einer Aufzeichnungskopie die Aushändigung einer Übertragung der Aufzeichnung in ein schriftliches Protokoll. Die Weitergabe von Kopien durch den Verteidiger an seinen Mandanten oder Dritte ist unzulässig (Abs. 2 Satz 4), jedoch nicht strafbewehrt: § 201 Abs. 1 Nr. 2 StGB stellt nämlich nur die Weitergabe einer unbefugt hergestellten Aufnahme des nicht öffentlichen Wortes unter Strafe.⁴³⁰

E. Richterliche Kontrolle

1. Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft

Eine vorherige Kontrolle durch den Richter existiert bei der vorläufigen Festnahme nicht, sieht man von der wenig praxisrelevanten Konstellation einer richterlichen Intervention als „jedermann“ i.S.v. § 127 Abs. 1 StPO ab. Eine richterliche Ausschreibung zur Festnahme kommt nur nach vorherigem Erlass eines Haftbefehls in Betracht, § 131 Abs. 1 StPO. Selbst ein Tätigwerden als „Notstaatsanwalt“ (§ 165 StPO) scheidet aus, weil die Vorschrift die richterlichen Befugnisse nicht erweitert, sondern ihn lediglich von dem staatsanwaltschaftlichen Antragsersfordernis im Vorverfahren entbindet.⁴³¹ Im Übrigen fehlt für eine haftbefehlsichernde Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) durch den Richter schon deshalb das

⁴²⁹ *Senge*, in: KK-StPO, § 58a Rn. 10–12.

⁴³⁰ *Senge*, in: KK-StPO, § 58a Rn. 9 beklagt das Fehlen einer strafrechtlichen Sanktion.

⁴³¹ So jedenfalls die h.M. zu §§ 127 Abs. 1 Satz 2, 163b Abs. 1 StPO, siehe *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 43; *Wolter*, in: SK-StPO, § 163b Rn. 28.

Bedürfnis, weil § 125 Abs. 1 Satz 1 StPO bei Unerreichbarkeit eines Staatsanwalts und Gefahr im Verzug den – vorrangigen – Erlass eines Haftbefehls von Amts wegen zulässt.

Die Durchbrechung der verfassungsrechtlichen Vorrangzuständigkeit des Richters für die Anordnung freiheitsentziehender Maßnahmen – die keine „Entscheidung“ i.S.v. Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG enthält – ist im Rahmen der §§ 127 ff. StPO darauf zurückzuführen, dass wegen der besonderen Eilbedürftigkeit („frische Tat“ bzw. „Gefahr im Verzug“) eine richterliche Vorabkontrolle faktisch nicht infrage kommt. Lediglich im Tatbestand der identitätssichernden Officialfestnahme (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b, c StPO) fehlt eine entsprechende Dringlichkeitskomponente; stattdessen sollen hier Praktikabilitätsgründe – und die vergleichsweise kurze Dauer der Maßnahme – den Verzicht auf eine ex ante-Befassung des Richters rechtfertigen.⁴³²

2. Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler

Bei der vorläufigen Festnahme i.e.S. (§§ 127 ff. StPO) ist eine richterliche Intervention nicht während, sondern erst im Anschluss an die Maßnahme vorgesehen, *sofern* sich die Strafverfolgungsbeamten für die Vorführung vor den Richter zwecks Anordnung der Untersuchungshaft entscheiden (§ 128 StPO). Das Fehlen eines auf die Aufhebung der polizeilichen Freiheitsentziehung gerichteten Rechtsbehelfs ist nicht nur ihrer relativ kurzen Dauer geschuldet, sondern basiert auch auf der Erwägung, dass das Verfahren mit der anschließenden Vorführung vor den Richter ohnehin in das Rechtsschutzsystem der Untersuchungshaft übergeht;⁴³³ eine richterliche Überprüfung der Anordnung und Durchführung der vorläufigen Festnahme ist damit jedoch nicht verbunden, denn Gegenstand der Entscheidung des Haftrichters ist allein das *aktuelle* Vorliegen der Haftvoraussetzungen.⁴³⁴

Anders verhält es sich dagegen bei der identifizierungssichernden Officialfestnahme (§§ 127 Abs. 1 Satz 2, 163b f. StPO): Diese ist nicht auf den Erlass eines Haftbefehls gerichtet; im Gegenzug sieht das Gesetz die Intervention des Richters bereits *während* des Verlaufs der Maßnahme vor und gibt ihm neben der Entscheidung über die Fortdauer zugleich auch die Prüfung der Zulässigkeit der Freiheitsentziehung auf (§ 163c als *lex specialis* zu § 128 StPO). Gegenstand der Entscheidung ist gleichwohl nicht die Rechtmäßigkeit der Identitätsfeststellung oder der Freiheitsentziehung insgesamt, sondern nur die für ihre Fortdauer relevante, *aktuelle* Zulässigkeit der Maßnahme. Dass mit deren Bejahung regelmäßig zugleich auch

⁴³² Wolter, in: SK-StPO, § 163b Rn. 28; Erb, in: Löwe-Rosenberg, § 163b Rn. 43; Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 163b Rn. 21.

⁴³³ Vgl. Goy, Vorläufige Festnahme, S. 154.

⁴³⁴ Schultheis, in: KK-StPO, § 128 Rn. 9; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 128 Rn. 14.

der bisherige Verlauf – implizit – gebilligt wird, ist rechtlich ohne Belang.⁴³⁵ Die Vorführung vor den Richter ist von einem Antrag unabhängig und keinem Verzicht zugänglich.⁴³⁶ Die Entscheidung ist unverzüglich nach Beginn der Maßnahme herbeizuführen, es sei denn, dies würde voraussichtlich längere Zeit in Anspruch nehmen als zur Identitätsfeststellung notwendig wäre (§ 163c Abs. 1 Satz 2 StPO) – was nicht selten der Fall sein dürfte. Zuständig ist unabhängig vom Verfahrensstadium stets dasjenige Amtsgericht, in dessen Bezirk der Betroffene ergriffen wurde; maßgeblich ist also der Ort des Beginns der Freiheitsentziehung.⁴³⁷ Die Entscheidung ergeht nach Durchführung einer gemäß §§ 168, 168a StPO zu protokollierenden mündlichen Verhandlung in Form eines Beschlusses und ist im Fall der Bestätigung der Maßnahme zu begründen (§ 34 StPO).⁴³⁸ Die dem Betroffenen hiergegen eröffnete Möglichkeit einer Beschwerde (§ 304 StPO) hat keine aufschiebende Wirkung und wird daher regelmäßig bis zur Entscheidung des Beschwerdegerichts prozessual überholt sein. Besteht das Rechtsschutzinteresse jedoch fort, so kann der Betroffene unter Umständen eine nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit erwirken (siehe unten 3.b.aa.).⁴³⁹

3. Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation

a) Beweisverwertungsverbote im Rahmen des konkreten Strafverfahrens

Rechtsverstöße im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme können zur Folge haben, dass die in ihrem Rahmen erlangten Informationen im weiteren Verlauf des Verfahrens nicht verwertet werden dürfen. Liegt ein Beweisverwertungsverbot vor, so dürfen die von ihm betroffenen Erkenntnisse weder der Entscheidung über die Anordnung der Untersuchungshaft zugrunde gelegt werden⁴⁴⁰ noch eignen sie sich als Grundlage einer Verurteilung.

aa) Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung als „unzulässiger Zwang“?

Ob und inwieweit Aussagen, die während einer von Beginn an unzulässigen oder nachträglich rechtswidrig gewordenen vorläufigen Festnahme gewonnen wurden, wegen des Einsatzes unzulässigen Zwangs (§ 136a Abs. 1 Satz 2 StPO) dem ausdrücklichen Verwertungsverbot nach § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO unterliegen, ist umstritten. Zunächst ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Anwendungsbereich

⁴³⁵ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163c Rn. 12.

⁴³⁶ Wolter, in: SK-StPO, § 163b Rn. 11.

⁴³⁷ Griesbaum, in: KK-StPO, § 163c Rn. 8–10; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 163c Rn. 8–10; Pfeiffer, StPO, § 163c Rn. 3.

⁴³⁸ Erb, in: Löwe-Rosenberg, § 163c Rn. 18.

⁴³⁹ Wolter, in: SK-StPO, § 163c Rn. 16; Griesbaum, in: KK-StPO, § 163c Rn. 13.

⁴⁴⁰ BGH NStZ 1990, 348.

der Vorschrift nach ständiger Rechtsprechung von vornherein auf Vernehmungen und vernehmungsfähnliche Situationen beschränkt ist. Solche sind dadurch gekennzeichnet, dass die Vernehmungsperson – neben Polizeibeamten, Staatsanwälten und Richtern sollen hierunter auch deren Gehilfen, insbesondere Sachverständige fallen⁴⁴¹ – dem Beschuldigten in amtlicher Eigenschaft gegenübertritt und von ihm in dieser Funktion eine „Aussage“ verlangt.⁴⁴² Spontanäußerungen sind damit ebenso wenig erfasst wie Auskünfte und Geständnisse gegenüber Privatpersonen oder Selbstgespräche.⁴⁴³ Dies gilt selbst dann, wenn die vorläufige Festnahme im Moment der Abgabe der Erklärungen wegen Überschreitung der zulässigen Höchstdauer rechtswidrig war; in einem solchen Fall soll regelmäßig auch die Annahme eines Verwertungsverbots auf anderer Grundlage ausscheiden.⁴⁴⁴

Auch im Übrigen liegt der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein restriktiver Ansatz zugrunde: Sie erkennt zwar an, dass „[e]ine rechtswidrige Freiheitsentziehung [...] zu einem Verwertungsverbot für alle während ihrer Dauer gemachten Äußerungen führen [kann]“,⁴⁴⁵ lässt dafür jedoch nicht das Vorliegen dieses rechtswidrigen Zwangs genügen. Es wird vielmehr verlangt, „dass der Zwang, gegebenenfalls also die Freiheitsentziehung, gezielt als Mittel zur Herbeiführung einer Aussage angewandt worden ist, also auf das ‚Ob‘ oder ‚Wie‘ einer Aussage gerichtet war“,⁴⁴⁶ „da die Vorschrift allein die Willensfreiheit einer Aussage schützen will“.⁴⁴⁷

Auch müsse es sich um schwerwiegende Verstöße handeln.⁴⁴⁸ Die bloße Rechtswidrigkeit der Anordnung oder Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung sei als solche ebenso unerheblich wie eine mit der Freiheitsentziehung verbundene Erwartung, der inhaftierte Beschuldigte werde unter ihrem Eindruck ein Geständnis ablegen, das er nicht abgeben würde, wenn er sich auf freiem Fuße befände. Entscheidend sei vielmehr allein, ob ihre Anordnung oder Aufrechterhaltung als Mittel zu dem Zweck eingesetzt worden ist, den Beschuldigten zu veranlassen, sein Schweigen zu brechen und sich zum Tatvorwurf zu äußern.⁴⁴⁹ Der mit der Anordnung und Bestätigung der Freiheitsentziehung verfolgte Zweck sei den Begründungen der einschlägigen Maßnahmen zu entnehmen. Entspreche dieser Zweck den gesetzlich für zulässig erachteten Zielen der Freiheitsentziehung, so komme ein

⁴⁴¹ BGHSt 11, 211, 12.

⁴⁴² *Diemer*, in: KK-StPO, § 136a Rn. 6 m.w.N.

⁴⁴³ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 25 Rn. 11.

⁴⁴⁴ BGH NStZ 1988, 233, 234 m. krit. Anm. *Hamm*; vgl. auch BGH StV 1995, 283.

⁴⁴⁵ BGH NStZ 1988, 233, 234 (zur vorläufigen Festnahme).

⁴⁴⁶ BGH NStZ 1995, 605, 606 (zur Untersuchungshaft).

⁴⁴⁷ BGH StV 1992, 356, 357 (zur vorläufigen Festnahme).

⁴⁴⁸ BGHSt 31, 395, 399; BGH StV 1992, 356, 357.

⁴⁴⁹ BGH NStZ 1995, 605, 606 entgegen LG Bad Kreuznach StV 1993, 629 (jeweils zur Untersuchungshaft).

Verwertungsverbot insoweit nur mehr dann in Betracht, „wenn sich die Begründung [sic] mit der das Vorliegen der gesetzlichen Haftvoraussetzungen behauptet und die Inhaftierung des Beschuldigten durchgesetzt wurde, als wider besseres Wissen gebrauchter Vorwand erweist, der mit der [Freiheitsentziehung] verbundene Zwang also in Wirklichkeit nur dazu dienen sollte, den Beschuldigten aussagewillig zu machen. Zur Annahme eines solchen Missbrauchs genügt es indes nicht, dass die gesetzlichen Haftvoraussetzungen objektiv fehlen; vielmehr muss weiterhin feststehen, dass die entsprechende Haftentscheidung auch subjektiv im Bewusstsein des Fehlens dieser Voraussetzungen getroffen oder herbeigeführt worden ist.“⁴⁵⁰ Im Ergebnis wird ein final-intentionales Verhalten gefordert, welches von seinem Gewicht her dem Vorwurf einer Rechtsbeugung gleichkommt.⁴⁵¹

Bei Zugrundelegung dieses Maßstabs wird die Rechtswidrigkeit der Anordnung oder Aufrechterhaltung, also das „Ob“ und „Ob noch“ der Freiheitsentziehung, für sich genommen kaum jemals ein Verwertungsverbot für die während ihres Verlaufs gewonnenen Aussagen oder sonstigen Beweise nach sich ziehen können.⁴⁵² Praktische Bedeutung dürfte dem Verwertungsverbot aus § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO damit nur bei Hinzutreten weiterer Umstände zukommen, die das „Wie“, also den konkreten Ablauf der Maßnahme betreffen. Maßgeblich ist im Ergebnis, ob über die Freiheitsentziehung als solche hinausgehende Beeinträchtigungen der Willensfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung,⁴⁵³ körperliche Eingriffe, Verabreichung von Mitteln, Quälerei, Täuschung, Hypnose (Abs. 1 Satz 1), durch sonstigen Zwang (Satz 2) oder durch die Drohung mit unzulässigen Maßnahmen – etwa Folter oder schlicht einen Haftbefehl, dessen Voraussetzungen nicht vorliegen⁴⁵⁴ – oder das Versprechen gesetzlich nicht vorgesehener Vorteile (Satz 3)⁴⁵⁵ stattgefunden haben.

Im Schrifttum erfährt die enge Haltung des BGH im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Verwertungsverbots aus § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO bei rechtswidrigen Freiheitsentziehungen nicht uneingeschränkt Zustimmung.⁴⁵⁶ Erfolgen die selbstbelastenden Äußerungen des zu Unrecht Festgenommenen im Rahmen eines

⁴⁵⁰ BGH NStZ 1995, 605, 606 f.

⁴⁵¹ BGH NStZ 1995, 605, 607.

⁴⁵² *Eidam*, StV 2005, 203.

⁴⁵³ Siehe BGH, Beschl. vom 21.10.2014, Az.: 5 StR 296/14 (juris): Unzulässigkeit der polizeilichen Vernehmung einer tiefgreifend körperlich und seelisch erschöpften Beschuldigten, welche zuvor mindestens 38 (!) Stunden lang nicht geschlafen hatte, führt zu Unverwertbarkeit des nach anfänglichem Bestreiten abgelegten Geständnisses; zust. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2014, 760 f.

⁴⁵⁴ BGH MDR 1971, 18; OLG Frankfurt a.M. StV 1998, 119; Täuschung; vgl. auch BGH StV 1988, 468.

⁴⁵⁵ OLG Köln NStZ 2014, 172: Verstoß gegen § 136a StPO bei Ablegung eines Geständnisses als Gegenleistung für das Versprechen, keinen Haftbefehl zu beantragen.

⁴⁵⁶ Zust. jedoch die wohl h.M., siehe *Gleiß*, in: Löwe-Rosenberg, § 136a Rn. 55; *Diermer*, in: KK-StPO, § 136a Rn. 29; *Eidam*, StV 2005, 202 f.

polizeilich initiierten und überwachten Privatgesprächs, so wird vereinzelt bereits die Beschränkung des Verbots auf Vernehmungssituationen abgelehnt, da das Vor- bzw. Zwischenschieben einer Privatperson als unmittelbaren Erklärungsempfänger keine sachliche Differenzierung trage.⁴⁵⁷ Vor allem jedoch wird das Abstellen auf das Finalitätserfordernis kritisiert und ein Verwertungsverbot bereits bei *objektiv* unzulässigem Zwang befürwortet, um der besonderen Bedeutung des *nemo tenetur*-Grundsatzes bei Freiheitsentziehungen Rechnung zu tragen: Die aus der haftbedingten Konfliktlage resultierende psychische Belastung übe per se Zwang auf den Betroffenen aus, der nur so lange mit dem in § 136a StPO geschützten Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit vereinbar sei, wie die Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Freiheitsentziehung vorliegen. Mithin müsse regelmäßig bereits die objektive Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung ein Verwertungsverbot wegen unzulässiger Beeinträchtigung der Willensfreiheit nach sich ziehen, sofern nicht ausnahmsweise die Kausalität im Hinblick auf die Aussage fehle.⁴⁵⁸

Immerhin finden sich in der Rechtsprechung bei besonders gravierenden Verstößen gegen die Festnahmevoraussetzungen auch Ansätze für eine großzügigere Handhabung des Verwertungsverbots aus § 136a StPO. So wurde etwa in einem Fall, in dem jemand trotz Fehlens jeglicher Anhaltspunkte für einen konkreten Tatverdacht wie ein vorläufig Festgenommener behandelt (Verbringung ins Polizeigebäude, Abnehmen persönlicher Gegenstände, Gestellung von Ersatzkleidung, erkennungsdienstliche Behandlung, Verschluss in Arrestzelle) und dann zunächst stundenlang als Zeuge, später als Beschuldigter vernommen wurde, eine Unverwertbarkeit der Aussagen wegen Ausübung unzulässigen Zwangs angenommen.⁴⁵⁹ Auch der BGH hat angedeutet, dass er die Verwertung einer polizeilichen Vernehmung, die unter Verstoß gegen die – bei § 128 StPO freilich sehr großzügig ausgelegte (siehe oben C.2.b.) – Pflicht zur „unverzüglichen“ Vorführung zustande gekommen ist, nur noch bei Vorliegen „außergewöhnlicher Besonderheiten“ zulassen will.⁴⁶⁰

bb) Ungeschriebene Verwertungsverbote wegen sonstiger Verstöße

Die Herleitung eines Beweisverwertungsverbots aus *festnahmebezogenen Verstößen* wurde bisher ganz überwiegend *allein* im Rahmen von § 136a StPO dis-

⁴⁵⁷ Hamm, Anm. zu BGH NSTZ 1988, 233, 235.

⁴⁵⁸ Bung, StV 2008, 495; Paeffgen; § 128 Rn. 5; Nelles, StV 1992, 390 ff.; Fezer, JR 1991, 88 f.; Eisenberg, Beweisrecht, Rn. 691; Paeffgen, NSTZ 1997, 118 f.; Fezer, StV 1996, 77 ff.

⁴⁵⁹ LG Bremen StV 1995, 515.

⁴⁶⁰ Siehe BGH StV 1995, 283 (§ 115 StPO); siehe auch Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, Rn. 227.

kuert.⁴⁶¹ Für die Annahme ungeschriebener Verwertungsverbote auf anderer Grundlage – etwa wegen einer besonders eklatanten Missachtung des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts – dürfte insoweit, anders als bei solchen Ermittlungsmaßnahmen, die unmittelbar auf die Erlangung materieller oder immaterieller Beweismittel gerichtet sind (Blutprobe, Durchsuchung etc.), weder Bedarf noch Raum sein: Weil mit der Freiheitsentziehung selbst noch keine Beweisgewinnung verbunden ist, erlangt die Festnahme erst insofern beweisrechtliche Relevanz, als sie die Grundlage für andere in ihrem Rahmen durchgeführte Ermittlungen bildet. Als solche kommen in erster Linie Vernehmungen und vernehmungssähnlich erlangte Selbstbelastungen in Betracht. Wird dabei unter willkürlicher, also objektiv unter keinerlei Gesichtspunkten vertretbarer Annahme von Gefahr im Verzug oder sonstiger Festnahmevoraussetzungen oder unter eklatanter Verletzung festnahmebezogener Garantien (z.B. Benachrichtigungsrecht) ein Geständnis gewonnen, so gibt das vernehmungsspezifische Verwertungsverbot aus § 136a StPO einen adäquaten Beurteilungsmaßstab an die Hand.⁴⁶² Sollte der BGH dort – entgegen der überzeugenden Einwände im Schrifttum – an seinem Finalitätserfordernis festhalten, so dürfte in den hier interessierenden Fallgruppen regelmäßig eine starke tatsächliche Vermutung für das Vorliegen einer Missbrauchsintention bestehen. Ein Rückgriff auf die von *Nelles* erwogene „Unverwertbarkeit wegen Verletzung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes“ erscheint unter dieser Prämisse entbehrlich.⁴⁶³

Neben festnahmebezogenen Unregelmäßigkeiten, die sich ggf. als verbotene Vernehmungsmethoden im Sinne des § 136a StPO darstellen, sind jedoch auch *festnahmeunabhängige Verstöße* gegen Vernehmungsregelungen denkbar, die ein ungeschriebenes Verwertungsverbot zur Folge haben können. Dies ist heute für die in § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO normierten Belehrungspflichten und für das Recht auf Verteidigerkonsultation wegen ihrer zentralen Bedeutung für eine effektive Verteidigung des Beschuldigten im Grundsatz allgemein anerkannt. Sonstige Verstöße gegen § 136 (Abs. 1 Sätze 1, 3 und 4, Abs. 2 und 3) StPO lösen dagegen kein Verwertungsverbot aus;⁴⁶⁴ insofern dürfte es kein Zufall sein, dass der Gesetzgeber sich 2013 entschieden hat, die Neuaufnahme der Belehrung über die Möglichkeit einer notwendigen Verteidigung in Abs. 1 Satz 3 – und nicht im thematisch näherliegenden Satz 2 (Verteidigerkonsultationsrecht) – anzusiedeln. Während die ältere

⁴⁶¹ Siehe etwa *Fezer*, JR 1991, 87 f.; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 128 Rn. 5; *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 156 f.; *Deckers*, NJW 1991, 157; siehe auch BGH StV 1995, 283.

⁴⁶² Vgl. LG Bremen StV 1995, 515.

⁴⁶³ *Nelles*, StV 1992, 391 f. mit Verweis auf AG Offenbach StV 1991, 153, wo allerdings gerade nicht die Beurteilung einer vorläufigen Festnahme, sondern einer Durchsuchung und Beschlagnahme im Vordergrund stand. Wie hier i.E. *Fezer*, JR 1991, 87 bei Fn. 17, allerdings unter Abstellen auf eine angebliche *Spezialität* des gesetzlich normierten Verwertungsverbots (insoweit zu Recht krit. *Nelles*, a.a.O.).

⁴⁶⁴ *Diemer*, in: KK-StPO, § 136 Rn. 27; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 136 Rn. 21.

Rechtsprechung die Schweigerechtsbelehrung (§ 136 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 StPO) noch als bloße Ordnungsvorschrift ohne beweisverwertungsrechtliche Relevanz eingestuft hatte,⁴⁶⁵ folgt der BGH inzwischen der ganz h.M. im Schrifttum und lehnt die Verwertung von Aussagen ab, die ohne ordnungsgemäße Belehrung erlangt wurden.⁴⁶⁶ Gleiches gilt bei Verstößen gegen das in § 136 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 StPO niedergelegte Gebot, den Beschuldigten vor der Vernehmung auf sein Verteidigerkonsultationsrecht hinzuweisen, da diesem kein geringeres Gewicht zukommt als der Belehrung über die Aussagefreiheit.⁴⁶⁷ Für die Annahme eines Verwertungsverbots reicht die Feststellung einer unterbliebenen Belehrung indes nicht aus. Wegen der Beschränkung des Anwendungsbereichs des § 136 StPO auf „Vernehmungen“ im obigen Sinne fehlt es bereits an einem *Verstoß* gegen die Vorschrift, wenn der Betroffene selbstbelastende Spontanäußerungen abgibt oder die Tat gegenüber einer Privatperson einräumt. Wenngleich die Belehrungspflichten selbst dann gelten, wenn der Beschuldigte seine Rechte kennt, zieht ein Verstoß hier wegen der geringeren Schutzwürdigkeit des Betroffenen kein Verwertungsverbot nach sich.⁴⁶⁸ Mit der Neuaufnahme der festnahmeakzessorischen Belehrungen (§ 114b StPO), die bereits im Anschluss an die Ergreifung zu erteilen sind (*letter of rights*), dürfte deshalb bei Vernehmungen im Rahmen einer vorläufigen Festnahme als „Nebeneffekt“ ein Rückgang von Verwertungsverboten aufgrund von Verstößen gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO verbunden sein. Ein Verwertungsverbot soll auch dann entfallen, wenn der Verstoß durch die erneute Aussage nach qualifizierter Belehrung geheilt wurde oder wenn der verteidigte Angeklagte in der Hauptverhandlung ausdrücklich der Verwertung zugestimmt oder ihr nicht widersprochen hat.⁴⁶⁹ Bei der gerichtlichen Feststellung des Verstoßes gegen die Belehrungspflichten kommt dem Beschuldigten zwar nicht der *in dubio*-Satz zugute. Eine Verwertung bleibt daher möglich, wenn es wenigstens Hinweise darauf gibt, dass die Belehrungen tatsächlich stattgefunden haben.⁴⁷⁰ Liegen indes keine hinreichend verlässlichen Anhaltspunkte dafür vor und wurde ein Aktenvermerk entgegen Nr. 45 Abs. 1 RiStBV (nunmehr § 168b Abs. 3 StPO n.F.) nicht gefertigt, so dürfen die Äußerungen nicht verwertet werden.⁴⁷¹ Ein Verwertungsverbot besteht schließlich auch dann, wenn das Begehren des ordnungsgemäß belehrten Beschul-

⁴⁶⁵ BGH NJW 1968, 1838; BGH NStZ 1983, 565.

⁴⁶⁶ BGH NStZ 1992, 294; BGH NStZ 2007, 653.

⁴⁶⁷ BGH NJW 2002, 975; NStZ 2007, 653; offenlassend BGH NStZ 1997, 609.

⁴⁶⁸ BGH NStZ 1992, 294, 295; *Mitsch*, NStZ 2008, 49.

⁴⁶⁹ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 136 Rn. 20, 25.

⁴⁷⁰ BGH NStZ 1997, 609, 610. Abl. *Wollweber*, StV 1995, 355.

⁴⁷¹ BGH NStZ-RR 2007, 80; zust. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 136 Rn. 20.

digten, vor der Befragung Rücksprache mit einem Verteidiger zu halten, verweigert wird und er stattdessen – entgegen § 137 StPO – vernommen wird.⁴⁷²

Höchststrichterlich noch weitgehend ungeklärt ist, wie sich Verstöße gegen die mit Wirkung zum 1.1.2010 neu eingefügten und durch das Gesetz vom 2.7.2013 inhaltlich ausgedehnten *haftakzessorischen Belehrungspflichten* aus § 114b StPO (i.V.m. §§ 127 Abs. 4, 127b Abs. 1 Satz 2, 163c StPO) auf die Beweisverwertung auswirken. Richtig ist sicherlich die Erkenntnis, dass die Nichtbeachtung in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung nicht automatisch zu einem Verwertungsverbot führt, sondern dass es nach der Abwägungslehre der Rechtsprechung auf die Umstände des Einzelfalls unter Berücksichtigung des Gewichts des Verfahrensverstößes, seiner Bedeutung für die rechtlich geschützte Sphäre des Betroffenen und des staatlichen Interesses an der Tataufklärung ankommt.⁴⁷³ So ist mittlerweile etwa für Verstöße gegen die aus Art. 36 WÜK folgende Pflicht zur Belehrung ausländischer Staatsangehöriger über ihr Recht, die Unterrichtung der konsularischen Vertretung zu verlangen und dieser Mitteilungen zukommen zu lassen (§ 114b Abs. 2 Satz 4 StPO n.F.), anerkannt, dass ein Verwertungsverbot zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen ist.⁴⁷⁴ Im Übrigen besteht hinsichtlich der Anwendung dieser Grundsätze jedoch Uneinigkeit. Teile der Literatur lehnen ein Verwertungsverbot wegen Verstößen gegen die anderen in § 114b StPO normierten Belehrungspflichten generell ab, „da der Beschuldigte bei seiner verantwortlichen Vernehmung gemäß § 136 Abs. 1 StPO (erneut) zu belehren ist und erst die hierbei begangenen Verstöße ein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen“.⁴⁷⁵ Nach der Gegenansicht soll den zeitlich vorverlagerten (Kardinal-)Belehrungen über die Aussagefreiheit und das Verteidigerkonsultationsrecht (114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, 4 StPO; seit 2013: Nr. 4a) gegenüber den Verwertungsverboten aus § 136 StPO sehr wohl eigenständige Bedeutung zukommen: Da die Belehrungen unmittelbar im Zusammenhang mit der Festnahme und damit regelmäßig im Vorfeld *jeglicher* (Vor-)Gespräche erfolgen müssen, seien nunmehr – über die im Rahmen einer „Vernehmung“ getätigten Aussagen hinaus – auch Spontanäußerungen und Inhalte von informatorischen Vorgesprächen von dem Verwertungsverbot erfasst.⁴⁷⁶ Eine differenzierende Ansicht nimmt dies jedenfalls bei absicht-

⁴⁷² BGH NStZ 1993, 142; zust. *Roxin*, JZ 1993, 426. Bloße Mängel des Protokolls oder eine unzulängliche Aktenführung begründen als solche kein Verwertungsverbot, mindern jedoch ggf. den Beweiswert der Aussage, *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168b Rn. 6.

⁴⁷³ *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 114b Rn. 10.

⁴⁷⁴ BVerfG NJW 2011, 207, 209 f.; BGH StV 2011, 603; anders noch StV 2008, 172; *Esser*, JR 2008, 274; *Weigend*, StV 2008, 42 („jedenfalls für den Regelfall nicht“); für eine Anrechnung auf die Strafe im Wege der „Vollstreckungslösung“ BGH (5. Senat), StV 2008, 5; a.A. dagegen BGH (3. Senat), StV 2008, 172; BGH (4. Senat) StV 2011, 603.

⁴⁷⁵ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 114b Rn. 10; ähnlich *Bittmann*, NStZ 2010, 14 f., der allerdings ein Verwertungsverbot immerhin dann in Betracht ziehen will, wenn feststeht, dass der Verstoß eine effektive Verteidigung unmöglich gemacht hat.

⁴⁷⁶ *Wankel*, in: KMR, § 114b Rn. 9; *Weider*, StV 2010, 103; ähnlich *Tsambikakis*, ZIS 2009, 507.

lichen Verstößen an, etwa einer bewussten Hinauszögerung der Belehrung zur Generierung von Spontanäußerungen, während bloß versehentliche Versäumnisse kein Beweisverwertungsverbot nach sich ziehen sollen.⁴⁷⁷

b) Überprüfungsmöglichkeiten außerhalb des konkreten Strafverfahrens

Die Möglichkeit, die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Festnahme auch außerhalb des konkreten Verfahrens gerichtlich klären zu lassen, ist für einen effektiven Rechtsschutz unabkömmlich, weil eine richterliche Vorführung (§ 128 StPO) nicht immer stattfindet und selbst dort, wo sie erfolgt, keine Überprüfung des bisherigen Verlaufs der Maßnahme nach sich zieht. Besonderes Gewicht kommt diesen Rechtsbehelfen wegen der restriktiven Handhabe der Verwertungsverbote zu – zumal denkbar ist, dass das Verfahren überhaupt nicht vor Gericht gebracht wird und sich die Frage nach der Beweisverwertung dort also gar nicht erst stellt.

aa) Nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit

Da die Richtervorbehalte der StPO auf die Gewährung eines *vorbeugenden* Rechtsschutzes gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen angelegt sind, war die Frage, ob und wie eine *nachträgliche* Überprüfung der erledigten Festnahme auch außerhalb des konkreten Verfahrens erreicht werden kann, lange umstritten. Nach heute nicht mehr vertretener Auffassung sollte eine solche von vornherein ausscheiden, weil etwaige Rechtsverstöße – wenn überhaupt – allein unter dem Blickwinkel der Beweisverwertung relevant seien.⁴⁷⁸ Um zu verhindern, dass das Recht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG) leerläuft, besteht heute jedoch Einigkeit, dass ein eigenständiger Rechtsbehelf zuzulassen ist, um dem Betroffenen eine Rüge der anfänglichen oder ab einem bestimmten Zeitpunkt eingetretenen Rechtswidrigkeit der Maßnahme zu ermöglichen.⁴⁷⁹ Klärungsbedürftig erwies sich in der Folge das Verhältnis zwischen dem Rechtsmittel der Beschwerde (§ 304 StPO), der Anrufung des Ermittlungsrichters analog § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO und dem Antrag zum OLG nach § 23 EGGVG. Soweit der Maßnahme keine richterliche Anordnung zugrunde liegt, werden heute jedoch sämtliche Fälle einheitlich analog § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO gelöst, da dessen Anwendung – im Einklang mit den Vorgaben des BVerfG⁴⁸⁰ – eine klare und übersichtliche Zuständigkeitsregelung gewährleistet und eine die Gefahr widersprechender Entscheidungen bergende

⁴⁷⁷ Brocke/Heller, StraFo 2011, 2.

⁴⁷⁸ Vgl. Meyer, HRRS-Festgabe für Fezer, S. 136; Rieß/Thym, GA 1981, 200 m.w.N.; BGH NJW 1978, 1815.

⁴⁷⁹ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 47; Deckers, in: AK-StPO, Vor § 112 Rn. 13.

⁴⁸⁰ BVerfG NJW 1997, 2165.

Rechtswegzersplitterung vermeidet.⁴⁸¹ Basiert die Freiheitsentziehung auf einer richterlichen Entscheidung (§ 163c Abs. 1 StPO), bleibt die Beschwerde auch nach Erledigung statthaft, wenn die Zulässigkeit (das „Ob“) der Festnahme gerügt wird. Richtet sich die Beanstandung dagegen gegen die Art und Weise ihrer Durchführung, so ist die Beschwerde nur insoweit einschlägig, als die Vollzugsmodalitäten im richterlichen Beschluss selbst vorgegeben waren; im Übrigen, d.h. soweit solche Vorgaben fehlten, ist auch hier ein Antrag auf Überprüfung zum Ermittlungsrichter zu stellen (§ 98 Abs. 2 StPO analog).⁴⁸²

Gemeinsame Zulässigkeitsvoraussetzung für die richterliche Nachprüfung der erledigten Zwangsmaßnahme ist ein besonderes Rechtsschutzinteresse an der nachträglichen Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit (vgl. § 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG).⁴⁸³ Dieses kann sich aus einer im Einzelfall darzulegenden Wiederholungsgefahr ergeben, nicht jedoch aus einem Rehabilitierungsinteresse oder der beabsichtigten Durchführung eines Amtshaftungsverfahrens.⁴⁸⁴ Unabhängig davon wird bei Maßnahmen, die sich typischerweise vor der gerichtlichen Kontrolle erledigen („prozessuale Überholung“), auch bei „tiefgreifenden Grundrechtseingriffen“ ein berechtigtes Feststellungsinteresse angenommen. Hierunter fallen insbesondere solche Eingriffe, welche die Verfassung grundsätzlich dem Richter vorbehält.⁴⁸⁵ Im Hinblick auf Art. 104 GG besteht daher für die vorläufige Festnahme stets ein fortwirkendes Rechtsschutzinteresse, zumal ein evidenter Bagatellfall wegen der besonderen Eingriffsschwere von Freiheitsentziehungen kaum denkbar ist.⁴⁸⁶

Nachdem Art. 19 Abs. 4 GG einen möglichst lückenlosen gerichtlichen Schutz gegen die ungerechtfertigte Verletzung der Rechtssphäre des Einzelnen durch Eingriffe der öffentlichen Gewalt gebietet, setzt die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes voraus, dass das zur nachträglichen Kontrolle berufene Gericht die Voraussetzungen des Eingriffsakts vollständig eigenverantwortlich nachprüft.⁴⁸⁷ Da dem GG eine gerichtliche Bindung an die von der Exekutive getroffenen Fest-

⁴⁸¹ Zu § 127 StPO siehe BGH MDR 1981, 597; VGH Kassel BeckRS 2008, 30061; BGH NJW 1998, 3653; a.A. (§ 23 EGGVG): *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127 Rn. 36.

⁴⁸² *Fezer*, NSTZ 1999, 152; BGH NJW 1999, 3499; BVerfG NJW 1998, 2131; Unzulässigkeit „weiterer Beschwerde“ (§ 310 StPO), OLG Frankfurt a.M. NSTZ-RR 2010, 22.

⁴⁸³ Umfassend *Meyer*, HRRS-Festgabe für Fezer, S. 147 ff. m.w.N.

⁴⁸⁴ *Meyer*, HRRS-Festgabe für Fezer, S. 149–152; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 21–23;

⁴⁸⁵ BVerfG NJW 1997, 2163, 2164; NJW 2002, 2456.

⁴⁸⁶ BVerfG NJW 1997, 2163, 2164; NJW 2002, 2456, 2457; NVwZ 2011, 743 (fünfständiges Festhalten zur Identitätsfeststellung, § 163b, c StPO); NJW 1984, 1025; BGH NJW 1998, 3653, 3654; *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 163; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 29 Rn. 21. Umstritten ist das Feststellungsinteresse jedoch beim Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 StPO: OLG Hamm NJW 1999, 229 f. und OLG Frankfurt NSTZ-RR 2007, 349 f. verneinen ein solches; a.A. OLG Düsseldorf NSTZ-RR 2001, 382 und OLG Celle NSTZ-RR 2003, 177.

⁴⁸⁷ BVerfG NJW 2010, 2864, Rn. 25; NJW 2001, 1121, 1123.

stellungen und Wertungen grundsätzlich fremd ist, sind die Gerichte verpflichtet, die angefochtenen Akte in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht vollumfänglich zu überprüfen.⁴⁸⁸ Etwas anderes gilt nur insoweit, als das Gesetz den Behörden ausnahmsweise eine Letztentscheidungskompetenz in Form eines Beurteilungsspielraums einräumt, was verfassungsrechtlich nur in eng begrenzten Ausnahmefällen in Betracht kommt und auf dem Gebiet der strafprozessualen Zwangsmaßnahmen von vornherein ausscheiden dürfte.⁴⁸⁹ Allerdings muss der mit der nachträglichen Überprüfung befasste Richter die konkreten zeitlich-faktischen Rahmenbedingungen des polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Handelns berücksichtigen und den situationsbedingten Grenzen ihrer Erkenntnismöglichkeiten Rechnung tragen; er darf also nicht einfach seine nachträglich, ohne Zeitdruck und in Kenntnis der weiteren Entwicklung gewonnene Einschätzung der Lage an die Stelle der (Spontan-)Beurteilung der handelnden Beamten setzen.⁴⁹⁰ Daraus folgt, dass eine Festnahme, die im Hinblick auf die Ermöglichung bestimmter Folgemaßnahmen angeordnet wurde (z.B. Haftbefehl, Einleitung eines beschleunigten Verfahrens), nicht schon deshalb rechtswidrig ist, weil diese anschließend ausgeblieben sind⁴⁹¹ – wenngleich in diesen Fällen eine besonders sorgfältige Nachprüfung angezeigt ist. Unter dieser Prämisse (objektivierter ex ante-Maßstab) ist heute allgemein anerkannt, dass die gerichtliche Kontrolle nicht nur „starre“ gesetzliche Vorgaben wie etwa die absolute Höchstdauer der Maßnahme erfasst, sondern sich selbstverständlich auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe sowie Prognoseentscheidungen erstreckt, wie z.B. den (dringenden) Tatverdacht und den Festnahmegrund. Auch die polizeiliche Ermessenausübung ist, namentlich im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit von Anordnung und Fortdauer der Freiheitsentziehung, auf sogenannte Ermessensfehler zu untersuchen.⁴⁹² Selbst für den in besonderem Maße ausfüllungsbedürftigen Begriff der Gefahr im Verzug (§ 127 Abs. 2 StPO), dessen Zweck gerade darin liegt, eine Eilkompetenz der Exekutive zu begründen und ihr in Abweichung von der Vorrangzuständigkeit des Richters ein schnelles und situationsgerechtes Handeln zu ermöglichen, gilt nichts anderes. Die alte Auffassung des RG,⁴⁹³ wonach eine richterliche Kontrolle ausscheide, weil die (Letzt-),„Entscheidung hierüber [...] denjenigen Organen zu[steht], die der Staat zur Durchführung notwendiger Maß-

⁴⁸⁸ Auch Revisionsgerichte, deren Prüfungsauftrag auf die Kontrolle von Rechtsfehlern beschränkt ist, müssen die Tatsachenfeststellung bei der Beweiswürdigung zumindest daraufhin überprüfen, ob sie nicht in sich widersprüchlich, lückenhaft oder unklar ist oder gegen gesicherte wissenschaftliche Erkenntnisse, die Denkgesetze oder allgemein anerkannte Erfahrungssätze verstößt, st. Rspr., siehe z.B. BGH NStZ-RR 2007, 43, 44.

⁴⁸⁹ BVerfG NJW 2001, 1121, 1123 f.; NVwZ 1993, 666, 669; *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 34 ff.

⁴⁹⁰ BVerfG NJW 2001, 1121, 1124.

⁴⁹¹ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 33; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 22.

⁴⁹² Vgl. BVerfG NVwZ 2011, 743, 745 zur Unverhältnismäßigkeit des Festhaltens zur Identitätsfeststellung nach § 163b, c StPO mangels Erforderlichkeit der Maßnahme.

⁴⁹³ RGSt 23, 334 (bzgl. §§ 98, 105 StPO); siehe dazu *Reuss*, Festnahmerechte, S. 102 f.

nahmen in Eilfällen bestellt hat und [sie] so sehr von der Auffassung der konkreten Sachlage unter Berücksichtigung der gesamten, den verschiedensten Richtungen an gehörigen Verhältnisse ab[hängt], dass nur derjenige, dem die Anordnung bei Gefahr im Verzug anvertraut ist, erlassen kann, ob der durch Anrufen des Richters herbeigeführte Zeitverlust das Resultat der Maßregel beeinträchtigen könnte“, ist mithin überholt.⁴⁹⁴ Überaus problematisch erscheint vor diesem Hintergrund eine im Schrifttum vertretene Auffassung, die dem nach § 127b Abs. 1 StPO Festnehmenden einen Prognosespielraum hinsichtlich der Festnahmevoraussetzungen zubilligt und eine Rechtswidrigkeit nur bei einer *deutlichen* Überschreitung dieses Spielraums, bei Subsumtionsfehlern oder sachfremden Erwägungen annehmen will.⁴⁹⁵

bb) Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Haft

Wird der vorläufig Festgenommene im weiteren Verlauf des Verfahrens freigesprochen, das Verfahren eingestellt oder die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt, so steht ihm möglicherweise ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch nach Maßgabe des StrEG zu. Gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 StrEG ist allerdings nur der gemäß § 127 Abs. 2 StPO vorläufig Festgenommene anspruchsberechtigt; im Hinblick auf die übrigen Festnahmegründe (§§ 127 Abs. 1, 127b, 163b, c StPO) besteht dagegen keine Entschädigungspflicht.⁴⁹⁶ Auch der Umfang des Entschädigungsanspruchs ist insoweit begrenzt, als hier – anders als bei Freiheitsentziehungen aufgrund gerichtlicher Entscheidung – nur der durch die Strafverfolgungsmaßnahme verursachte Vermögensschaden, soweit dieser EUR 25 überschreitet, nicht jedoch immaterielle Schäden ersetzt werden (§ 7 Abs. 1, 2 StrEG).⁴⁹⁷ Nachdem die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der vorläufigen Festnahme für die gerichtliche Zuerkennung einer Entschädigung nach §§ 2 ff. StrEG ohne Belang ist,⁴⁹⁸ gibt dieser Rechtsbehelf dem Betroffenen kein Instrument für eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Maßnahme an die Hand.

⁴⁹⁴ BVerfG NJW 2001, 1121, 1124.

⁴⁹⁵ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 22; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 33 und *Wankel*, in: KMR, § 127b Rn. 6, die beide eine einfache Überschreitung für die Annahme von Rechtswidrigkeit ausreichen lassen.

⁴⁹⁶ Zu Recht krit. *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 163 f. A.A. im Hinblick auf § 127b Abs. 1 StPO, der – anders als § 127 Abs. 1 StPO – wegen eines offensichtlichen Redaktionsversehens von der Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO eingeschlossen werde, *Cornelius*, in: BeckOK-StPO, § 2 StrEG Rn. 5 und *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 2 StrEG Rn. 5.

⁴⁹⁷ Zur Ersatzfähigkeit der Anwaltskosten bei vorläufiger Festnahme siehe LG Essen, Beschl. vom 8.9.1978, Az.: 21 Qs 43/78 (juris).

⁴⁹⁸ Der von *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 409 und OLG Düsseldorf StraFo 2000, 429 vertretenen Auffassung, wonach ein Anspruch nach StrEG im Fall der Rechtswidrigkeit der Haft wegen des Vorrangs des Amtshaftungsanspruchs ausgeschlossen sei,

cc) Schadensersatzanspruch wegen rechtswidriger Haft

Basiert die Rechtswidrigkeit der vorläufigen Festnahme auf einer schuldhaften, also vorsätzlich oder fahrlässig begangenen Amtspflichtverletzung des Strafverfolgungsbeamten gegenüber dem Betroffenen, so kann dieser den ihm hierdurch entstandenen Schaden vor den ordentlichen Gerichten vom Staat ersetzt verlangen (Staatshaftungsanspruch nach § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG).⁴⁹⁹

Darüber hinaus gewährt Art. 5 Abs. 5 EMRK einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch gegen den Staat. Auch dieser kann nur im Zivilrechtsweg geltend gemacht werden und besteht unabhängig von etwaigen Ansprüchen nach StrEG oder § 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG.⁵⁰⁰ Über Letzteren geht er insoweit hinaus, als er nur eine rechtswidrige Freiheitsentziehung, nicht jedoch Vorsatz oder Fahrlässigkeit verlangt.⁵⁰¹ Anders als bei der Entschädigung nach StrEG kann auch Ersatz des immateriellen Schadens begehrt werden („Schmerzensgeld“).⁵⁰²

dd) Strafanzeige gegen Ermittlungsbeamte (§ 239 StGB)

Als Freiheitsentziehung erfüllt die Festnahme den objektiven Tatbestand der Freiheitsberaubung. Sie ist nur insoweit durch die §§ 127 ff. StPO gerechtfertigt, als deren gesetzliche Voraussetzungen (objektiv) vorliegen.⁵⁰³ Wird eine anfänglich zulässige Festnahme rechtswidrig, so entfällt die Rechtfertigung für die Fortdauer des Eingriffs. Verstößt der Polizeibeamte dann bewusst und ohne gewichtigen Grund gegen die (Garanten-)Pflicht, den Betroffenen unverzüglich freizulassen, so kommt eine unechte Unterlassenstrafbarkeit (§ 13 StGB) in Betracht.⁵⁰⁴

Ob formale Mängel oder entwürdigende Begleitumstände für die Beurteilung der Strafbarkeit überhaupt erheblich sind, soweit der Freiheitsentzug zumindest sachlich begründet ist, ist umstritten.⁵⁰⁵ Da die fahrlässige Freiheitsberaubung straflos ist, setzt die Verwirklichung von § 239 StGB zumindest bedingten Vorsatz voraus. Ob ein strafbarkeitsausschließender (Tatbestands-)Irrtum wegen der Ausbildung der Polizeibeamten tatsächlich fast nie oder nur in seltenen Fällen in Betracht kommt, erscheint – anders als bei Rechtsirrtümern (§ 17 StGB) – so selbstverständ-

kann wegen der dort ungleich strengeren Voraussetzungen (Verschulden) nicht gefolgt werden, da Rechtsverstöße dem Staat nicht zugutekommen dürfen.

⁴⁹⁹ *Dvorak*, StV 1983, 517; *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 164 f.; vgl. etwa OLG Karlsruhe VersR 2011, 122.

⁵⁰⁰ OLG München NStZ-RR, 1996, 125.

⁵⁰¹ BGH NJW 1966, 1021, 1023; zur Passivlegitimation BGH NJW 2014, 67.

⁵⁰² BGH NJW 1993, 2927; für die Bemessung gilt § 287 ZPO, BGH NJW 2014, 67.

⁵⁰³ Vgl. RGSt 13, 426, 430 ff.

⁵⁰⁴ *Dvorak*, StV 1983, 516; i.d.S. auch *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, § 239 Rn. 31 f., 37.

⁵⁰⁵ Dagegen *Eser/Eisele*, in: Schönke/Schröder, § 239 Rn. 6 m.w.N.

lich nicht.⁵⁰⁶ Wegen der Beweisschwierigkeiten im subjektiven Tatbestand, die durch die Geltung des *in dubio*-Grundsatzes noch verschärft werden, dürfte sich die Strafanzeige ähnlich wie die Anstrengung eines Amtshaftungsprozesses letztlich nur in eindeutigen Fällen als erfolgversprechendes Mittel zur nachträglichen gerichtlichen Überprüfung der polizeilichen Freiheitsentziehung eignen.

⁵⁰⁶ So aber *Dvorak*, StV 1983, 516.

III. Justizhaft: Untersuchungshaft

A. Grundlagen

1. Begriff, Bedeutung und Historie

a) Terminologie und Definition

Ungeachtet des Fehlens einer Legaldefinition ist anerkannt, dass mit „Untersuchungshaft“ die auf einem richterlichen Haftbefehl basierende behördliche Verwahrung des Beschuldigten in einer Haftanstalt gemeint ist, die vornehmlich der Gewährleistung der Durchführung eines geordneten Strafverfahrens und der Sicherstellung der späteren Strafvollstreckung dient.¹ Außerdem soll der Gefahr weiterer Straftaten begegnet werden (§ 112a StPO; vgl. auch den früheren Nr. 1 UVollzO).²

Es geht also nicht etwa in finaler Hinsicht um „Untersuchung“ im Sinne von gerichtlicher Sachverhaltserforschung („Haft zum Zwecke der Untersuchung“), sondern der Begriff ist bzw. war in erster Linie zeitlich als „Haft während der (gerichtlichen Vor-)Untersuchung“ zu verstehen. Er findet sich erstmals in der öStPO von 1850 wieder, wohingegen im bayerischen StGB von 1813 noch von provisorischer Verhaftung bzw. Haft – und vor Entstehung der Freiheitsstrafe an der Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert, etwa in der CCC von 1532, gar schlicht von „Gefängnis“ – die Rede war. Nachdem der strafprozessuale Kontext, welcher der aktuellen Bezeichnung ursprünglich zugrunde lag, spätestens mit der Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung (vormals §§ 178–197 ff. StPO) im Jahr 1975 hinfällig geworden ist, mutet die Nomenklatur heute eher missverständlich an. Im Schrifttum wird daher teilweise vorgeschlagen, anstelle von „Untersuchungshaft“ den Begriff „Strafverfolgungshaft“ zu verwenden.³

b) Qualitative und quantitative Bedeutung

Die Untersuchungshaft, deren belastende Wirkung auch wegen der fehlenden spezialpräventiven Ausrichtung unter Umständen noch über die der Freiheitsstrafe hinausreicht, gilt als gravierendster strafprozessualer Eingriff in die Rechte des

¹ BVerfG NJW 1966, 243, 244; *Graf*, in: KK-StPO, Vor § 112 ff. Rn. 1; *Posthoff*, in: HK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 1; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 1. Die mit der gleichberechtigten Anerkennung der Sicherung der Vollstreckung intendierte Einbeziehung des Vollstreckungs- (§ 457 StPO) und des Sicherungshaftbefehls (§ 453c StPO) ist strittig, abl. z.B. *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 5 ff.; *Weigend*, FS für Müller, S. 740 f.

² *Schroeder*, JZ 1985, 1029, 1031 f.; *ders.*, JuS 1990, 177; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 215; a.A. *Weigend*, FS für Müller, S. 742; *Seebode*, HRRS 2008, 237.

³ *Schroeder*, JuS 1990, 177 f.; a.A. das Begriffsverständnis bei *Walther*, ZIS 2007, 467.

Beschuldigten.⁴ Unschuldsvermutung und Verhältnismäßigkeit gebieten es daher, ihren Einsatz auf das für eine wirksame Strafrechtspflege unabkömmliche Maß zu beschränken.⁵ Sieht man von der vorliegend nicht weiter interessierenden Bedeutung der Maßnahme als Instrument zur Vollstreckungssicherung ab, so ergibt sich bei Zugrundelegung der vom Gesetz für zulässig erachteten Haftgründe – und unter Berücksichtigung der vom BVerfG vorgegebenen verfassungskonformen Auslegung von § 112 Abs. 3 StPO –, dass sie neben der Verfahrenssicherung (Anwesenheits- und Beweissicherung) zumindest subsidiär auch den Schutz der Allgemeinheit vor Wiederholungs- und Fortsetzungstätern bezweckt und insoweit präventiv-polizeiliche Züge trägt (§ 112a StPO). Die im Schrifttum hiergegen vorgebrachten systematischen und kompetenzrechtlichen Bedenken vermögen nichts daran zu ändern, dass die Maßnahme kraft ihrer positivgesetzlichen Ausgestaltung also auch bei der Verhütung von Straftaten (Kriminalitätsprophylaxe) Bedeutung erlangt.⁶

Da die Verfolgung anderer als der im Gesetz genannten Haftzwecke unzulässig ist, muss der Einsatz der Maßnahme als Mittel zur Erlangung eines Geständnisses ebenso ausscheiden wie ihre Verwendung zur allgemeinen Erleichterung der Ermittlungen. Wegen der Unschuldsvermutung darf sie sich auch nicht als vorweggenommene Strafe darstellen; die Verfolgung erzieherischer oder sonstiger der Strafe vorbehaltener Ziele kommt mithin nicht in Betracht.⁷ Ungeachtet dieser normativen Schranken ist unbestritten, dass in der Rechtswirklichkeit – unzulässigerweise – auch andere als die im Gesetz genannten Motive eine Rolle spielen (sog. apokryphe Haftgründe),⁸ worin teils sogar ein Funktionswandel der Untersuchungshaft erkannt wird.⁹ Nach verbreiteter Vorstellung wird die Freiheitsentziehung bzw. deren Androhung nicht selten zu einer Beeinflussung des Aussageverhaltens des Betroffenen missbraucht (Geständnis, Belastungsaussage gegen Dritte), zu Sanktionszwecken, zur allgemeinen Erleichterung der Ermittlungen, zur Krisenintervention, zur Befriedigung der öffentlichen Meinung, zur Konzession an die Ermittlungsbehörden oder zur Vorbereitung ausländerrechtlicher Maßnahmen.¹⁰

Seit Anfang der 1980er Jahre wurde der Häufigkeit und Dauer der Maßnahme besondere Aufmerksamkeit zuteil, nachdem der DAV die hohen Haftzahlen und eine Überbelegung der Vollzugsanstalten zum Anlass genommen hatte, eine krimi-

⁴ *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 3; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1; *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 1, 10 ff.; *Seebode*, StV 1989, 118.

⁵ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 2.

⁶ *Schroeder*, JZ 1985, 1032; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 215–218.

⁷ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 6, 7.

⁸ *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 248 ff.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 54.

⁹ *Seebode*, StV 1989, 119 bei Fn. 13.

¹⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 3; *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 3, 254 ff.; ähnlich *Eidam*, HRRS 2013, 292 ff., 295 f.

nalpolitische Diskussion über die Begrenzung der Untersuchungshaft anzustoßen.¹¹ Auch wenn inzwischen – zumal angesichts des bemerkenswerten statistischen Rückgangs in den vergangenen eineinhalb Jahrzehnten – streitig ist, ob der auch heute noch weit verbreitete Vorwurf, es werde zu viel, zu schnell und zu lange verhaftet, tatsächlich zutrifft, belegen die vom Statistischen Bundesamt zur Verfügung gestellten Informationen zur quantitativen Bedeutung der Untersuchungshaft zumindest, dass noch immer viel, schnell und lange verhaftet wird.¹²

Die Haftbestandstabellen bilden den Bestand der Gefangenen und Verwahrten in den deutschen Justizvollzugsanstalten zu bestimmten Stichtagen eines Jahres ab. Rückschlüsse auf die Anordnungshäufigkeit erlauben diese Angaben nicht, zumal nicht in Vollzug gesetzte Haftbefehle naturgemäß außer Betracht bleiben. Auch wohnt den Zahlen eine methodisch bedingte Verzerrung inne, da lediglich kurzzeitig in Untersuchungshaft befindliche Personen im Vergleich zu längerfristig Inhaftierten unterrepräsentiert sind: Je kürzer der Haftaufenthalt, umso geringer die Wahrscheinlichkeit, in eine der Stichtagerhebungen einbezogen zu werden.¹³ Stellt man gleichwohl auf die Belegungszahlen ab, so ergibt sich seit Ende der 1990er Jahre ein kontinuierlicher Rückgang, der fast zu einer Halbierung der Anzahl der Untersuchungsgefangenen geführt hat: Während sich am 31.8.2012 insgesamt 10.715 Personen in Untersuchungshaft befanden (Häftlinge insgesamt: 65.722; Anteil U-Haft: 16,3 %; 13,1 U-Häftlinge pro 100.000 Einwohner) waren es zum 31.12.1998 noch über 19.000 (Häftlinge insgesamt: 69.917; Anteil U-Haft: 27,2 %; 23,2 U-Häftlinge pro 100.000 Einwohner).¹⁴ Bei einer Gesamtbelegungsfähigkeit für 77.881 Häftlinge betrug die Auslastungsquote zum 31.8.2012 mithin 84,4 %. Relativiert wird das aktuelle Bild allerdings dadurch, dass der gegenwärtigen Entspannung ein drastischer Anstieg der Zahlen vorausgegangen war (1985: 12.254 U-Häftlinge; Anteil U-Haft: 24,4 %; 20,1 U-Häftlinge pro 100.000 Einwohner), nachdem sich die Situation ab Anfang der 1980er Jahre (1982: 16.539 U-Häftlinge; Anteil U-Haft: 28,9 %; 26,8 U-Häftlinge pro 100.000 Einwohner) leicht gebessert hatte.¹⁵

Die jährlich herausgegebene Strafverfolgungsstatistik stellt die Anzahl der Haftanordnungen zum einen nach den betroffenen Straftaten mit Angaben zu Haftgründen und Haftdauer, zum anderen nach der Art der (späteren) Entscheidung

¹¹ *Schöch*, FS für Lackner, S. 994; *Jehle*, FS für Schöch, S. 840.

¹² Zweifelnd *Schöch*, FS für Lackner, S. 991; entsprechend zuversichtlich auch *Feest*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 391; siehe aber auch *Nobis*, StraFo 2012, 47; *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 2c; *Ostendorf*, NK 2009, 128; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 9.

¹³ Vgl. Statistisches Bundesamt, Strafvollzugsstatistik, S. 6, Ziff. 6.1.

¹⁴ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Bestand der Gefangenen; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 6.

¹⁵ Vgl. *Jehle*, Strafrechtspflege, S. 47, Schaubild 24; *Ostendorf*, NK 2009, 126 Tab. 2; *Schöch*, FS für Roxin, S. 706 ff.

dar.¹⁶ Eine zuverlässige Analyse der Veränderung der jährlichen Haftzahlen wird hingegen dadurch erschwert, dass diejenigen Fälle, in denen das Verfahren noch vor Anklageerhebung eingestellt oder die Eröffnung abgelehnt wurde, nicht erfasst sind.¹⁷ 2011 waren 26.513 von insgesamt 1.019.467 abgeurteilten Personen zuvor in Untersuchungshaft (2,6 %)¹⁸ – nachdem sich der erste deutliche Rückgang der Haftanordnungszahlen zwischen 1982 (knapp 42.500) und 1988 (ca. 26.600) nicht dauerhaft festigen konnte, setzt sich die seit 1998 (40.860) erneut zu beobachtende rückläufige Tendenz hier gegenwärtig fort.¹⁹ Mit Abstand wichtigster Haftgrund war 2011, wie schon in den Jahren zuvor, die Flucht bzw. Fluchtgefahr (24.471 = 92,3 %), der im Vergleich zur Verdunkelungsgefahr (1.892 = 7,1 %), zur Wiederholungsgefahr (1.707 = 6,4 %; darunter 298 Fälle des § 112a Abs. 1 Nr. 1 [Sexualstraftaten] und 1409 Fälle des Nr. 2 StPO [sonstige Delikte]) und zum Haftgrund der Schwere der Kriminalität (339 = 1,3 %) seit jeher eine herausragende Stellung zukommt.

Die Dauer der Untersuchungshaft war in 92,3 % der Fälle geringer als die Dauer der anschließend erkannten Strafe. Sie betrug ähnlich wie in den Jahren zuvor in je etwa einem Viertel der Fälle weniger als einen Monat (6.441 = 24,3 %), einen Monat bis drei Monate (6.428 = 24,2 %), drei bis sechs Monate (7.369 = 27,8 %) oder länger als sechs Monate (23,6 % = 6.275); genauer: in 18,3 % der Fälle dauerte sie zwischen sechs Monaten und einem Jahr [4.865], in 5,3 % der Fälle länger als ein Jahr [1.410].²⁰ Im Vergleich zur Situation in den 1970er und zu Beginn der 1980er Jahre fällt vor allem auf, dass der Anteil kurzer Haftzeiten (bis zu drei Monate) von fast zwei Dritteln auf deutlich weniger als 50 % zurückgegangen ist.²¹ Soweit gegen den damit auf der Kehrseite verbundenen Zuwachs längerer Haftzeiten Bedenken geltend gemacht werden,²² ist zu berücksichtigen, dass sich die absolute Zahl der Langzeitinhaftierten (> 6 Monate) über den gesamten Zeitraum hinweg relativ konstant zwischen 6.200 und 7.900 Personen pro Jahr bewegt hat.²³ Im Übrigen hängen Haftquote und -dauer stark vom Tatvorwurf ab: Besonders niedrig sind sie

¹⁶ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung, Fachserie 10, Reihe 3, Tabellen 6.1 und 6.2.

¹⁷ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 68 f.

¹⁸ Hierzu und zum Folgenden Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafverfolgung, S. 353 f. Nicht erfasst wird die Ungehorsamshaft (§§ 230 Abs. 2, 329 Abs. 4, 412 StPO), vgl. a.a.O., S. 15.

¹⁹ *Jehle*, Strafrechtspflege, S. 22; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 48; nicht mehr aktuell dagegen *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 69 (a.E.) und *MünchKallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 4 u. 6.

²⁰ Vgl. die ähnlichen Werte für 2006 bei *Jehle*, Strafrechtspflege, S. 22.

²¹ Vgl. *Jehle*, FS für Schöch, S. 848; *Nobis*, StraFo 2012, 45 f.

²² *Ostendorf*, NK 2009, 130.

²³ *Schöch*, FS für Roxin, S. 699, 708.

etwa bei Verkehrsstraftaten, besonders hoch bei Tötungsdelikten.²⁴ Statistische Daten zur Durchschnittsdauer existieren nicht.²⁵

Bei den 2011 insgesamt 772.867 amtsgerichtlich erledigten Verfahren (darunter 17.245 beschleunigte Verfahren, § 417 StPO) wurden Angeklagte in 36.025 Fällen zum Termin vorgeführt, davon in 12.427 Fällen aus der Untersuchungshaft und in 1.354 Fällen aus der Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO).²⁶ Die quantitative Bedeutung der Hauptverhandlungshaft ist damit binnen eines Jahrzehnts um mehr als 50 % zurückgegangen, während die Zahl der insgesamt erledigten Verfahren nur leicht rückläufig war.²⁷ In 10.170 erstinstanzlich vor den Landgerichten verhandelten Verfahren fand in 5.224 Fällen (51,4 %) eine Vorführung aus der Untersuchungshaft statt, in den 26 vor den OLGs angeklagten Fällen lediglich in zwei Verfahren.

Belastbare Erklärungen für den wellenförmigen Verlauf der Hafthäufigkeit – Anfang bis Mitte der 1980er Jahre: spürbarer Rückgang; Ende der 1980er bis Mitte der 1990er Jahre: drastischer Anstieg; seit Ende der 1990er Jahre: kontinuierliche Abnahme²⁸ – existieren nicht. Es lässt sich nur darüber spekulieren, in welchem Maß für den zuletzt zu beobachtenden Rückgang kriminologische Aspekte (Rückgang der Kriminalität; demografische Entwicklung), eine gewandelte gerichtliche Praxis (OLG-Haftkontrolle nach §§ 121 f. StPO; strengere haftrichterliche Handhabung der Haftvoraussetzungen) und/oder der durch verschiedene Faktoren begünstigte, frühzeitigere Verteidigerzugang des Untersuchungshäftlings (Veröffentlichung der Erkenntnisse aus entsprechenden Modellprojekten in Frankfurt [1997] und Hannover [ab 2004]; Reform des anwaltlichen Gebührenrechts [2004]; Impulse aus der Rechtsprechung von BGH und EGMR) ausschlaggebend waren.²⁹ Unstreitig ist immerhin, dass sich die Entwicklungen der Vergangenheit nicht durch gesetzliche Änderungen erklären lassen. Es deutet vielmehr alles daraufhin, dass den Richtern bei der Haftentscheidung – aufgrund derselben „Interpretationsoffenheit der gesetzlichen Formulierung“, welche auch die Existenz apokrypher Haftgründe erklärt³⁰ – nicht unerhebliche Spielräume zustehen, die es ihnen erlauben,

²⁴ *Jehle*, Strafrechtspflege, S. 21; vgl. *Ostendorf*, NK 2009, 128. Zu Verzögerungsfaktoren in der Praxis siehe die Rechtsprechungsanalyse von *Dessecker*, HRRS 2007, 115 ff.

²⁵ Siehe auch *Feest*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 395.

²⁶ Statistisches Bundesamt, Rechtspflege – Strafgerichte, S. 24: Eine Vorführung aus sonstiger Haft, insbesondere Strafhaft oder Untersuchungshaft in anderer Sache, fand in 12.199 Fällen, eine Vorführung ohne Haft in 10.045 Fällen statt.

²⁷ *Wenske*, NSTZ 2009, 64: 2.812 Fälle bei 857.046 erledigten Verfahren im Jahr 2002.

²⁸ Vgl. *Jehle*, Strafrechtspflege, S. 47, Schaubild 24; *Ostendorf*, NK 2009, 126 Tab. 2; *Schöch*, FS für Roxin, S. 706 ff. Das letzte „Wellental“ übersehen *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 69; *MünchKallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 4, 6.

²⁹ *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 6; zu diesen Faktoren *Schöch*, FS für Roxin, S. 698; *Nobis*, StraFo 2012, 46 sieht den zentralen Grund im Rückgang der Asylbewerber.

³⁰ *Seebode*, StV 1989, 119.

rechtspolitische Klimawechsel in ihr Verdikt über die Anordnung oder Fortdauer der Haft einfließen zu lassen.³¹ Eine solche „justizielle U-Haft-Politik“ wird auch zur Erklärung der durch keine objektiven Umstände gerechtfertigten Unterschiede zwischen den Haftraten einzelner Bundesländer herangezogen.³² Angesichts dieser juristischen Grauzonen wird im Schrifttum mit guten Gründen davor gewarnt, den gegenwärtigen positiven Trend vorschnell als dauerhaften *acquis* einzustufen.³³

c) Entstehungsgeschichtlicher Überblick

Wenngleich nie völlig unangefochten, war und ist die Untersuchungshaft doch ein von Gesetzgebung und Praxis als unverzichtbar eingestuftes und insoweit traditionelles Institut des deutschen Strafprozessrechts. Seit Erlass der RStPO war es zwar Gegenstand diverser gesetzlicher Reformen.³⁴ Tiefere und dauerhafte Eingriffe brachte jedoch erst das StPÄG von 1964. Gleichwohl ist die Grundstruktur des Neunten Abschnitts der StPO zumindest im Hinblick auf die Voraussetzungen für den Erlass des Haftbefehls weitgehend intakt geblieben. Im Übrigen haben sich im Kernbereich der Haftvoraussetzungen die als „klassisch“ bezeichneten Haftgründe der Flucht, Flucht- und Verdunkelungsgefahr als relativ konstant herausgestellt.³⁵

aa) Ursprungsfassung in der RStPO von 1877

In der ursprünglichen – und bis 1964 geltenden – Fassung der (R)StPO war der Anwendungsbereich der Maßnahme zumindest dem Anschein nach auf den Zeitraum nach Anklageerhebung beschränkt, da sie gemäß § 112 RStPO nur gegenüber dem „Angeschuldigten“ als demjenigen, gegen den die Staatsanwaltschaft entweder Anklage zum Prozessgericht erhoben oder aber die Eröffnung einer gerichtlichen Voruntersuchung (§§ 176 ff. RStPO) beantragt hatte, in Betracht kam. Die sich darin andeutende, seit der CCC vorherrschende Annahme, wonach die Untersuchungshaft erst nach Eröffnung des Gerichtsverfahrens zulässig sei, konnte sich indes nur auf den ersten Blick behaupten: Im Gegensatz zur Entwurfsfassung der RStPO, die vor Klageerhebung lediglich eine maximal 14-tägige „Verwahrung“ als Rechtsinstitut *sui generis* vorgesehen hatte, wurde für dieses Verfahrensstadium schließlich in § 125 RStPO die entsprechende Anwendung der Untersuchungshaft-

³¹ Jehle, FS für Schöch, S. 842 f.; Münchhallfen/Gatzweiler, Untersuchungshaft, Rn. 5.

³² Ostendorf, NK 2009, 128.

³³ Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, Rn. 6; vgl. auch Münchhallfen/Gatzweiler, Untersuchungshaft, Rn. 5.

³⁴ Zur Vorgeschichte siehe Speck, Geschichte, S. 17 ff.; Thissen, Verhaftungsrecht, S. 10 ff.; siehe auch Schroeder, JuS 1990, 177 f.

³⁵ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112, Entstehung; ähnl. Müller-Dietz, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 219 f.

Regelungen angeordnet.³⁶ Der im Vorfeld der Anklageerhebung ausgestellte Haftbefehl war jedoch aufzuheben, wenn nicht binnen einer Woche nach Vollstreckung die öffentliche Klage erhoben und die Fortdauer der Haft angeordnet wurde; auf Antrag konnte die Frist allerdings vom Richter um eine Woche und im Fall eines Verbrechens oder Vergehens um zwei weitere Wochen verlängert werden (§ 126 RStPO). Damit war eine regelmäßige richterliche Überprüfung gewährleistet.

Materiell musste für die Anordnung der Untersuchungshaft neben „dringenden Verdachtsgründen“ ein gesetzlicher Haftgrund vorliegen. Insoweit kannte § 112 Abs. 1 RStPO lediglich die seit der Aufklärung anerkannten Fälle der Flucht- und Verdunkelungsgefahr.³⁷ Abs. 2 enthielt jedoch – ebenfalls bis 1964 – weitreichende (widerlegliche)³⁸ Fluchtpräsumtionen für Verbrechen (Nr. 1), Heimatlose, Landstreicher und ausweislose Personen (Nr. 2) sowie bestimmte Ausländer (Nr. 3), bei denen „[d]er Verdacht der Flucht [...] keiner weiteren Begründung“ bedurfte. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fand sich in § 113 RStPO bereits als negatives Tatbestandsmerkmal angedeutet, da die Haftanordnung bei leichteren Tatvorwürfen („Haft oder Geldstrafe“) nur wegen Fluchtverdachts und selbst dort nur in den gesetzlich aufgezählten Fällen in Betracht kam. Im Übrigen existierten umfangreiche Vorschriften zur Haftschonung gegen Kautio (§§ 117–123 RStPO).

bb) Entwicklung und Reform

Die Haftregelung von 1877 erwies sich in dem darauffolgenden knappen Jahrhundert als ausgesprochen stabil.³⁹ Selbst die das Strafprozessrecht tiefgreifend umgestaltende Emminger-Verordnung vom 4.1.1924 hatte die Materie intakt gelassen.⁴⁰ Erst die „Lex Höfle“ vom 27.12.1926, die nach einem ehemaligen Reichsminister benannt ist, der während seiner Untersuchungshaft verstorben war, brachte (vorübergehend) einige Neuerungen: So trat an die Stelle des bisherigen Verfahrens der Haftkontrolle – Befristung auf insgesamt maximal vier Wochen vor Anklageerhebung (§ 126 StPO a.F.) – ein periodisches Haftprüfungsverfahren mit einer nach Ablauf von zwei Monaten von Amts wegen durchzuführenden und dann in regelmäßigen Abständen zu wiederholenden Haftprüfung; außerdem wurde die mündliche Verhandlung über den Haftbefehl und eine Angehörigenbenachrichtigung

³⁶ *Schroeder*, JuS 1990, 177; *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 226 f.

³⁷ Zum Streit über die Aufnahme der Kollusionsgefahr *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 229 ff.

³⁸ OLG Celle NJW 1950, 240; vgl. auch die BMJ-Stellungnahme in BVerfGE 19, 342.

³⁹ Siehe hierzu und zum Folgenden *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 3–5; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112, Entstehungsgeschichte; *Rüping/Jerouschek*, Strafrechtsgeschichte, Rn. 263, 286, 325 ff.; *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 2–3; *Schöch*, FS für Lackner, S. 993 f.; *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 241 ff., 251 ff.

⁴⁰ Verordnung über Gerichtsverfassung und Strafrechtspflege, RGBl. I S. 15.

eingeführt.⁴¹ Nachdem allerdings bereits die NotVO vom 14.6.1932 die automatische Durchführung der Haftprüfung im Fall eines ausdrücklichen Verzichts des Betroffenen für entbehrlich erklärt hatte (RGBl. I S. 285), wurde das acht Jahre zuvor eingeführte Haftprüfsystem durch das NS-Regime 1934 ganz abgeschafft.⁴² Das Gesetz vom 24.4.1935 brachte schließlich mit der Schaffung zweier neuer Haftgründe eine weitere Verschärfung: Fortan war die Untersuchungshaft auch im Fall einer – hinsichtlich ihrer Anknüpfungstaten uneingeschränkten – Wiederholungsgefahr sowie bei besonderer Tatschwere wegen der mit ihr verbundenen Erregung der Öffentlichkeit zulässig.⁴³ Nachdem der zuletzt genannte Haftgrund bereits 1946 in den Besatzungszonen beseitigt worden war, erfolgte mit Gesetz vom 12.9.1950 die – mit einigen Anpassungen an Art. 104 GG verbundene – Wiederherstellung des Rechtszustands von 1926.⁴⁴ Dabei blieb lediglich die 1933 in § 126a StPO eingefügte Regelung über die einstweilige Unterbringung erhalten.⁴⁵

Gravierende und nachhaltige Änderungen des Haftrechts bewirkte erst das als „kleine Strafprozessreform“ bezeichnete StPÄG vom 19.12.1964, mit dem der Gesetzgeber das Ziel verfolgte, sowohl die Anzahl der Verhaftungen als auch die Dauer der Untersuchungshaft zu reduzieren.⁴⁶ Zu diesem Zweck wurden ihre Voraussetzungen, insbesondere die Haftgründe, bestimmter und bei der Verdunkelungsgefahr auch deutlich enger gefasst; die (widerleglichen) Fluchtvermutungen entfielen. Zugleich wurde die Begründungspflicht durch das Erfordernis der Angabe „bestimmter Tatsachen“ verschärft. Außerdem wurde der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in seiner allgemeinen Ausprägung einfachgesetzlich verankert (§ 112 Abs. 1 Satz 2 StPO), im Hinblick auf den weitergehenden Ausschluss der Haft bei Bagatelldelikten (§ 113 StPO) konkretisiert und auch im Zusammenhang mit der Aufhebung des Haftbefehls stärker betont (§ 120 Abs. 1 Satz 1 StPO). An die Stelle der Haftverschonung gegen Kautions trat eine umfassende Regelung über die Aussetzung des Vollzugs (§ 116 StPO). Schließlich wurde die periodische Haftprüfung durch eine grundsätzliche Beschränkung der Haftdauer auf sechs Monate und eine besondere Haftprüfung durch das OLG ersetzt (§ 121 f. StPO).

Mit der Einführung der Haftgründe der besonderen Tatschwere und der – zunächst auf bestimmte Sexualstraftaten beschränkten – Wiederholungsgefahr in

⁴¹ Gesetz zur Abänderung der Untersuchungshaft, RGBl. I S. 529.

⁴² Gesetz vom 24.4.1934, RGBl. I S. 341.

⁴³ Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des GVG vom 28.6.1935, RGBl. I S. 844. Zu deutschen Vorbildern *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 246 ff.

⁴⁴ Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit, BGBl. I S. 455.

⁴⁵ Ausführungsgesetz zum Gesetz über gefährliche Gewohnheitsverbrecher und über Maßregeln der Sicherung und Besserung vom 24.11.1933, RGBl. I S. 1000.

⁴⁶ BGBl. I S. 1067. Zu der mit der Ausdehnung ihres persönlichen Anwendungsbereichs vom „Angeschuldigten“ auf den „Beschuldigten“ (§ 112 StPO) vollzogenen Lösung von der 1975 abgeschafften gerichtlichen Voruntersuchung *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 253 ff.

§ 112 StPO gab das StPÄG von 1964 allerdings unter Berufung auf „praktische Bedürfnisse“ zugleich die das bisherige Haftrecht prägende Beschränkung auf die drei klassischen Haftgründe (Flucht, Fluchtgefahr und Verdunkelungsgefahr) auf. Nachdem das Gesetz – mit seinem insgesamt überwiegend liberalen Charakter – in der Folgezeit gleichwohl nicht imstande war, sich vom Vorwurf eines „Verbrecher-schutzgesetzes“⁴⁷ zu emanzipieren, wurden mit Gesetz vom 7.8.1972 die Anforderungen für die Annahme von Flucht- und Verdunkelungsgefahr wiederum deutlich erleichtert; zugleich erfolgte eine erhebliche Ausdehnung des Anwendungsbereichs des fortan in § 112a StPO verselbstständigten Haftgrundes der Wiederholungs-gefahr und eine Ausweitung des Katalogs des § 112 Abs. 3 StPO.⁴⁸

In den darauffolgenden 35 Jahren fanden kaum mehr substantielle Veränderungen des Haftrechts statt. Neben solchen Verschärfungen, die durch die – häufig entsprechende Änderungen im materiellen Recht begleitende – Aufnahme neuer Straftatbestände in die Kataloge von § 112 Abs. 3 (z.B. § 129a StGB – 1976),⁴⁹ und § 112a StPO (Nr. 1: § 238 Abs. 2, 3 StGB – 2007; Nr. 2: § 89a StGB – 2009)⁵⁰ bewirkt wurden, verdient vor allem die 1997 eingeführte Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO) als besonderer Fall der Untersuchungshaft gesonderte Erwähnung.⁵¹

Tiefgreifendere Modifikationen haben sich schließlich erst wieder im Zusammen-hang mit der Föderalismusreform vom 28.8.2006 ergeben, mit der die aus-schließliche Zuständigkeit für den Haftvollzug auf die Länder übergegangen ist (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).⁵² Eine bundesrechtliche Regelung der Haftbedingungen ist seither nur noch zulässig, soweit es um die Verwirklichung der Haftzwecke geht (vgl. § 119 Abs. 1 Satz 1 StPO n.F.). Dagegen ist nicht nur die Art und Weise ihres Vollzugs, sondern auch die Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung in der Vollzugsanstalt (vgl. § 119 Abs. 3–5 StPO a.F.) alleinige Sache der Länder. Die bisher in sämtlichen Ländern – anstelle von Gesetzen – einheitlich erlassenen Ver-waltungsanordnungen (UVollzO vom 12.2.1953) wurden inzwischen flächen-deckend durch landesrechtliche UVollzG abgelöst.⁵³ Auf Bundesebene trägt das zum 1.1.2010 in Kraft getretene U-HaftRÄndG vom 29.7.2009 dieser Neuver-teilung der Zuständigkeiten Rechnung. Zugleich hat es die Rechtsstellung des inhaft-ierten Beschuldigten – im Einklang mit den Vorgaben nationaler und europäischer Grundrechtsstandards – spürbar aufgewertet: So wurde etwa die Ausgestaltung der Belehrungs- und Informationsrechte (§§ 114a ff. StPO) gestärkt, die Regelungen

⁴⁷ Vgl. zu diesem Vorwurf die Nachweise bei *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 2a; *Schöch*, FS für Lackner, S. 993.

⁴⁸ BGBl. I S. 1361.

⁴⁹ Gesetz vom 18.8.1976 (BGBl. I S. 2181).

⁵⁰ Gesetze vom 22.3.2007 (BGBl. I S. 354) und vom 30.7.2009 (BGBl. I S. 2437).

⁵¹ Gesetz vom 17.7.1997 (BGBl. I S. 1822).

⁵² BGBl. I S. 2034.

⁵³ Siehe *Köhne*, JR 2011, 198; *Wiesneth*, Untersuchungshaft, Rn. 279 ff.

über die Durchführung der Haft (§ 119 StPO) bestimmter gefasst, ein neuer Fall der notwendigen Verteidigung geschaffen (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO) und eine Sonderregelung für das Akteneinsichtsrecht eingeführt (§ 147 Abs. 2 Satz 2 StPO).⁵⁴ Zeitgleich wurde auch ein neuer Satz 2 in § 112a Abs. 1 StPO hinzugefügt.⁵⁵

Das Gesetz zur Intensivierung des Einsatzes von Videokonferenztechnik in gerichtlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfahren vom 25.4.2013 (BGBl. I S. 935) hat in § 118a StPO erstmalig und punktuell die – subsidiäre – Möglichkeit einer Bild-Ton-Übertragung der mündlichen Verhandlung im Haftprüfungstermin geschaffen. Schließlich wurde mit dem zur Umsetzung der Belehrungsrichtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 ergangenen Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 5.7.2013 (BGBl. I S. 1938) der Umfang der allgemeinen Beschuldigtenbelehrung in § 136 StPO ausgedehnt, eine entsprechende Dokumentationspflicht eingeführt und nicht zuletzt der Gegenstand der verhaftungsspezifischen Unterrichtungen in § 114b StPO um zusätzliche Informationspflichten erweitert.

2. Anwendungsbereich und Regelungstechnik

a) Überblick zur Gesetzssystematik

Die im Wesentlichen im Neunten Abschnitt des Ersten Buchs (§§ 112 ff. StPO) konzentrierten Regelungen über die Untersuchungshaft (§§ 112–126 StPO) sind seit jeher im gesamten Stadium des Strafverfahrens – vom Beginn des Ermittlungsverfahrens bis hin zum rechtskräftigem Abschluss des Strafprozesses⁵⁶ – anwendbar.⁵⁷ Dies galt selbst zu Zeiten der gerichtlichen Voruntersuchung (bis 1975), denn die – im Übrigen bereits 1964 aufgegebenen – Beschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs auf den „Angeschuldigten“ in § 112 (R)StPO war durch die Verweisungsregelung in § 125 (R)StPO im Ergebnis gegenstandslos.⁵⁸ Lediglich in Privatklagesachen (§§ 374 ff. StPO), bei denen ein öffentliches Interesse an der Strafverfolgung fehlt und die Klagerücknahme im Belieben des Privatklägers steht, soll die Untersuchungshaft nach überwiegender Lehre unzulässig sein.⁵⁹

In der StPO sind außerhalb des Kernregelungsbereichs der §§ 112–126 StPO vor allem die allgemeinen Vorschriften über die Vernehmung (§§ 136 f. StPO) und

⁵⁴ BGBl. I S. 2274.

⁵⁵ Gesetz vom 29.7.2009 (BGBl. I S. 2280).

⁵⁶ Zum Sonderfall der Untersuchungshaft bei Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten des Angeklagten (§ 359 StPO) siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 11.

⁵⁷ Zum zeitlichen Anwendungsbereich siehe auch *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 4.

⁵⁸ *Schroeder*, JuS 1990, 177; *Thissen*, Verhaftungsrecht, S. 226 f., 253 ff.

⁵⁹ OLG Karlsruhe MDR 1974, 332; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 16; *Pfeiffer*, StPO, § 112 Rn. 9.

Verteidigung (§§ 137 ff. StPO) des Beschuldigten – als Haftadressaten – relevant.⁶⁰ Darunter finden sich in zunehmendem Maße auch haftspezifische Sonderregelungen, etwa zur notwendigen Verteidigung (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO), zur Akteneinsicht (§ 147 Abs. 2 StPO) und zur Überwachung des Verkehrs mit dem Verteidiger (§§ 148, 148a StPO). In einem gesonderten Abschnitt geregelt ist außerdem das Rechtsmittel der Beschwerde (§§ 296 ff., 304 ff. StPO), wo im Hinblick auf Freiheitsentziehungen ebenfalls Spezialvorschriften existieren (§§ 299, 304 Abs. 4, 5, 305 Satz 2, 310 Abs. 1 StPO); die Regelungen über die sachliche Gerichtszuständigkeit finden sich dagegen im GVG, die Bestimmungen über die Haftentschädigung im StrEG. Haftrelevante Verwaltungsvorschriften enthalten schließlich die Nr. 46–60 RiStBV.

Vor der Föderalismusreform galt für die Durchführung des nur bruchstückhaft und generalklauselartig in der StPO geregelten Haftvollzugs die UVollzO vom 12.2.1953, die als bloße Verwaltungsanordnung für den Richter nicht bindend war und als Ermächtigungsgrundlage für gesetzlich nicht vorgesehene Eingriffe auswich.⁶¹ Wenngleich § 119 StPO a.F. nach Auffassung des BVerfG den Anforderungen des Gesetzesvorhalts Genüge tat, wurde das Fehlen detaillierterer gesetzlicher Vorgaben weithin als unbefriedigend angesehen.⁶² Unter dem Eindruck des jahrzehntelangen Scheiterns aller Versuche, eine gesetzliche Regelung auf Bundesebene zu erzielen, ist die Materie vom Verfassungsgeber zum 1.9.2006 den Ländern zugewiesen worden (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG).⁶³ Eine Bundeskompetenz besteht nun hinsichtlich der Haftbedingungen nur noch – aber immerhin⁶⁴ – insoweit, als es nicht um „das Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ geht, sondern um Beschränkungen zur Verwirklichung der Haftzwecke. Die durch das U-HaftRÄndG 2009 angepasste bundesgesetzliche Regelung trägt dem Rechnung, indem sie sich – neben der Zuständigkeitsverteilung zwischen Haftrichter, Staatsanwalt und Anstalt sowie der Anfechtung behördlicher Maßnahmen – allein der Anordnung haftzweckbedingter Beschränkungen widmet (vgl. § 119 Abs. 1 StPO). Im Übrigen, namentlich für Eingriffe zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt, gelten die UVollzG, die inzwischen in allen Ländern verabschiedet wurden. Während Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen eigenständige Regelungen erarbeitet haben, basieren die Gesetze aller übrigen Länder auf einem gemeinsamen Ministerialentwurf.⁶⁵ Das Schritttum steht der neuen Zuständigkeitsverteilung, um deren Preis die „Vergesetzlichung“ des Haftvollzugs schließlich erreicht wurde, überwiegend skeptisch gegenüber und

⁶⁰ Zu den systematisch unglücklich in §§ 127a, 127b StPO verorteten Regelungen siehe unten b. und 4.a.

⁶¹ BVerfGE 15, 294.

⁶² St. Rpsr., siehe BVerfG StV 2009, 253; zur Kritik siehe *Köhne*, JR 2011, 198 m.w.N.

⁶³ *Seebode*, HRRS 2008, 236, 240.

⁶⁴ Ganz h.M., siehe BGH NJW 2012, 1158; a.A. OLG Celle StV 2010, 194; 2012, 417.

⁶⁵ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 119 Rn. 2a; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 119 Rn. 2.

beklagt die mit der unsachgemäßen Zersplitterung von Zusammengehörigem verbundene Verkomplizierung. Die Entscheidung für eine Rückkehr zu partikularrechtlicher Vielfalt wird nicht nur im Hinblick auf die Eingriffsintensität der Maßnahme, sondern auch vor dem Hintergrund der fortschreitenden Europäisierung der Materie kritisiert. Moniert wird schließlich auch, dass die nun gebotene Abgrenzung bei den Beschränkungen – z.B. Fesselungen oder Briefkontrolle – teils erhebliche Schwierigkeiten aufwirft, die zu Doppelzuständigkeiten und damit zu divergierenden Entscheidungen im Einzelfall führen können.⁶⁶

b) Ungehorsams- und Hauptverhandlungshaft als besondere (Kurz-)Haftformen

Neben den im Rahmen der vorliegenden Untersuchung nicht interessierenden Vollstreckungs- (§ 457 StPO) und Sicherungshaftbefehlen (§ 453c StPO), welche beide den Zeitraum *nach* rechtskräftigem Urteilsspruch und damit die Sicherung der Vollstreckung betreffen, sieht das Gesetz mit der Ungehorsams- und der Hauptverhandlungshaft zwei spezielle Ausprägungen der Untersuchungshaft vor:

Die in dem Abschnitt über die Hauptverhandlung normierte Ungehorsamshaft kommt in zeitlicher Hinsicht erst ab dem für die Hauptverhandlung anberaumten Termin in Betracht. Sie basiert auf dem Grundsatz der notwendigen Anwesenheit des Angeklagten (§ 230 Abs. 1 StPO) und kann vom Gericht – nicht vom Vorsitzenden⁶⁷ – gegen den ohne genügende Entschuldigung ausgebliebenen Angeklagten verhängt werden. Zweck dieses Haftbefehls ist nicht die Sanktionierung des Angeklagten wegen der Nichtbefolgung der Ladung, sondern die Sicherstellung seines Erscheinens und der Durchführung der Hauptverhandlung.⁶⁸ Die für die Haftanordnung maßgeblichen Vorschriften der §§ 112–113 StPO werden durch die – anderenfalls überflüssigen (vgl. § 125 Abs. 2 StPO) – Regelungen über die Ungehorsamshaft als *leges speciales* verdrängt; es bedarf also weder eines Haftgrundes im Sinne der §§ 112 f. StPO noch eines dringenden Tatverdachts.⁶⁹ Der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist jedoch zu beachten.⁷⁰ Er ist bei der Anordnung vor allem für das Auswahlermessen (Vorrang der Vorführung) relevant, während er im Hinblick auf die Geltungsdauer des Haftbefehls als zeitliches Begrenzungskriterium fungiert. Zwar wird die Ungehorsamshaft mit Beendigung der Hauptverhandlung automatisch gegenstandslos, sodass sie häufig relativ kurz

⁶⁶ *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 2a; *Seebode*, HRRS 2008, 236; *König*, NSTz 2010, 185 ff.; *Weider*, StV 2010, 106; *Feest*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 391, 408 ff.

⁶⁷ *Becker*, in: Löwe-Rosenberg, § 230 Rn. 38.

⁶⁸ *Gmel*, in: KK-StPO, § 230 Rn. 1; KG NJW 2007, 2345.

⁶⁹ Ausführlich zur Entbehrlichkeit eines Haftgrundes *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 7.

⁷⁰ BVerfGE 32, 87, 93; NJW 2001, 1341, 1342; 2007, 2318.

sein wird.⁷¹ Im Übrigen unterliegt der Haftbefehl jedoch keiner festen Höchstdauer, auch nicht nach § 121 Abs. 1 StPO.⁷² Aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgt daher die Pflicht, die Hauptverhandlung innerhalb angemessener Zeit nach der Festnahme durchzuführen.⁷³ Umgekehrt scheidet bereits die Vollstreckung des Haftbefehls aus, solange die Durchführung der Hauptverhandlung unabsehbar ist.⁷⁴

Die 1997 neu eingeführte Hauptverhandlungshaft (§ 127b Abs. 2 StPO) dient der Anwesenheitssicherung zwecks Durchführbarkeit des beschleunigten Verfahrens (§§ 417 ff. StPO). Mit ihrer verfahrenssichernden Zielsetzung ist sie in systematischer Hinsicht ebenso wie der Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 StPO als Unterfall der Untersuchungshaft und besonderer Haftgrund einzuordnen.⁷⁵ Während jedoch die Ungehorsamshaft an das unentschuldigte Ausbleiben des anwesenheitspflichtigen Angeklagten anknüpft und dieses „ahndet“, erlaubt § 127b Abs. 2 StPO den Erlass eines kurzfristig angelegten Haftbefehls bereits im Vorfeld von § 230 Abs. 2 StPO, da die bloße Befürchtung eines künftigen Ausbleibens genügt.⁷⁶ Insofern geht die Regelung auch über den engeren Begriff der Fluchtgefahr in § 112 Abs. 2 StPO hinaus.⁷⁷ Die sachlichen Voraussetzungen der Haft entsprechen formell wie materiell den §§ 112 ff. StPO, wobei (auch) der für die Durchführung des beschleunigten Verfahrens zuständige Richter anordnungsbefugt ist (§ 127b Abs. 3 StPO). § 127b Abs. 2 StPO beinhaltet einen über §§ 112–113 StPO hinausgehenden Haftgrund, der vorliegt, wenn eine unverzügliche Entscheidung im beschleunigten Verfahren wahrscheinlich ist und aufgrund bestimmter Tatsachen zu befürchten ist, dass der Betroffene der Hauptverhandlung fernbleiben wird und deren Durchführung binnen einer Woche nach der Festnahme zu erwarten ist.⁷⁸ Ob im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz der Erlass eines eingriffsmildernden Vorführbefehls – analog § 230 StPO oder als „Minus“-Maßnahme zu § 127b StPO – in Betracht kommt, ist umstritten.⁷⁹ Der Haftbefehl ist auf maximal eine Woche ab dem Festnahmetag zu befristen (§ 127b Abs. 2 Satz 2 StPO) und wird automa-

⁷¹ *Gmel*, in: KK-StPO, § 230 Rn. 15; OLG Saarbrücken NJW 1975, 791, 792.

⁷² OLG Oldenburg NJW 1972, 1585; OLG Karlsruhe Die Justiz 1982, 438; KG NSTZ-RR 1997, 75; *Gmel*, in: KK-StPO, § 230 Rn. 13; a.A. *Rupp*, NSTZ 1990, 576: erster Hauptverhandlungstag; *Scharf/Kropp*, NSTZ 2000, 297: Orientierung an § 117 Abs. 5 StPO a.F. (drei Monate) und § 121 StPO (sechs Monate) zur Konkretisierung des Übermaßverbots.

⁷³ BVerfG NJW 2007, 2318: Unverhältnismäßigkeit einer zehntägigen Haft; LG Dortmund StV 1987, 335: Unverhältnismäßigkeit einer siebenwöchigen Haft.

⁷⁴ Vgl. BVerfG NJW 2007, 2318, 2319 Rn. 23.

⁷⁵ *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 211; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 1, 4; *ders.*, a.a.O., Vor § 112 Rn. 2a; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127b Rn. 14; vgl. auch *Stintzing/Hecker*, NSTZ 1997, 572.

⁷⁶ Krit. *Asbrock*, StV 1997, 43: Bruch mit bisheriger Dogmatik der Untersuchungshaft.

⁷⁷ Vgl. *Schultheis*, in: KK-StPO, § 127b Rn. 11; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 13.

⁷⁸ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 8.

⁷⁹ So *Hellmann*, NJW 1997, 2148 f.; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 4.

tisch gegenstandslos, sobald diese Frist abgelaufen oder die Hauptverhandlung beendet ist.

Bei gleichzeitigem Vorliegen der Voraussetzungen der §§ 112/112a StPO liegt die Entscheidung über die Rechtsgrundlage des Haftbefehls im richterlichen Auswahlermessen. Ein nachträglicher Austausch ist möglich, soweit die jeweiligen Fristen nicht entgegenstehen. Regelmäßig werden sich Ungehorsams- und Hauptverhandlungshaft im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als mildere Mittel gegenüber einem Haftbefehl nach § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO darstellen.⁸⁰ Die Haftmodalitäten richten sich nach den allgemeinen Bestimmungen des Neunten Abschnitts, die – abgesehen von §§ 112–113 und §§ 121–122a StPO – nahezu vollumfänglich auf beide Sonderformen des Haftbefehls unmittelbar bzw. entsprechend anwendbar sind.⁸¹ Da es sich jedoch nicht um „Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a“ handelt, dürfte kein Fall der notwendigen Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO – ggf. aber nach § 418 Abs. 4 StPO – einschlägig sein, die Erweiterung des Akteneinsichtsrechts nach § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO dagegen schon (Umkehrschluss). Eine Entschädigung nach StrEG kommt bei rechtmäßiger Ungehorsamhaft nicht in Betracht, da der Anspruch gemäß § 5 Abs. 3 StrEG ausgeschlossen ist, wenn die Maßnahme dadurch schuldhaft verursacht worden ist, dass einer ordnungsgemäßen Ladung nicht Folge geleistet wurde.⁸²

c) Sonderregelungen bei bestimmten Straftaten

Sieht man von der abweichenden Zuständigkeitsverteilung bei bestimmten Staatsschutzsachen (§§ 120, 74a GVG) ab, die ein Wahlrecht der Staatsanwaltschaft zwischen dem Haftrichter am AG (§ 162 StPO) und dem Ermittlungsrichter am OLG bzw. BGH (§ 169 StPO) begründet und sich darüber hinaus etwa bei §§ 121 Abs. 4, 122 Abs. 7 StPO (Entscheidungen zu Haftverlängerungen) auswirkt, so lassen sich haftgrund- und garantiespezifische Sonderregelungen unterscheiden.

aa) Anwendungsbereich der gesetzlichen Haftgründe

Die Haftgründe der *Flucht- und Verdunkelungsgefahr* sind in ihrem Anwendungsbereich unbeschränkt; in Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes scheidet die Anordnung der Untersuchungshaft jedoch gemäß § 113 StPO –

⁸⁰ Zu § 127b StPO *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127b Rn. 5 f.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 5; zu § 230 Abs. 2 StPO *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 9.

⁸¹ Zu § 230 Abs. 2 StPO LG Zweibrücken NJW 2009, 1828; OLG Frankfurt StV 1995, 237; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114b Rn. 16 und § 114c Rn. 17; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 119 Rn. 3; *Becker*, in: Löwe-Rosenberg, § 230 Rn. 33, 35; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 12; zu § 127b StPO *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 23; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127b Rn. 19, 22; BT-Drucks. 13/2576, S. 3.

⁸² Vgl. OLG Saarbrücken NJW 1975, 791.

unter Umständen (Abs. 2) – aus, wenn die Tat nur mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen bedroht ist.

Der Anwendungsbereich der Haftgründe der *besonderen Tatschwere* (§ 112 Abs. 3 StPO) und der *Wiederholungsgefahr* (§ 112a StPO) ist nur bei den im Gesetz abschließend genannten Straftaten eröffnet:

Ersterer kommt nur bei folgenden Formen der Schwerekriminalität in Betracht: Völkermord im Tötungsfall (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), Bildung einer in- oder ausländischen terroristischen Vereinigung (§§ 129a Abs. 1, 2, 129b StGB), Mord und Totschlag (§§ 211 f. StGB), schwere Körperverletzung (§ 226 StGB), besonders schwere Brandstiftung (§ 306b StGB), Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306c StGB) und Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (§ 308 Abs. 1–3 StGB).

Letzterer bedarf als Anlasstat den Verdacht einer Katalogtat nach § 112a Abs. 1 StPO. Bei den unter Nr. 1 aufgeführten „Sittlichkeitsdelikten“ – Straftaten gegen das sexuelle Selbstbestimmungsrecht (§§ 174, 174a, 176 bis 179 StGB) und, seit 2007, schweres Stalking (§ 238 Abs. 2 StGB) – genügt es, wenn der dringende Verdacht der Tatfortsetzung oder der Begehung weiterer erheblicher Taten gleicher Art besteht. Hintergrund ist, dass hier ein besonders schutzbedürftiger Kreis der Bevölkerung vor schweren Schädigungen bewahrt werden soll und dass bereits die erstmalige Begehung dieser Delikte einen Persönlichkeitsdefekt nahelegt, der künftige Verfehlungen ähnlicher Art befürchten lässt.⁸³ Bei den unter Nr. 2 aufgeführten Fällen typischer „Serienkriminalität“ – besonders schwerer Landfriedensbruch (§ 125a StGB), Körperverletzungsdelikte (§§ 224–227 StGB), Eigentums- und Vermögensdelikte (§§ 243, 244, 249–255, 260, 263, 316a StGB), Brandstiftung (§§ 306 bis 306c StGB), Betäubungsmittelkriminalität (§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 4, 10 oder Abs. 3, §§ 29a Abs. 1, 30 Abs. 1, 30a Abs. 1 BtMG) sowie seit 2009 Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB) – macht das Gesetz die Verhaftung von weiteren Voraussetzungen abhängig: Da die Regelung auf den vorbeugenden Schutz vor gefährlichen Serientätern zugeschnitten ist, muss die Tat wiederholt oder fortgesetzt begangen worden sein, und es muss sich um eine die Rechtsordnung schwerwiegend beeinträchtigende Straftat handeln;⁸⁴ außerdem muss eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu erwarten sein.

Umgekehrt kommt die *Hauptverhandlungshaft* (§ 127b Abs. 2 StPO) wegen ihrer Koppelung an das beschleunigte Verfahren nur in Fällen der leichteren und mittleren Kriminalität in Betracht, die in der Praxis überwiegend mit Geldstrafen geahndet werden. Da gemäß § 419 Abs. 1 Satz 2 StPO nur eine Freiheitsstrafe von maximal einem Jahr verhängt werden kann, scheidet die Anordnung der Hauptverhandlungshaft in schwerwiegenderen Fällen aus.⁸⁵

⁸³ Graf, in: KK-StPO, § 112a Rn. 6 f.; Pfeiffer, StPO, § 112a Rn. 2.

⁸⁴ Graf, in: KK-StPO, § 112a Rn. 6; Pfeiffer, StPO, § 112a Rn. 3.

⁸⁵ Krit. Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 127b Rn. 2; Asbrock, StV 1997, 43.

Lediglich beim Haftgrund der *Flucht* (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO) verzichtet das Gesetz auf ausdrückliche straftat- bzw. tatschwerespezifische Anknüpfungen. Diesbezüglich gilt daher lediglich der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

bb) Garantieverkürzungsmöglichkeiten

Der umfassende Begründungszwang des Haftbefehls nach § 114 StPO wird durch den 1964 eingeführten Abs. 2 Nr. 4 insoweit gelockert, als die Tatsachen, aus denen sich dringender Tatverdacht und Haftgrund ergeben, nicht anzuführen sind, soweit dadurch die Staatssicherheit gefährdet würde.⁸⁶ Wengleich der Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift sich nach h.M. nicht hierauf beschränkt, gilt diese doch zumindest in erster Linie für den Kreis der Staatsschutzdelikte i.e.S.⁸⁷

Im Zusammenhang mit den Terrorakten der linksextremistischen RAF wurden in den 1970er Jahren prozessuale Sonderregelungen für Straftaten im Zusammenhang mit organisiertem Terrorismus (§ 129a StGB) eingeführt, um ein konspiratives Zusammenwirken inhaftierter Terroristen auch mit ihren Verteidigern unterbinden zu können.⁸⁸ Neben – haftunabhängigen – Verteidigerausschlussmöglichkeiten in § 138a Abs. 2, 5 StPO (§§ 129a f. StGB) und § 138b StPO (Staatsschutzdelikte) kommen bei diesen Straftaten Überwachungsmaßnahmen nach §§ 148 Abs. 2, 148a StPO in Betracht, die jedoch – abgesehen von der Möglichkeit, bei Verteidigerbesuchen eine Trennscheibenvorrichtung anzuordnen – lediglich den schriftlichen Verkehr mit dem Verteidiger betreffen. Die Kontaktsperreregelung in §§ 31 ff. EGGVG erlaubt allerdings bei extremen terroristischen Gefahrenlagen darüber hinaus die Unterbrechung jedweder Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt, einschließlich des schriftlichen *und* mündlichen Verkehrs mit dem Verteidiger. Da eine entsprechende Situation seit der Schleyer-Entführung, die Anlass des Gesetzes war, nicht mehr aufgetreten ist, kam diese Regelung bisher erst ein einziges Mal zur Anwendung.⁸⁹

3. Abgrenzung und Verhältnis zu anderen Instituten

Die StPO kennt eine Reihe anderer vorläufiger Freiheitsentziehungen, die der Polizei vorenthalten und insofern von der Untersuchungshaft abzugrenzen sind.

⁸⁶ Für eine Abschaffung der Vorschrift wegen Funktionslosigkeit *Vogt*, NStZ 1982, 21.

⁸⁷ *Creifelds*, NJW 1965, 949; enger *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114 Rn. 10.

⁸⁸ Ausf. *Vogel*, NJW 1978, 1217; zum rechtspolitischen Hintergrund siehe *Lüderssen/Jahn*, in: Löwe-Rosenberg, § 148 Rn. 21; *Böttcher*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 31 EGGVG Rn. 15; *Morgenstern*, in: van Kalmthout u.a. (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 428.

⁸⁹ *Böttcher*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 31 EGGVG Rn. 15; zur Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes vom 30.9.1977 (BGBl. I S. 1877) BVerfG NJW 1978, 2235.

a) Einstweilige Unterbringung (§ 126a StPO)

Obschon es sich, auch funktional, um völlig selbstständige Rechtsinstitute handelt, weist der 1933 gleichzeitig mit den Maßregeln (§§ 61 ff. StGB) eingeführte Unterbringungsbefehl gewisse Ähnlichkeiten zur Untersuchungshaft auf, gelten deren Regelungen für ihn doch kraft Gesetzes (§ 126a Abs. 2 StPO)⁹⁰ weitgehend entsprechend.⁹¹ Im Gegensatz zum Haftbefehl, der ungeachtet der Existenz von § 112a StPO zumindest primär verfahrenssichernde Bedeutung hat, stellt sich die einstweilige Unterbringung als vorweggenommene Maßregel (vgl. § 61 Nr. 1, 2 StGB) dar,⁹² die – abgesehen von mittelbaren Reflexwirkungen – keine verfahrenssichernden Ziele verfolgt, sondern ausschließlich als Präventivmaßnahme konzipiert ist.

Während Teile des Schrifttums die Regelung als – zumal wegen der Unschuldsvermutung problematischen – präventiv-polizeilichen Fremdkörper kritisieren und bisweilen sogar die Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Abrede stellen, erachtet es die h.M. als ausreichend, dass die Maßnahme anlässlich eines Strafverfahrens, das keine „Ungefährlichkeitsvermutung“ kennt, unter Vorgriff auf eine strafrechtliche Sanktion zum Einsatz kommt, und geht folgerichtig von der Subsidiarität der landesrechtlichen Unterbringungsregelungen aus.⁹³ Dass sich die Zweispurigkeit des materiellen Strafrechts im Prozessrecht – das in Ermangelung eines spezifischen Maßregelsetzungsverfahrens als Erkenntnisverfahren für beide Rechtsfolgen fungiert – nicht in voller Stringenz niederschlägt, wird zum einen darauf zurückgeführt, dass sich die Notwendigkeit der Maßregel unter Umständen erst im Verlauf des normalen Verfahrens zeigt; vor allem aber wird dafür ins Feld geführt, dass Maßregeln auch bei eingeschränkter Schuldfähigkeit anwendbar sind (vgl. §§ 63 ff. StGB) und somit kumulativ neben die Strafe treten können. Wegen des der Figur der eingeschränkten Schuldfähigkeit immanenten Paradoxons, wonach die Handlung einer Person zugleich als frei und unfrei anzusehen sein kann, sind Überschneidungen vorgezeichnet.⁹⁴

⁹⁰ Zum modifizierten Prüfungsmaßstab bei der erst mit Gesetz vom 16.7.2007 (BGBl. I S. 1327) eingeführten OLG-Kontrolle analog §§ 121, 122 StPO siehe OLG Hamm NJW 2007, 3220.

⁹¹ Siehe zum Verhältnis beider Institute *Bohnert*, JR 2001, 402 Rn. 1, 9a; *Geppert*, JUR-RA 1991, 272: „Ungeachtet dieser inhaltlichen Zweckverschiedenheit ist die einstweilige Unterbringung (nach Voraussetzungen ebenso wie nach ihrer Aufhebung) rein äußerlich ähnlich strukturiert wie die U-Haft.“

⁹² Siehe speziell für die Sicherungsverwahrung (§§ 66a, 66b StGB) § 275a Abs. 6 StPO.

⁹³ *Wolter*, ZStW 93 (1981), 488 f.; *Krause*, in: AK-StPO, § 126a Rn. 1; zur Kritik siehe *Paeffgen*, Vor §§ 112 ff. Rn. 5 f. und Vor § 126a Rn. 1. Zur Verdrängung des Landesrechts siehe OLG Düsseldorf MDR 1984, 71; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 126a Rn. 1a.

⁹⁴ Zum Ganzen sowie auch zum normativen und faktischen Ausnahmeharakter des sog. Sicherungsverfahrens (§§ 413–416 StPO), siehe *Bohnert*, JR 2001, 402 Rn. 4.

Voraussetzung der gerichtlichen Anordnung der einstweiligen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus oder einer Entziehungsanstalt ist – im Vorgriff auf §§ 63 f. StGB – das Vorhandensein dringender Gründe für die Annahme, dass der Betroffene eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit oder der verminderten Schuldfähigkeit begangen hat, sowie die Erforderlichkeit der Maßnahme für die öffentliche Sicherheit (§ 126a Abs. 1 StPO). Eine auf den Maßnahmeadressaten abstellende Abgrenzung zur Untersuchungshaft gelingt mithin nur dann im Sinne tatbestandlicher Exklusivität, wenn die Prognose entweder Schuldunfähigkeit im Sinne von § 20 StGB (Fehlen eines dringenden Tatverdachts i.S.v. § 112 Abs. 1 StPO) oder aber uneingeschränkte Zurechnungsfähigkeit (kein Defekt i.S.v. § 126a StPO) ergibt. Zeichnet sich dagegen ein Fall verminderter Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) ab, so kommen beide Maßnahmen in Betracht.

Die Behandlung dieses materiell-rechtlich vorherbestimmten Konkurrenzverhältnisses ist umstritten. Die h.M. geht davon aus, dass wegen der Unmöglichkeit eines gleichzeitigen Vollzugs stets nur eine der beiden Maßnahmen angeordnet werden dürfe (Exklusivitätsthese). Dabei habe § 126a StPO wegen der besseren ärztlichen Betreuung regelmäßig Vorrang (vgl. § 67 StGB).⁹⁵ Stellt sich im Verlauf des Vollzugs heraus, dass das jeweils andere Rechtsinstitut adäquater ist, so könne dem im Wege einer nachträglichen „Umwandlung“ Rechnung getragen werden.⁹⁶ Eine Mindermeinung lehnt den Schluss von der Unmöglichkeit des gleichzeitigen Vollzugs auf die Unzulässigkeit einer simultanen Anordnung ab. Ebenso wie im Verhältnis von Freiheitsstrafe und Unterbringung sei eine kumulative Anordnung von Untersuchungshaft und einstweiliger Unterbringung unbedenklich, da beide Maßnahmen entsprechend der Grundsätze der Überhaft selbstständig und ohne Rücksicht auf die jeweils andere ergehen (Parallelitätsthese). Der Wertung des § 67 StGB sei ganz wie im materiellen Strafrecht erst auf der Ebene des Vollzugs bei der Vollstreckungsreihenfolge Rechnung zu tragen. Bei nachträglichem Änderungsbedarf trete ein bloßer Übergang im Vollzug an die Stelle der dogmatisch nicht befriedigend erklärbaren „Umwandlung“, auch die spätere Anordnung eines zunächst unterlassenen Haft- oder Unterbringungsbefehls bereite wegen der rechtlichen Selbstständigkeit beider Maßnahmen keine Probleme.⁹⁷

Die Vollstreckung der einstweiligen Unterbringung begründet seit 2010 einen Fall notwendiger Verteidigung (§ 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO). Die Unterbringung in

⁹⁵ KG JR 1989, 476, 477; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 126a Rn. 2; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 126a Rn. 2, 3. Die Unterbringung könne freilich so ausgestaltet werden, dass zugleich einer etwaigen Flucht- oder Verdunkelungsgefahr entgegengewirkt wird, *Schultheis*, in: KK-StPO, § 126a Rn. 2; ähnlich *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 434.

⁹⁶ *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 441; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 126a Rn. 9; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 126a Rn. 18.

⁹⁷ *Bohnert*, JR 2001, 402 Rn. 8 f.; dem folgend *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 126a Rn. 3a; gegen die Exklusivitätsthese auch bereits *Krause*, in: AK-StPO, § 126a Rn. 3.

einer Haftanstalt ist nur für maximal 24 Stunden zulässig, wenn die sofortige Überführung in ein psychiatrisches Krankenhaus oder eine Entziehungsanstalt nicht möglich ist (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 Satz 3 BayUVollzG und vormalig Nr. 89 Abs. 2 Satz 1 UVollzO).

b) Anstaltsunterbringung zur Beobachtung (§ 81 StPO)

Diese für eine Gesamtdauer von sechs Wochen (Abs. 5) zulässige Unterbringung in einem öffentlichen psychiatrischen Krankenhaus dient der Vorbereitung eines Gutachtens über den psychischen Zustand des dringend tatverdächtigen (Abs. 2 Satz 1) Beschuldigten. Die Vorschrift ermächtigt nur zu der mit der Untersuchung verbundenen Freiheitsentziehung. Für körperliche Zwangseingriffe, die über eine beobachtende Untersuchung hinausgehen, gilt § 81a StPO.⁹⁸ Zulässige Erkenntnisziele des Gutachtens sind insbesondere die für eine Durchführung des Strafverfahrens erforderliche Schuld- und Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten, nicht hingegen seine Glaubwürdigkeit.⁹⁹

Praktische Bedeutung erlangt § 81 StPO vor allem in solchen Fällen, in denen weder die Untersuchungshaft noch eine einstweilige Unterbringung in Betracht kommt. Befindet sich der Beschuldigte nämlich bereits in Haft, so bedarf es für eine zu Beobachtungszwecken erfolgende Verlegung in die psychiatrische Abteilung eines *innerhalb* der Anstalt gelegenen Vollzugskrankenhauses keiner Maßnahme nach § 81 StPO; auch die Sechs-Wochen-Begrenzung (Abs. 5) gilt hier nicht. Eine zusätzliche Anordnung ist nur erforderlich, wenn die Beobachtung in einem Krankenhaus *außerhalb* der Vollzugsanstalt durchgeführt werden soll und deshalb über die mit der bisherigen Inhaftierung notwendig verbundene Freiheitsbeschränkung hinaus in die Persönlichkeitssphäre des Betroffenen eingreift.¹⁰⁰

Soll eine Maßnahme auf Grundlage von § 81 StPO ergehen, so sieht das Gesetz eine Reihe von Schutzvorkehrungen zugunsten des Betroffenen vor: Die Anordnung im Vorverfahren ist dem für die Eröffnung des Hauptverfahrens zuständigen Gericht vorbehalten (Abs. 3). Vor der gerichtlichen Entscheidung muss ein Sachverständiger angehört werden (Abs. 1), der seine Einschätzung grundsätzlich nicht auf eine bloße Ferndiagnose stützen darf, sondern den Beschuldigten im Regelfall persönlich untersucht haben muss.¹⁰¹ Über den Wortlaut von § 81 Abs. 1 Satz 2 StPO (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) hinaus muss die Unterbringung – auch wenn sie im Rahmen der Untersuchungshaft, also außerhalb von § 81 StPO erfolgt

⁹⁸ BGHSt 8, 144; *Burhoff*, Ermittlungsverfahren, Rn. 1684.

⁹⁹ Siehe *Senge*, in: KK-StPO, § 81 Rn. 1 mit weiteren Beispielen und Nachweisen.

¹⁰⁰ BGH NStZ 2002, 214; OLG Stuttgart NJW 1973, 1426; 1961, 2077; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg, § 81 Rn. 4; a.A. OLG Hamburg MDR 1972, 1048.

¹⁰¹ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 33 Rn. 4; OLG Stuttgart StV 2004, 582; *Burhoff*, Ermittlungsverfahren, Rn. 1676.

– für die Zwecke des Gutachtens „unerlässlich“ sein.¹⁰² Daraus folgt, dass sie wegen Ungeeignetheit unzulässig ist, wenn sie ihrer Art nach die freiwillige Mitwirkung des Beschuldigten (insb. bei einer sog. Exploration) voraussetzt und dieser eine solche verweigert, da dann ein Erkenntnisgewinn nur im Wege einer unzulässigen Einwirkung auf die Aussagefreiheit des Beschuldigten („Aussageerzwingungshaft“) oder aber einer ebenso unzulässigen Umgehung seines Schweigerechts durch eine „Totalbeobachtung“ (Verstöße gegen § 136a StPO bzw. Verletzung des Kernbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts) zu erhoffen ist.¹⁰³ Die Erwartung, der Beschuldigte werde sich im Verlauf der Unterbringung noch zu der erforderlichen Kooperation bereitfinden, reicht mithin nach ständiger Rechtsprechung nicht aus.¹⁰⁴ Zur Wahrung seiner Rechte ist dem Beschuldigten noch vor Anordnung der Unterbringung ein Pflichtverteidiger zu bestellen (§ 140 Abs. 1 Nr. 6 StPO). Die Anfechtung des Unterbringungsbeschlusses im Wege der sofortigen Beschwerde (§ 311 StPO) hat im Gegensatz zur allgemeinen Regelung in § 307 StPO aufschiebende Wirkung (§ 81 Abs. 4 StPO).

c) Festhaltungsberechtigung aufgrund Vorführbefehls (§§ 134, 163a Abs. 3 StPO)

Der schriftlich zu erlassende Vorführbefehl gibt Richtern und Staatsanwälten (§ 163a Abs. 3 StPO) zu Vernehmungszwecken ein Instrument an die Hand, um Beschuldigte, die entweder trotz schriftlicher Ladung nicht vor ihnen erschienen sind (§ 133 StPO, Vorführung i.e.S.) *oder* gegenüber denen „Gründe vorliegen, die den Erlass eines Haftbefehls rechtfertigen würden“ (§ 134 StPO, sofortige Vorführung), zwangsweise zu ihnen verbringen zu lassen.¹⁰⁵ Wenngleich er in der Regel durch Polizeibeamte vollzogen wird, steht diesen selbst jedenfalls zu repressiv-polizeilichen Zwecken weder eine entsprechende Anordnungskompetenz zu noch darf eine Vorführung zum Polizeirevier erfolgen.¹⁰⁶

¹⁰² BVerfG StV 1995, 617, 618; NStZ 2002, 98; OLG Hamm StV 2001, 156; *Burhoff*, Ermittlungsverfahren, Rn. 1674; zur Unterbringung im Rahmen von § 112 StPO siehe BVerfG NStZ 2002, 98.

¹⁰³ BVerfG NStZ 2002, 98; BGH NStZ 2003, 375; vgl. auch bereits OLG Celle StV 1985, 224; StV 1991, 248; BGH StV 1994, 231 f.; *Krause*, in: Löwe-Rosenberg, § 81 Rn. 15 m.w.N.; zur entsprechenden Anwendbarkeit von § 136a StPO auf Sachverständige BGH NJW 1968, 2297, 2298; *Diemer*, in: KK-StPO, § 136a Rn. 5 m.w.N.

¹⁰⁴ Siehe z.B. OLG Celle StV 1991, 248. Dass die Unterbringung in der Praxis offenbar sehr wohl auch zur Willensbeugung eingesetzt wird, legen die richterlichen und staatsanwaltschaftlichen Verfügungen nahe, die im „Fall Mollath“ von seinem Verteidiger vorgelegt wurden, siehe www.strate.net/de/dokumentation/Mollath-Strafanzeige-2013-01-04.pdf [Stand: 12/2014].

¹⁰⁵ Zur Vorführung nach § 230 Abs. 2 Alt. 1 StPO siehe *Geppert*, JURA 1991, 275. Einen Sonderfall stellt der Vorführungsbefehl zur Strafvollstreckung nach § 457 Abs. 2 StPO dar.

¹⁰⁶ *Geppert*, JURA 1991, 275; zur präventiv-polizeilichen Vorladung siehe oben II.A.3.c.

Aus der tatbestandlichen Anknüpfung der „sofortigen Vorführung“ an die Haftbefehlsvoraussetzungen folgt keine Zweckbindung dergestalt, dass die Maßnahme nur zur Vorbereitung des Haftbefehls ergriffen werden darf; dass es sich jedenfalls im Rechtssinne nicht um eine haftvorbereitende Maßnahme handelt, folgt bereits aus der Entbehrlichkeit einer Anhörung des Beschuldigten im Vorfeld der Haftanordnung.¹⁰⁷ Ungeachtet seiner rechtlichen Selbstständigkeit eröffnet das Rechtsinstitut der sofortigen Vorführung dem Richter bzw. Staatsanwalt einen Mittelweg zwischen der direkten Verhaftung bzw. Haftantragstellung (§§ 114, 125 Abs. 1 StPO) und der schlichten Ladung zur Vernehmung (§ 133 StPO). Die Maßnahme wird also zumindest de facto häufig der Verifizierung der Haftvoraussetzungen und damit der Vorbereitung der Entscheidung über den Haftbefehl dienen.¹⁰⁸ Nach h.M. ist auch der erkennbar nicht aussagewillige Beschuldigte zum Erscheinen verpflichtet, da die Vorführung auch darauf abzielt, dem Beschuldigten seine Situation zu erläutern und ihn auf diese Weise ggf. zu einer Aussage zu veranlassen.¹⁰⁹

Nach seiner Ergreifung ist er unverzüglich dem Richter, im Fall des § 163a Abs. 3 StPO dem Staatsanwalt, vorzuführen und von diesem zu vernehmen (§ 135 Abs. 1 StPO). Er darf bis zum Ende des auf die Ergreifung folgenden Tages festgehalten werden (§ 135 Abs. 2 StPO). In Ermangelung näherer gesetzlicher Maßgaben ist für die Ausgestaltung der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Je nach Fall soll über eine bloße Bewachung oder Einschließung im Gerichtszimmer hinaus auch die Aufnahme in einer Arrestzelle im Gerichtsgefängnis zulässig sein, etwa wenn der Beschuldigte am Abend ergriffen wurde und ein Richter oder Staatsanwalt erst am nächsten Tag zur Verfügung steht.¹¹⁰

Die maximal 48-stündige Frist darf in keinem Fall überschritten und nur bei Vorliegen sachlicher Gründe ausgeschöpft werden. Erklärt der Beschuldigte gegenüber der Vernehmungsperson, definitiv von seinem Schweigerecht Gebrauch machen zu wollen, so ist er umgehend auf freien Fuß zu setzen und kann nicht gezwungen werden, sich weitere Ausführungen anzuhören.¹¹¹ Allenfalls vor diesem Hintergrund erscheint die Einordnung des Vorführungsbefehls als eine auch ohne richterliche Anordnung zulässige Freiheitsbeschränkung hinnehmbar.¹¹² Die Gegenmeinung sieht in ihr dagegen eine dem Richter vorzubehaltende Freiheitsentziehung und erachtet die staatsanwaltschaftliche Ermächtigung wegen Verstoßes gegen Art. 104 GG als nichtig.¹¹³ Da der nach § 135 StPO festgehaltenen Person mindes-

¹⁰⁷ *Diemer*, in: KK-StPO, § 134 Rn. 2; *Gleiß*, in: Löwe-Rosenberg, § 134 Rn. 2.

¹⁰⁸ *Rogall*, in: SK-StPO, § 134 Rn. 5 m.w.N.

¹⁰⁹ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 31 Rn. 25; *Gleiß*, in: Löwe-Rosenberg, § 133 Rn. 8.

¹¹⁰ *Gleiß*, in: Löwe-Rosenberg, § 135 Rn. 9.

¹¹¹ *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 462; *Diemer*, in: KK-StPO, § 135 Rn. 3.

¹¹² H.M., siehe *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 161a Rn. 40 m.w.N.; *Enzian*, JR 1975, 280.

¹¹³ *Achenbach*, in: AK-StPO, § 161a Rn. 15 f. und § 163a Rn. 35 f.; vgl. auch bereits *Lisken*, NJW 1982, 1268.

tens die Rechte eines Untersuchungsgefangenen zustehen müssen,¹¹⁴ erschließt sich das Fehlen einer gesetzlichen Verweisung auf die §§ 114a ff. StPO nicht. Gegen die staatsanwaltschaftliche Vorführung stellen die § 163a Abs. 3 Sätze 3–5 StPO einen besonderen beschwerdeähnlichen Rechtsbehelf zum Ermittlungsrichter (§ 162 StPO) bereit, der das Fehlen einer präventiven Kontrolle kompensieren soll.

d) Ordnungshaft und Beugehaft (§§ 51, 70, 161a StPO)

Erscheint ein ordnungsgemäß geladener Zeuge nicht zu einer richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung oder verweigert er dort das Zeugnis ohne gesetzlichen Grund, so ist Ordnungsgeld und ersatzweise Ordnungshaft als Sanktion festzusetzen (§§ 51, 70 Abs. 1, 161a Abs. 2 StPO). Letztere kann im Höchstmaß bis zu sechs Wochen betragen (Art. 6 Abs. 2 EGStGB). Zur Erzwingung einer Zeugenaussage darf als reines Zwangsmittel ohne Sanktionscharakter außerdem Beugehaft bis zur Beendigung des Verfahrens in dem Rechtszug, höchstens aber für eine Dauer von sechs Monaten, angeordnet werden (§§ 70 Abs. 2, 161a StPO). Für die Herbeiführung einer *wahrheitsgemäßen* Aussage des angeblich die Unwahrheit sagenden Zeugen kommt dieses Instrument dagegen nicht in Betracht.¹¹⁵

Nachdem diese beiden dem Richter vorbehaltenen Freiheitsentziehungen (§ 161a Abs. 2 Satz 2 StPO) wegen der Selbstbelastungsfreiheit auch unabhängig von der Beschuldigteneigenschaft des Betroffenen unzulässig sind, wenn die Aussage für ihn die Gefahr einer Strafverfolgung begründen würde,¹¹⁶ sind Überschneidungen mit der Untersuchungshaft von vornherein ausgeschlossen.¹¹⁷

4. Surrogate

Ein Haftsurrogat i.e.S. („Haftbefehlssurrogat“) stellt die wegen ihres engen persönlichen Anwendungsbereichs nicht sonderlich praxisrelevante Regelung des § 127a StPO bereit. Ungleich bedeutsamer ist die in §§ 116 ff. StPO vorgesehene Möglichkeit der Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls als Haftsurrogat i.w.S. („Haftvollzugsurrogat“). Bei beiden Instituten handelt es sich um Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, die sowohl als (anfängliche) Haftausschließungs-, wie auch als (nachträgliche) Haftaufhebungsgründe in Erscheinung treten.

¹¹⁴ Diemer, in: KK-StPO, § 135 Rn. 4.

¹¹⁵ Ganz h.M., siehe nur LG Bad Kreuznach StV 1993, 629, 634 m.w.N.

¹¹⁶ BGH NSTZ-RR 2009, 178.

¹¹⁷ Berufet er sich allerdings als an der Vortat Unbeteiligter zu Unrecht auf § 55 StPO, so kann dies eine Strafvereitelung durch Unterlassen (§§ 258, 13 StGB) darstellen (LG Ravensburg NSTZ-RR 2008, 177, 178 f. m.w.N.); liegen im Hinblick auf diese – prozessual selbstständige – Tat die Voraussetzungen der §§ 112 ff. StPO vor, so ist ein („unechtes“) Konkurrenzverhältnis zu § 70 Abs. 2 StPO denkbar.

a) Absehen von der Festnahme (§ 127a StPO) als Haftbefehlssurrogat

Hat der Beschuldigte in Deutschland keinen festen Wohnsitz oder Aufenthalt und liegen die Haftvoraussetzungen nur wegen Fluchtgefahr vor, so kann von der Anordnung oder Aufrechterhaltung „der Festnahme“ – vor allem aber der Untersuchungshaft – abgesehen werden, wenn nicht mit einer Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehenden Maßregel zu rechnen ist und der Beschuldigte eine angemessene Sicherheit leistet. Die Entscheidung trifft je nach Verfahrensstadium entweder bereits der für die Festnahme zuständige Polizeibeamte, der mit der Haftantragstellung betraute Staatsanwalt oder aber der Haftrichter.¹¹⁸ Wegen weiterer Einzelheiten sei auf die Ausführungen zur vorläufigen Festnahme verwiesen.

b) Aussetzung des Vollzugs (§§ 116 ff. StPO) als Haftvollzugssurrogat

Der Richter (§ 126 StPO) kann bzw. muss den Vollzug des Haftbefehls bereits bei Erlass auf Antrag oder von Amts wegen aus- und durch weniger einschneidende Maßnahmen ersetzen, soweit der Haftzweck auch durch diese erreicht werden kann (sog. Haftverschonung als „kontrollierte Freiheit“).¹¹⁹ In diesem Fall besteht keine notwendige Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO. Die im Gesetz genannten Ersatzmaßnahmen haben keinen abschließenden Charakter. Sie sind nicht zwangsweise durchsetzbar, sondern basieren auf „freiwilliger“ Befolgung zwecks Haftvermeidung.

Hinsichtlich der Fluchtgefahr ist die Aussetzung bei Vorhandensein milderer Alternativen *zwingend* (Abs. 1). Das Gesetz führt beispielhaft die Meldepflicht, die Aufenthaltsbeschränkung, den Hausarrest und die Sicherheitsleistung („Kautions“) auf (Satz 2 Nr. 1–4). Letztere stellt das älteste und praktisch wichtigste Haftsurrogat dar; die Einzelheiten hierfür sind in den §§ 116a, 123, 124 StPO geregelt.¹²⁰ Daneben kommen z.B. die Hinterlegung der Ausweispapiere bzw. des Führerscheins, die Durchführung einer Drogentherapie, die Sperrung von Konten sowie Wohnungsauflagen in Betracht.¹²¹ Auch eine elektronische Aufenthaltsüberwachung (sog. elektronische Fußfessel) soll – trotz der Widerstände in der Praxis – bereits nach geltendem Recht zulässig sein.¹²² Die in Justizkreisen verbreitete

¹¹⁸ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 127a Rn. 8; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 127a Rn. 1.

¹¹⁹ Zur entsprechenden Anwendbarkeit bei Hauptverhandlungs- und Ungehorsamshaft (§§ 127b, 230 Abs. 2 StPO) siehe *Wankel*, in: KMR, § 116 Rn. 1.

¹²⁰ Kein Verstoß gegen Art. 3 GG wegen der einkommensabhängigen Festsetzung ihrer Höhe. Zur Verfassungsmäßigkeit des Kautionsverfalls siehe BVerfG NSTZ 1991, 142.

¹²¹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 116 Rn. 23–25; *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 307.

¹²² *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 116 Rn. 23; *Graf*, in: KK-StPO, § 116 Rn. 12; krit. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 49e und § 116 Rn. 15b. Zu dem seit 2000 in Hessen durchgeführten Modellprojekt mit 25 %-iger Beteiligung von Untersuchungshäftlingen *Banzer/Scherzberg*, ZRP 2009, 31; unklar *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft,

Skepsis gegenüber diesem in anderen Ländern seit Jahren üblichen, grundrechtsfreundlicheren und weniger kostspieligen Instrument, das den 90 % aller Haftbefehle zugrunde liegenden Haftgrund der Fluchtgefahr vielfach erübrigen könne, wird als Indiz für die große Bedeutung apokrypher Haftgründe gewertet und kritisiert.¹²³

Bei Verdunkelungs- und Wiederholungsgefahr ist die Aussetzung wegen der ungewissen Erfolgsaussichten lediglich fakultativ (Abs. 2, 3). Das Haftsurrogat der Sicherheitsleistung dürfte dabei in beiden Fällen regelmäßig, wenn nicht per se (arg. § 124 Abs. 1 StPO) ausscheiden.¹²⁴ Während hinsichtlich der Verdunkelungsgefahr vor allem ein Kontaktverbot gegenüber bestimmten Personen in Erwägung zu ziehen sein wird (Abs. 2), verzichtet das Gesetz bei der Wiederholungsgefahr auf ausdrückliche Beispiele (Abs. 3). Eine Aussetzung soll in letzterem Fall nur ausnahmsweise in Betracht kommen – etwa mit der Auflage eines Kontaktverbots, der Durchführung einer Therapie oder der Hinzuziehung eines Bewährungshelfers.¹²⁵ Im Schrifttum wird auf das gerade hier, aber auch bei anderen Haftgründen bestehende Bedürfnis nach einer Haftentscheidungshilfe analog § 160 Abs. 3 Satz 2 StPO hingewiesen, um Möglichkeiten zur Haftaussetzung aufzuzeigen.¹²⁶

Weil der in § 116 StPO nicht vorgesehene Haftgrund der besonderen Tatschwere (§ 112 Abs. 3 StPO) lediglich dem Anschein nach eine haftzweckfreie Untersuchungshaft zulässt, in Wirklichkeit jedoch in verfassungskonformer Auslegung auf die gesetzlichen Haftziele zurückzuführen ist, besteht heute Einigkeit, dass auch dort eine Aussetzung möglich ist. Insoweit ist also auf die im konkreten Fall hinter der besonderen Tatschwere stehenden Haftgründe abzustellen.¹²⁷

Die entsprechende Anwendbarkeit von § 116 StPO auf den ebenfalls nicht erwähnten flüchtigen Beschuldigten (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO) ist dagegen streitig.¹²⁸

Der Widerruf der Aussetzung ist – ebenso wie der Neuerlass eines zunächst außer Vollzug gesetzten und dann aufgehobenen Haftbefehls¹²⁹ – nur unter den abschließenden Voraussetzungen von Abs. 4 zulässig.¹³⁰ Dieser Maßstab gilt in glei-

Rn. 308: „de lege ferenda“. Zum Spezialfall des elektronisch überwachten Hausarrestes siehe *Hochmayr*, NStZ 2013, 19.

¹²³ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 3, 46.

¹²⁴ Siehe *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 116 Rn. 18; OLG Frankfurt NJW 1978, 838; a.A. *Graf*, in: KK-StPO, § 116 Rn. 19 f. m.w.N. zum Meinungsstand.

¹²⁵ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 116 Rn. 28.

¹²⁶ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 116 Rn. 17; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 65. Eine ausdrückliche Regelung existiert für das Jugendgerichtsverfahren, § 72a JGG.

¹²⁷ BVerfGE 19, 342 (Wencker-Beschluss); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 47.

¹²⁸ Siehe die Nachweise bei *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 116 Rn. 3, 5.

¹²⁹ BVerfG StV 2006, 26; OLG Karlsruhe wistra 2005, 316.

¹³⁰ Zu Nachweisen aus der neueren Rspr. siehe *Schultheis*, NStZ 2013, 89.

cher Weise auch für die Abänderung sonstiger Auflagen.¹³¹ Ihm liegt der allgemeine Gedanke zugrunde, dass sich die Umstände im Vergleich zur Beurteilungsgrundlage zur Zeit der Gewährung der Verschonung wesentlich verändert haben müssen (vgl. die Generalklausel der Nr. 3). Es handelt sich dabei um die Fälle eines gröblichen Auflagenverstößes (Nr. 1), des Wegfalls der Vertrauensgrundlage, insbesondere wegen Fluchtanstalten oder Nichtbefolgung einer verbindlichen Ladung (Nr. 2),¹³² sowie des Hervortretens oder späteren Bekanntwerdens neuer, die Verhaftung erfordernder Tatsachen (Nr. 3).¹³³ „Gröblichkeit“ i.S.v. Nr. 1 setzt zwar keine Absicht voraus, ein bloßes Versehen genügt jedoch nicht; vielmehr bedarf es eines schwerwiegenden, dem Beschuldigten zurechenbaren Verstößes, der das Vertrauen des Gerichts in ihn und in die Wirksamkeit von Ersatzmaßnahmen nachhaltig erschüttert und auf diese Weise die dem Haftgrund zugrunde liegende Gefahrenlage wieder aktualisiert.¹³⁴ Infolge des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bleibt jedoch stets zu prüfen, ob nicht eine bei nachträglicher Veränderung der Umstände jederzeit zulässige Verschärfung der Auflagen ausreicht.¹³⁵ Da die Wiederanordnung des Vollzugs keine prozessuale Sanktion für enttäushtes Vertrauen darstellt, sondern allein der Sicherung der gesetzlichen Haftzwecke dient, ist sie ungeachtet eines Widerrufgrundes unzulässig, wenn der Haftgrund inzwischen weggefallen ist.¹³⁶ Wird der Beschuldigte aufgrund des wieder in Vollzug gesetzten Haftbefehls (erneut) inhaftiert oder erfolgt schon vorher eine vorläufige Festnahme wegen Gefahr im Verzug (§ 127 Abs. 2 StPO), so sind die §§ 114a ff. StPO zu beachten.

Die Ersatzmaßnahmen sind zu beenden, wenn der Haftbefehl aufgehoben oder die Untersuchungshaft oder eine in einem rechtskräftigen Urteil ausgesprochene Freiheitsentziehung vollzogen wird (§ 123 StPO).¹³⁷ Wenngleich das Gesetz keine Höchstfristen vorsieht, verbietet es der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, einen

¹³¹ BVerfG StV 2013, 96; siehe dazu *Schultheis*, NStZ 2014, 76.

¹³² Lag dem Haftbefehl keine Fluchtgefahr zugrunde, so kann er allein aufgrund der vom Beschuldigten getroffenen Anstalten zur Flucht nur in Vollzug gesetzt werden, wenn die Voraussetzungen dieses Haftgrundes (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO) nunmehr vorliegen und der Haftbefehl entsprechend ergänzt wird, *Graf*, in: KK-StPO, § 116 Rn. 30.

¹³³ Eine Verurteilung oder ein hoher Strafantrag des Staatsanwalts stellt nur „neue Tatsachen“ dar, wenn eine erhebliche Abweichung von der ursprünglichen Prognose und damit eine wesentliche Erhöhung der Fluchtgefahr vorliegt, BVerfG StV 2006, 139 (B.I.3). Eine lediglich andere Beurteilung des unverändert gebliebenen Sachverhalts rechtfertigt keinen Widerruf, BVerfG NStZ-RR 2013, 16; StV 2013, 96. Siehe dazu *Schultheis*, NStZ 2014, 75 ff. m.w.N.

¹³⁴ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 116 Rn. 48; OLG Frankfurt StV 1995, 476; *Graf*, in: KK-StPO, § 116 Rn. 29.

¹³⁵ BVerfG StV 2006, 139 (B.I.4); *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 116 Rn. 25.

¹³⁶ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 116 Rn. 25; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 116 Rn. 48.

¹³⁷ Kein automatischer Fortfall mit rechtskräftigem Urteil wegen der auch vollstreckungssichernden Zielrichtung der Ersatzmaßnahmen (siehe §§ 123 Abs. 1 Nr. 1, 124 StPO).

außer Vollzug gesetzten Haftbefehl jahrelang aufrechtzuerhalten.¹³⁸ Gegen sämtliche richterlichen Entscheidungen ist das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft; eine Belehrung hierüber scheint jedoch *e contrario* §§ 115 Abs. 4, 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 StPO nicht stattzufinden.

B. Anordnung

1. Zuständigkeit

a) Anordnungszuständigkeit

Die Anordnung der Untersuchungshaft erfolgt im Einklang mit Art. 104 Abs. 2, 3 GG ausnahmslos durch richterlichen Haftbefehl (§ 114 Abs. 1 StPO). Die Zuständigkeit hängt dabei vom Verfahrensstadium ab (§§ 125, 128 StPO):

Vor Klageerhebung (§ 125 Abs. 1 StPO) erlässt ihn der (Einzel-)Richter bei dem AG, in dessen Bezirk (irgend)ein Gerichtsstand (§§ 7 ff. StPO) begründet ist *oder* der Beschuldigte sich aufhält.¹³⁹ Im Fall der Vorführung eines vorläufig Festgenommenen ist der Richter des AG zuständig, in dessen Bezirk die Festnahme erfolgt ist (§ 128 StPO); dies soll jedoch eine Vorführung vor und Haftentscheidung durch den nach § 125 Abs. 1 Alt. 2 StPO zuständigen Richter nicht ausschließen, da „Aufenthalt“ im Sinne dieser Vorschrift weder eine bestimmte Dauer noch Freiwilligkeit voraussetzt.¹⁴⁰ Die Ansicht der h.M. führt im Ergebnis dazu, dass *stets* jedenfalls auch derjenige Amtsrichter zuständig ist, vor dem sich der Beschuldigte im Moment der Haftentscheidung befindet – unabhängig davon, wie und warum er dorthin gelangt ist. Unbeschadet davon besteht außerdem eine Zuständigkeit des Ermittlungsrichters (§ 162 Abs. 1 Satz 2 StPO), im Normalfall also des Richters am AG, in dessen Bezirk die Staatsanwaltschaft oder ihre den Antrag stellende Zweigstelle ihren Sitz hat (Satz 1).¹⁴¹ Selbst in Staatsschutzsachen (§ 120 GVG), in denen ggf. der Ermittlungsrichter des OLG oder der des BGH zuständig ist (§ 169 StPO), bestehen die Kompetenzen nach § 125 und § 162 Abs. 1 Satz 2 StPO nebeneinander; zweckmäßig ist hier jedoch der Weg über § 169 StPO.¹⁴² Über den Erlass eines Haftbefehls nach § 127b Abs. 2 StPO (Hauptverhandlungshaft) „soll“

¹³⁸ BVerfGE 53, 152 (mehr als zwölf Jahre).

¹³⁹ Zur Möglichkeit einer Zuständigkeitskonzentration durch Rechtsverordnung siehe § 58 Abs. 1 GVG.

¹⁴⁰ H.M. seit OLG Celle JZ 1956, 125; siehe *Schultheis*, in: KK-StPO, § 125 Rn. 2 m.w.N.; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 128 Rn. 4; einschränkend aber *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 125 Rn. 3, sowie *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 125 Rn. 7, wonach unrichtiges Staatshandeln keine zuständigkeitsbegründende Wirkung entfalten dürfe.

¹⁴¹ Zu den Folgen der Zuständigkeitskonzentration in § 162 StPO durch Gesetz vom 21.12.2007 (BGBl. I S. 3198) m.W.z. 1.1.2008 vgl. BT-Drucks. 16/6979, S. 68.

¹⁴² *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 125 Rn. 6; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 125 Rn. 4.

der nach der amtsgerichtlichen Geschäftsverteilung für die Durchführung des beschleunigten Verfahrens zuständige Richter entscheiden (Abs. 3).

Nach Klageerhebung – also auch im Fall der Ungehorsamshaft (§ 230 Abs. 2 StPO) – ist das mit der Sache befasste Gericht (ggf. als Kollegium) zuständig, im Fall einer Revision das der letzten Tatsacheninstanz; in dringenden Fällen besteht jedoch eine Eilkompetenz des Vorsitzenden zum Erlass des Haftbefehls (§§ 125 Abs. 2, 129, 162 Abs. 3 Satz 1, 2 StPO). Entscheidet gleichwohl der nach § 125 Abs. 1 StPO zuständige Richter, so ist die Haftanordnung nicht unwirksam, sondern lediglich rechtswidrig. Das Gleiche soll bei sonstigen Zuständigkeitsfehlern gelten, solange wenigstens ein Richter entscheidet und keine Willkür vorliegt.¹⁴³

b) Antragerfordernis

Vor Klageerhebung setzt die Entscheidung über den Haftbefehl grundsätzlich einen entsprechenden Antrag der Staatsanwaltschaft voraus. Hintergrund ist ihre Stellung als „Herrin des Vorverfahrens“, gegen deren Willen kein Haftbefehl Bestand haben kann (§ 120 Abs. 3 StPO). Jedoch ist eine Anordnung von Amts wegen zulässig, wenn ein Staatsanwalt nicht erreichbar ist und Gefahr im Verzug vorliegt (§§ 125 Abs. 1, 128 Abs. 2 Satz 2, 165 StPO: „Notstaatsanwalt“). Nach Klageerhebung bedarf es keines Antrags der Staatsanwaltschaft mehr (§§ 125 Abs. 2, 129, 162 Abs. 3 StPO), sondern es reicht eine Anhörung (§ 33 Abs. 1, 2 StPO).

2. Straftatbezug und Adressat

a) Dringender Tatverdacht

Als primäre sachlich-materielle Voraussetzung der Haft ist – noch vor Haftgrund und Verhältnismäßigkeit – das Bestehen eines dringenden Tatverdachts zu prüfen.¹⁴⁴ Einzig bei der allein auf die Weiterführung und Beendigung des Strafverfahrens gerichteten Ungehorsamshaft (§ 230 Abs. 2 StPO), die nur in der Hauptverhandlung und damit erst nach Bejahung des hinreichenden Tatverdachts (§ 203 StPO; siehe sogleich) in Betracht kommt, ist er entbehrlich; dieser Haftbefehl kann daher auch gegenüber einem schuldunfähigen Angeklagten erlassen werden.¹⁴⁵ Auf die Schwere der Tat kommt es grundsätzlich nicht an (*e contrario* § 113 StPO).

¹⁴³ Zu § 125 StPO BGH NStZ 1995, 394; allg. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 125 Rn. 7; zum Ausschluss der Schöffenbeteiligung (LG) siehe BGH NStZ 2011, 356.

¹⁴⁴ Allg. zur Bedeutung *Kühne*, NJW 1979, 618; *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 75.

¹⁴⁵ OLG Hamm NJW 1958, 2125; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 230 Rn. 21.

aa) Begriff, Bezugspunkt und Gegenstand

Dringender Tatverdacht liegt vor, wenn nach aktuellem Stand der Ermittlungen eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass der Beschuldigte sich als Täter oder Teilnehmer einer Straftat schuldig gemacht hat.¹⁴⁶ Bezugspunkt der Prognose ist die mit der Tatfrage verbundene Sachverhaltswürdigung (vgl. § 152 Abs. 2 StPO): Bei Rechtsfragen gilt sie nicht, denn der Richter muss sich auch bei unklarer Rechtslage für eine Auslegung entscheiden.¹⁴⁷ Gegenstand des Verdachts muss eine prozessual verfolgbare, rechtswidrig und schuldhaft begangene Tat sein, wobei der strafbare Versuch (§§ 22, 23, 30 StGB) genügt. Bereits die *Wahrscheinlichkeit* von nicht behebbaren Verfahrenshindernissen (z.B. Verjährung)¹⁴⁸ oder von Rechtfertigungs-, Schuld- bzw. Strafausschlussgründen lässt den dringenden Tatverdacht entfallen.¹⁴⁹ Bei Schuldunfähigkeit kommt die einstweilige Unterbringung (§ 126a StPO) in Betracht. Bei Antragsdelikten und Straftaten, die nur mit Ermächtigung oder Strafverlangen verfolgbar sind, kann der Haftbefehl bereits vor der entsprechenden Mitwirkungshandlung erlassen werden; er ist aber grundsätzlich aufzuheben, wenn sie nicht binnen Wochenfrist nachgeholt wird (§ 130 StPO).

bb) Verdachtsgrad

Wegen ihrer Eingriffsintensität setzt die Verhaftung mit dem „dringenden“ Tatverdacht einen dem Grade nach intensiveren – nicht etwa zeitlich näheren¹⁵⁰ – Verdacht voraus als er für die Einleitung des Ermittlungsverfahrens (einfacher Anfangsverdacht, §§ 160 Abs. 1, 152 Abs. 2 StPO) erforderlich ist: Während Letzterer sich mit einem auf konkrete Tatsachen gestützten, auf kriminalistischer Erfahrung beruhenden Verdacht einer verfolgbaren Straftat begnügt, verlangt der dringende Tatverdacht in retrospektiver Prognose ein hohe Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung.¹⁵¹ Im Regelfall ist deren Bejahung gleichbedeutend mit einer hohen Verurtei-

¹⁴⁶ BVerfG NJW 1996, 1049, 1050; BGH NSTz 1992, 449; zur Unanwendbarkeit im Ordnungswidrigkeitenrecht siehe § 46 Abs. 3 Satz 1 OWiG.

¹⁴⁷ *Stratenwerth*, JZ 1957, 299; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 18.

¹⁴⁸ H.M., siehe OLG München StV 1998, 270; OLG Bremen StV 1990, 25; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 475; a.A. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 14: Unverhältnismäßigkeit.

¹⁴⁹ Allg. Meinung, siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 16; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 4.

¹⁵⁰ Die Dringlichkeit kann aber im Verlauf des Verfahrens entfallen, wenn gebotene Ermittlungen nicht zügig genug geführt werden, OLG Karlsruhe StV 2004, 325 m.w.N.

¹⁵¹ BGH StV 2008, 84; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 4; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 205 f.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 415 weisen auf die mit der schwierigen Fassbarkeit des Begriffs verbundenen Prognosespielräume des Richters hin; zu den verschiedenen Verdachtsbegriffen siehe auch die krit. Analyse von *Kühne*, NJW 1979, 617, der versucht, die verschiedenen Wahrscheinlichkeitsgrade zu quantifizieren; *Benfer*, JuS 1983, 111 fordert einen „nahe an Gewißheit heranreichende[n] Verdacht“.

lungswahrscheinlichkeit,¹⁵² der dringende Tatverdacht beinhaltet damit einen stärkeren prospektiven Verdachtsgrad als der für die Eröffnung der Hauptverhandlung erforderliche hinreichende Tatverdacht (§ 203 StPO), für den eine einfache Verurteilungswahrscheinlichkeit (50 + x %) genügt. Ob umgekehrt die hohe Wahrscheinlichkeit einer späteren Verurteilung für die Annahme des dringenden Tatverdachts unabkömmlich ist oder ob insoweit bereits deren bloße Möglichkeit ausreicht, ist umstritten,¹⁵³ dürfte jedoch im Ergebnis kaum je einen Unterschied machen. Ist etwa im Moment der Haftentscheidung der spätere Verlust von für die Verurteilung unerlässlichen Beweismitteln zu befürchten und erscheint eine – wiewohl *mögliche* – Verurteilung deshalb unwahrscheinlich, so wäre die Haftanordnung jedenfalls unverhältnismäßig, weil nicht erforderlich.¹⁵⁴

Dass der dringende Tatverdacht in gradueller Hinsicht (hohe Wahrscheinlichkeit) eine Steigerung gegenüber dem hinreichenden Tatverdacht (einfache Wahrscheinlichkeit) darstellt, steht außer Frage. Im Hinblick auf die zeitliche Dynamik des Begriffs ist dabei allerdings relativierend zu berücksichtigen, dass der hinreichende Tatverdacht bei Abschluss der Ermittlungen und damit auf einer vergleichsweise breiten Beurteilungsgrundlage zu prüfen ist, während sich die Bestimmung des dringenden Tatverdachts nach dem Stand der ggf. noch unvollständigen Ermittlungen im Zeitpunkt der Haftentscheidung richtet und daher variiert.¹⁵⁵

cc) Tatsachenbasis und Beweiswürdigung

Wengleich das Gesetz dies nur für die Haftgründe ausdrücklich vorschreibt (§ 112 Abs. 2 StPO), darf auch der dringende Tatverdacht nur „aufgrund bestimmter Tatsachen“ – also nicht wegen bloßer Vermutungen, Gerüchte oder anonymer Anzeigen, sofern diese nicht objektivierbar sind – angenommen werden.¹⁵⁶ Taugliche Beurteilungsgrundlage sind sämtliche im Zeitpunkt der Haftentscheidung vorliegenden Erkenntnisse (Akten, Eindrücke aus der Hauptverhandlung, Urteils-

¹⁵² Hintergrund ist, dass Verfolgungshindernisse nach h.M. bereits den dringenden Tatverdacht und nicht erst die Verhältnismäßigkeit entfallen lassen.

¹⁵³ Im erstgenannten Sinne (jeweils m.w.N.) OLG Brandenburg StV 1996, 157; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 17; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 9b; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 4 f.; a.A. BGH NStZ 1981, 94; OLG Hamm StV 2001, 115; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 5 f.; *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 11.

¹⁵⁴ Vgl. die ausführliche Diskussion bei *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 17.

¹⁵⁵ OLG Celle StV 1986, 392; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 19; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 416; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 6; *Deckers*, NJW 1994, 2264; siehe auch OLG Karlsruhe StV 2004, 325, wonach die Dringlichkeit des Tatverdachts im Verlauf des Verfahrens entfallen kann, wenn gebotene Ermittlungen nicht zügig genug geführt werden.

¹⁵⁶ OLG Frankfurt StV 1992, 583; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 7; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 7; krit. zu dieser Formel *Kühne*, NJW 1979, 617; siehe dagegen *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 205, 209.

gründe), die gerichtsverwertbar sind, also keinem Verwertungsverbot unterliegen.¹⁵⁷ Das Schweigen des Beschuldigten darf ihm nach allgemeinen Grundsätzen nicht angelastet werden. Die Prüfung erfolgt im Freibeweis; der Richter kann ggf. ergänzende Ermittlungen veranlassen oder selbst vornehmen (z.B. Einholung telefonischer Auskünfte).¹⁵⁸ Die Entscheidung ergeht in freier Beweiswürdigung, wobei die Bejahung des dringenden Tatverdachts nicht die für die Verurteilung nötige volle richterliche Überzeugung (§ 261 StPO) erfordert.¹⁵⁹ Der Grundsatz, dass der Sachverhalt unter Benutzung möglichst tatnaher Beweismittel aufzuklären ist, gilt auch hier.¹⁶⁰ Dienstliche Auskünfte oder Mitteilungen von Geheimdiensten sollen jedoch grundsätzlich geeignet sein, einen dringenden Tatverdacht zu begründen, soweit sie in bestimmtem Umfang überprüfbar oder nachvollziehbar sind.¹⁶¹

b) Beschuldigter als Adressat

Als Adressat der Untersuchungshaft kommt unabhängig vom Verfahrensstadium und unabhängig von seiner An- oder Abwesenheit im Moment der Entscheidung (vgl. § 33 Abs. 4 Satz 1 StPO) jeder nicht rechtskräftig verurteilte „Beschuldigte“ in Betracht. Dabei handelt es sich neben dem von polizeilichen oder staatsanwalt-schaftlichen Ermittlungen Betroffenen (Beschuldigter i.e.S.) auch um solche Beschuldigte, gegen die bereits Anklage erhoben („Angeschuldigter“) oder die Eröffnung des Hauptverfahrens beschlossen wurde („Angeklagter“), vgl. § 157 StPO. Die ältere Auffassung, welche die Maßnahme erst nach Eröffnung des Gerichtsverfahrens zulassen wollte, hatte sich bei Erlass der RStPO trotz der bis 1964 in § 112 StPO a.F. vorgesehenen Einschränkung ihres persönlichen Anwendungsbereichs auf den „Angeschuldigten“ nicht durchsetzen können, denn über die Verweisung in § 125 StPO a.F. war die für unerlässlich befundene Anwendbarkeit der Haftvorschriften auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung und des Prozesses gewährleistet.

Lediglich bei der Ungehorsamshaft (§ 230 StPO) ist der persönliche Anwendungsbereich auf den Angeklagten beschränkt, kommt diese Maßnahme doch in zeitlicher Hinsicht nur während der Hauptverhandlung in Betracht. Darüber hinaus soll diese besondere Ausprägung der Untersuchungshaft nur gegenüber im Inland lebenden Beschuldigten anwendbar sein, weil die tatbestandlich vorausgesetzte Zustellung einer „ordnungsgemäßen Ladung“, die gemäß § 216 Abs. 2 StPO die Androhung von Zwangsmitteln für den Fall des unentschuldigten Ausbleibens ent-

¹⁵⁷ BGH NJW 1990, 1799; StV 1991, 525; NStZ 2004, 276; OLG Köln StV 1999, 156; OLG Karlsruhe StV 2001, 118; OLG Koblenz StV 1994, 316; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 7; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 20; *Deckers*, NJW 1994, 2264.

¹⁵⁸ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 8; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 8.

¹⁵⁹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 21 m.w.N.

¹⁶⁰ Vgl. BGH NJW 1992, 1975; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 9.

¹⁶¹ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 8.

halten muss, kraft des allgemeinen völkerrechtlichen Verbots der Ausübung hoheitlicher Gewalt auf fremdem Staatsgebiet (vgl. Art. 25 GG) unzulässig ist.¹⁶²

3. Haftgründe

Im Anschluss an den dringenden Tatverdacht ist das Vorliegen eines legitimen Haftzwecks zu prüfen. Anders als bei manch anderer Eingriffsbefugnis überlässt die StPO die Konkretisierung der Zielsetzung der Untersuchungshaft nicht dem richterlichen Ermessen (Identifikation eines legitimen Zwecks als Bestandteil der Verhältnismäßigkeitsprüfung auf Rechtsfolgendeite), sondern „veratbestandlich“ die zulässigen Motive in Form von gesetzlichen Haftgründen.¹⁶³ Während die „klassischen Haftgründe“ der Flucht, Fluchtgefahr und Verdunkelungsgefahr mit ihrer verfahrenssichernden Schutzrichtung allgemein anerkannt sind,¹⁶⁴ ist die Legitimation der 1964 neu in das Gesetz eingefügten Haftgründe der besonderen Tatschwere und der Wiederholungsgefahr bis heute umstritten.

a) Tatsachengrundlage und Prognosemaßstab

Abgesehen von der Ungehorsamshaft und dem zweckfrei angelegten Haftgrund der besonderen Tatschwere formuliert das Gesetz für alle Haftgründe die gemeinsame Voraussetzung, dass ihre Annahme auf „bestimmten Tatsachen“ gründen muss (§§ 112 Abs. 2, 112a Abs. 1 StPO). Die damit angestrebte Objektivierung (Tatsachenbezug), Konkretisierung und Individualisierung (Bestimmtheit) der Haftgrundlage soll diese besser nachvollziehbar machen und der teils zu beobachtenden Tendenz entgegenwirken, Haftgründe aus subjektiven Vermutungen, unsubstantiierten Befürchtungen, intuitiven Annahmen oder nicht verifizierbaren Alltagstheorien herzuleiten.¹⁶⁵ Auch wenn in der Außenwelt wahrnehmbare Vorgänge – insbesondere Verhalten und Vorleben des Beschuldigten, seine persönlichen, familiären und wirtschaftlichen Verhältnisse sowie das soziale Umfeld – vorrangig in Erwägung zu ziehen sind, zählen zu den relevanten Umständen auch innere Tatsachen, etwa die Neigung, bestimmte Straftaten zu begehen (§ 112a StPO). Berücksichtigungsfähig sind schließlich auch kriminalistische und sonstige gesicherte Erfahrungen, etwa über typische Verhaltensmuster in bestimmten Milieus.¹⁶⁶

¹⁶² Str., so aber die h.M., siehe etwa OLG Köln NStZ-RR 2006, 22 m.w.N.

¹⁶³ Zu Gesetzesentwicklung und Reformdiskussion seit 1877 siehe *Wehner*, Haftgründe, S. 13 ff.

¹⁶⁴ Vgl. aber die in jüngerer Zeit gegen den Haftgrund der Verdunkelungsgefahr formulierte (Grundsatz-)Kritik von *Weigend*, FS für Müller, S. 744 ff.; *Friester*, Grundprinzipien, S. 118 f.

¹⁶⁵ *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 13; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 209; vgl. dagegen *Kühne*, NJW 1979, 622, der diese gesetzliche Vorgabe wegen des dem Verdachtsbegriff ohnehin immanenten Tatsachenbezugs für entbehrlich hält.

¹⁶⁶ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 23 f.; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 17; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 9.

Trotz im Einzelnen uneinheitlicher Formulierungen (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO: „Feststellung“; Nr. 2: „dringender Verdacht“; Nr. 2, 3 und § 112a StPO: „Gefahr“; § 127b StPO: „Erwartung“, „Befürchtung“, „Wahrscheinlichkeit“)¹⁶⁷ gilt für die Prüfung sämtlicher Haftgründe ein zumindest im Ansatz übereinstimmender Beurteilungsmaßstab. Wegen der beschränkten Erkenntnismöglichkeiten im Moment der Haftentscheidung brauchen die vom Gesetz in Bezug genommenen Vorgänge und Ereignisse nicht zur vollen Überzeugung des Gerichts festzustehen (§ 261 StPO), sondern es genügt eine entsprechende Wahrscheinlichkeitsprognose.¹⁶⁸ Während dafür teils generell derselbe qualifizierte Wahrscheinlichkeitsgrad wie bei der Beurteilung des dringenden Tatverdachts gefordert wird,¹⁶⁹ differenziert die ganz überwiegende Meinung nach dem jeweils einschlägigen Haftgrund. So wird für die Fluchtfeststellung (Nr. 1), die Fluchtgefahr (Nr. 2) und die Wahrscheinlichkeit bzw. Erwartung einer zeitnahen Entscheidung im beschleunigten Verfahren (§ 127b StPO) meist eine einfache Wahrscheinlichkeit für ausreichend erachtet, wohingegen der dringende Verdacht einer Verdunkelungshandlung (Nr. 3) und die Gefahr der Wiederholung (§ 112a StPO StPO) eine dem dringenden Tatverdacht vergleichbar hohe Wahrscheinlichkeit voraussetzen sollen. Für die Gefahr der Erschwerung der Wahrheitsfindung (Nr. 2) und die Fernbleibensbefürchtung (§ 127b StPO) soll dagegen bereits die ernsthafte Möglichkeit genügen.

b) „Klassische“ Haftgründe zur Verfahrensprävention (§ 112 Abs. 2 StPO)

aa) Anwesenheitssicherung bei Flucht (Nr. 1)

Dieser im Gesetz an erster Stelle genannte Haftgrund setzt die auf bestimmte Tatsachen gegründete Feststellung voraus, dass der Beschuldigte flüchtig ist oder sich verborgen hält. In ihm manifestiert sich die durch die weitere verfahrensrechtliche Ausgestaltung (vgl. §§ 31 Abs. 4, 35 Abs. 1, 115 f. StPO) bekräftigte Entscheidung des Gesetzgebers, die Haftanordnung auch gegenüber Abwesenden zuzulassen. Gemeinsam mit der Fluchtgefahr (Nr. 2) liegt er über 90 % der Untersuchungshaftfälle zugrunde. Für die Feststellung genügt eine einfache Wahrscheinlichkeit in dem Sinne, dass die im Haftatbestand umschriebenen Gründe für die Unreichbarkeit näher liegen als andere mögliche Ursachen.¹⁷⁰

¹⁶⁷ Krit. zu dieser Gesetzgebungstechnik *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127 Rn. 27.

¹⁶⁸ A.A. im Hinblick auf § 112 Abs. 1 Nr. 1 StPO (Flucht) soweit ersichtlich nur *Wankel*, in: KMR, § 112 Rn. 4: volle Überzeugung nötig.

¹⁶⁹ *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 76 Fn. 310; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 21b; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 25–27 (vgl. aber auch *ders.*, a.a.O., § 112 Rn. 30 und § 127b Rn. 10).

¹⁷⁰ H.M. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 15; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 30; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 14; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 21b: hohe Wahrscheinlichkeit; *Wankel*, in: KMR, § 112 Rn. 4: Überzeugung.

„Flüchtig“ ist der Beschuldigte, wenn er sich von seinem bisherigen räumlichen Lebensmittelpunkt in dem Bewusstsein absetzt, dadurch für den Zugriff der Strafverfolger unerreichbar zu werden (z.B. Wohnsitzaufgabe, Auslandsaufenthalt).¹⁷¹ Dagegen hält er sich „verborgen“, wenn er mit derselben subjektiven Einstellung seinen Aufenthalt vor den Behörden verschleiert oder auf sonstige Weise bewirkt, dass er unauffindbar ist (z.B. Identitätsschwindel, Verstoß gegen Meldepflichten).¹⁷² Eine präzise Abgrenzung ist wegen der in den zentralen Punkten übereinstimmenden Voraussetzungen entbehrlich, zumal häufig Überschneidungen vorliegen, bei denen dann beide Varianten erfüllt sind.

Der Haftgrund liegt nicht vor, wenn die Anwesenheit des Beschuldigten im Verfahren nicht erforderlich ist. Auch ein rein passives Verhalten gegenüber Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden (z.B. Ungehorsam gegen Vorladungen) oder schlichte Untätigkeit (z.B. Nichtrückkehr aus dem Ausland) reicht in beiden Fällen ebenso wenig aus wie die bloße Unerreichbarkeit oder der unbekannte Aufenthaltsort (siehe dazu § 131a StPO). In subjektiver Hinsicht setzt dieser Haftgrund den Willen voraus, sich dem eingeleiteten oder zu erwartenden Strafverfahren auf Dauer oder für längere Zeit zu entziehen. Dabei ist keine Absicht erforderlich, sondern es genügt bedingter Vorsatz. Selbst daran fehlt es etwa bei Auslandsaufenthalten ohne Zusammenhang mit einem Strafverfahren.¹⁷³ Der Haftgrund entfällt schließlich, sobald der Beschuldigte ergriffen oder aufgespürt wurde, kann dann aber regelmäßig nachträglich als Indiz für die Fluchtgefahr (Nr. 2) gewertet werden.¹⁷⁴

bb) Anwesenheitssicherung bei Fluchtgefahr (Nr. 2)

Fluchtgefahr liegt vor, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen „bei Würdigung der Umstände des Einzelfalls die Gefahr besteht, dass der Beschuldigte sich dem Strafverfahren entziehen werde“. Sie stellt den in der Praxis bedeutsamsten Haftgrund dar, der – gemeinsam mit der Flucht (Nr. 1) – mehr als 90 % aller Untersuchungshaftfälle ausmacht. Die grundsätzliche Legitimität dieses Haftgrundes ist allgemein anerkannt, seine konkrete Anwendung in der Praxis wird jedoch wegen formelhafter Begründungen und einer schematischen Überbewertung der Straferwartung – als de facto oftmals allein entscheidendes Kriterium – kritisiert.¹⁷⁵ Um der Tendenz zu einer übermäßigen Subjektivierung entgegenzuwirken, fordern beachtliche Stimmen in der Literatur eine dem dringenden Tatverdacht vergleichbar hohe Wahrscheinlichkeit, während sich die vorherrschende Rechtspraxis und die Gegen-

¹⁷¹ Siehe die Einzelfälle bei *Wankel*, in: KMR, § 112 Rn. 6.

¹⁷² *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 13; OLG Stuttgart NStZ 1998, 427.

¹⁷³ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 22d; siehe z.B. OLG Stuttgart NStZ 1998, 427.

¹⁷⁴ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 15; OLG Köln, Beschl. vom 16.1.2006, Az.: 2 Ws 23/05 (juris).

¹⁷⁵ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 8; *Parigger*, NStZ 1986, 211, 212 mit Beispielen.

auffassung im Schrifttum mit einer einfachen Wahrscheinlichkeit begnügt.¹⁷⁶ Der deliktsspezifische Anwendungsbereich dieses Haftgrundes ist im Bereich der kleinen Kriminalität (Taten mit einer Strafandrohung von bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bis zu 180 Tagessätzen) nur eröffnet (§ 113 Abs. 2 StPO), wenn der Beschuldigte sich dem konkreten Verfahren bereits zuvor einmal entzogen hatte oder jetzt Anstalten zur Flucht getroffen hat (Nr. 1), wenn er in Deutschland keinen festen Wohnsitz oder keinen festen Aufenthalt hat (Nr. 2) oder wenn er außerstande ist, sich auszuweisen (Nr. 3). Die gesetzlichen Fluchtpräsumtionen – namentlich bei Verbrechen – wurden wie bereits erläutert 1964 abgeschafft.

Unter Zugrundelegung des Prognosemaßstabs der h.M. ist Fluchtgefahr auch schon im Vorfeld konkreter Fluchtvorbereitungen anzunehmen, wenn sich nach Gesamtabwägung aller relevanten – fluchtanreizenden¹⁷⁷ und fluchthemmenden¹⁷⁸ – Umstände des konkreten Falls eine höhere Wahrscheinlichkeit dafür ergibt, dass der Beschuldigte sich dem Verfahren entziehen wird, als dass er daran teilnimmt. Als „Entziehen“ soll dabei nicht nur die Flucht i.e.S., sondern jede dem Beschuldigten zurechenbare Handlung in Betracht kommen, die unter seiner billigen Inkaufnahme (subjektive Verfahrensvereitelungstendenz) zur Folge hat, dass er für das Verfahren dauerhaft oder für eine gewisse Zeit nicht zur Verfügung steht.¹⁷⁹

Wenngleich die Höhe der Straferwartung allein die Fluchtgefahr nicht zu begründen vermag (*e contrario* § 112 Abs. 3 StPO),¹⁸⁰ kommt ihr in der Gerichtspra-

¹⁷⁶ Für einfache Wahrscheinlichkeit OLG Karlsruhe StV 2001, 118, 119; OLG Koblenz StV 2002, 313, 314 f.; OLG Köln StV 1994, 582; 1996, 382; 1997, 642; *Parigger*, NSTZ 1986, 211, 212; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 211.2; *Wankel*, in: KMR, § 112 Rn. 6; *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 18. Für hohe Wahrscheinlichkeit *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 518; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 32; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 24; *Geppert*, JURA 1991, 270; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 515. Einen vollen Beweis fordern lediglich *Dahs*, NJW 1959, 509 f.; *ders.*, NJW 1965, 890; *Krekeler*, wistra 1982, 9.

¹⁷⁷ Insb. frühere Fluchtversuche, ungesicherte Wohn- oder Aufenthaltsverhältnisse, Beziehungen zu organisierter Kriminalität, Vermögen im Ausland, Drogenabhängigkeit; für weitere Bsp. aus der Rspr. siehe z.B. *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 20.

¹⁷⁸ Insb. starke familiäre oder berufliche Bindungen, hohes Alter, schlechter Gesundheitszustand; für weitere Bsp. aus der Rspr. siehe z.B. *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 21.

¹⁷⁹ *Schultheis*, NSTZ 2013, 87 f. m.w.N. Die h.M. ist etwa für die Berücksichtigung von Drogenmissbrauch siehe *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 210, 211.3; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 18 m.w.N.; a.A. *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 417. Die Berücksichtigung von Suizidgefahr wird dagegen von der h.M. abgelehnt, siehe OLG Oldenburg NJW 1961, 1984; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 37 m.w.N.; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 18; a.A. OLG Hamburg StV 1994, 142; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 18.

¹⁸⁰ *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 128; OLG Hamm NSTZ-RR 2000, 188; KG StV 1996.

xis eine herausgehobene Bedeutung zu.¹⁸¹ Maßgeblich ist dabei die tatsächlich zu erwartende Strafhöhe aus Sicht des Haftrichters, in dessen Prognoseentscheidung jedoch auch die subjektive Erwartung des Beschuldigten mit einzubeziehen ist.¹⁸² Dabei gilt, dass bei der Gesamt abwägung umso weniger Gewicht auf weitere Umstände gelegt zu werden braucht, je höher die Strafandrohung ist. Bei einer besonders hohen Strafandrohung soll sich die Prüfung sogar darauf beschränken dürfen, ob Umstände existieren, welche die durch sie indizierte Fluchtgefahr ausräumen können.¹⁸³ Im Ergebnis liegt darin jedenfalls faktisch eine Umkehr der Beweislast, indem aufgrund fragwürdiger Erfahrungssätze eine außergesetzliche Fluchtvermutung statuiert wird, die mit der Unschuldsvermutung kollidiert.¹⁸⁴

Bei Sachverhalten mit Auslandsbezug gilt zunächst das zum Haftgrund der Flucht (Nr. 1) Ausgeführte entsprechend, namentlich im Hinblick auf die sorgfältig zu prüfende subjektive Komponente. Allerdings wird teilweise bereits bei erkennbarem Willen, für die Zwecke des Verfahrens nicht freiwillig nach Deutschland zurückzukehren, Fluchtgefahr angenommen, obgleich hier eine bloße Untätigkeit vorliegt, die in Inlandsfällen im Vorfeld des § 230 StPO keinen Haftbefehl rechtfertigen würde.¹⁸⁵ Im Übrigen ist zu beachten, dass ein Auslandswohnsitz oder -vermögen alleine, ebenso wenig wie die Ausländereigenschaft als solche, zur Begründung von Fluchtgefahr geeignet ist.¹⁸⁶ Generell reicht es nicht aus, dass allein die äußeren Umstände für eine Flucht günstig sind; entscheidend ist, ob der Beschuldigte von ihnen Gebrauch machen will bzw. wird.

cc) Beweissicherung bei Verdunkelungsgefahr (Nr. 3)

Ziel der sogenannten Kollusionshaft ist die Sicherung der Sachverhaltsfeststellung gegen unlautere Beweismanipulationen durch den Beschuldigten. Sie ist zulässig, wenn sein Verhalten den dringenden Verdacht begründet, er werde, falls er nicht inhaftiert wird, eine der im Gesetz genannten Verdunkelungshandlungen mit der Folge vornehmen, dass die konkrete Gefahr einer Erschwerung der Wahrheitsfindung droht. Der Haftgrund entfällt daher, sobald er ein umfassendes und glaub-

¹⁸¹ Ausf. zum Ganzen *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 565 ff.; *Schultheis*, NSStZ 2013, 88 m.w.N.

¹⁸² KG StV 2012, 350.

¹⁸³ OLG Hamburg NSStZ 2004, 77; OLG Karlsruhe NJW 1978, 333; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 23; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 112 Rn. 16.

¹⁸⁴ *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 21; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 39; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 567 f.

¹⁸⁵ OLG Köln NSStZ-RR 2006, 22; OLG Hamm StV 2005, 35; a.A. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 33a m.w.N.; OLG Karlsruhe StV 1999, 36.

¹⁸⁶ OLG Köln StV 2003, 510; OLG Oldenburg StV 2010, 29; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 544, 549 ff., 561 ff.; *Schultheis*, NSStZ 2013, 88 m.w.N.; speziell im Hinblick auf EU-Bürger siehe *Gercke*, StV 2004, 675.

haftes Geständnis ablegt.¹⁸⁷ Mit Blick auf dieses geständnisorientierte Druckpotenzial soll dieser Haftgrund besonders missbrauchsanfällig sein.¹⁸⁸ Anders als die Anwesenheitssicherung war er bei Erlass der RStPO nicht unumstritten. Die Bedenken betrafen vor allem den *nemo tenetur*-Grundsatz und das Recht auf angemessene Verteidigung, sind aber inzwischen weitgehend der Einsicht gewichen, dass beide Aspekte hinter dem Ziel der Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Strafverfahrens zurücktreten müssen.¹⁸⁹ In der Praxis spielt die Kollusionshaft eine zweitrangige Rolle. Alleine oder gemeinsam mit anderen Haftgründen liegt sie deutlich weniger als 10 % der Haftfälle zugrunde. Bei Kleinkriminalität (§ 113 Abs. 1 StPO) ist sie ausgeschlossen.

Die Selbstbelastungsfreiheit verbietet es, die Verweigerung der Mitwirkung an der Sachverhaltsaufklärung zur Begründung von Verdunkelungsgefahr heranzuziehen (keine Beugehaft).¹⁹⁰ Ausstehende Ermittlungen rechtfertigen die Freiheitsentziehung nicht (keine Ermittlungshaft). Gleiches gilt für die (fast) nie auszuschließende abstrakte Gefahr einer Verdunkelung.¹⁹¹ Die im Einzelfall festzustellende hohe Wahrscheinlichkeit ist vielmehr aus konkreten Tatsachen im aktuellen oder früheren Verhalten des Beschuldigten abzuleiten, wobei be- und entlastende Umstände abzuwägen sind. Dem Charakter der vorgeworfenen Straftat darf wegen der sonst faktisch drohenden Beweislastumkehr keine ausschlaggebende Bedeutung zukommen.¹⁹² Die Indizwirkung früherer Verdunkelungshandlungen entfaltet sich nur, wenn künftig mit weiteren Beweismanipulationen zu rechnen ist (keine Prozessstrafe).¹⁹³ Streitig ist, ob die der Prognose zugrunde liegenden Tatsachen erwiesen sein müssen oder ob hier wie sonst eine hohe Wahrscheinlichkeit genügt.¹⁹⁴

Die drei in § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO aufzählten Beweisvereitelungshandlungen, auf deren Verhinderung das Gesetz zielt, haben abschließenden Charakter. Es han-

¹⁸⁷ OLG Stuttgart StV 2005, 225; vgl. aber auch OLG Frankfurt NJW 1960, 351, 352.

¹⁸⁸ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 42; *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 24; siehe auch die Bedenken von *Parigger*, NStZ 1986, 213 und *Weigend*, FS für Müller, S. 744 ff.

¹⁸⁹ Weiterführend *Thissen*, Verhaftungsrecht, 229 ff.; *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 100 ff. m.w.N.; nach wie vor abl. *Weigend*, FS für Müller, S. 744 ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, Rn. 419.2.

¹⁹⁰ OLG Düsseldorf NStZ-RR 2014, 218 f.: „Da Untersuchungshaft keine Beugehaft ist, darf Verdunkelungsgefahr nicht allein deshalb angenommen werden, weil der Besch. das Versteck der Beute nicht preisgibt.“

¹⁹¹ OLG Köln StV 1992, 383; OLG Hamm StV 1985, 114; OLG Düsseldorf StV 1997, 534; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 9; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 618 f.

¹⁹² OLG München NJW 1996, 941; *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 24.

¹⁹³ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 45; OLG Köln StraFo 1997, 279.

¹⁹⁴ Im letzteren Sinne OLG Bremen NJW 1955, 1891; 1962, 649; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 41; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 36; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 30a; a.A. *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 22; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 27.

delt sich um die Beeinträchtigung (sachlicher) Beweismittel durch Vernichtung, Veränderung, Beiseiteschaffung, Unterdrückung oder Fälschung (lit. a), um die gesetzlich nicht näher spezifizierte Einwirkung auf Mitbeschuldigte, Zeugen oder Sachverständige, sofern sie auf unlautere Weise geschieht (lit. b), sowie die Veranlassung Dritter zu den in lit. a und lit. b bezeichneten Handlungen (lit. c). Die erste Alternative wird per se, also unabhängig von Motivlage und zivilrechtlichen Eigentumsverhältnissen, als unlauter eingestuft.¹⁹⁵ In der zweiten, beweispersonenspezifischen Variante ist die Unlauterkeit im Einzelfall zu würdigen. Als zulässig erachtet wird dabei nicht nur die Besprechung mit einem Zeugen über den Tathergang, sondern auch die an ihn gerichtete Bitte, von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen.¹⁹⁶ Unzulässig sind dagegen Einwirkungen, die mit Beeinträchtigungen der Willensfreiheit verbunden (*unlauteres Mittel*, insb. Ausnutzung eines Abhängigkeitsverhältnisses, Täuschung oder Druckausübung) oder auf die Herbeiführung eines rechtswidrigen Verhaltens gerichtet (*unlauteres Ziel*, insb. Verleiten des Mitbeschuldigten zur Flucht oder Aufforderung des Zeugen zur Verletzung von Zeugenpflichten) sind.¹⁹⁷ Bei der Veranlassung Dritter (lit. c) ist unerheblich, ob diese gut- oder bösgläubig sind. Allen drei Verdunkelungsmodalitäten ist gemeinsam, dass sie nur durch aktives prozessordnungswidriges Verhalten mit entsprechender subjektiver Tendenz (Beweisvereitelungsvorsatz) verwirklicht werden können.¹⁹⁸ Welche der in lit. a bis c umschriebenen Verhaltensweisen konkret zu befürchten ist, braucht nicht abschließend festgestellt zu werden.¹⁹⁹

Führt die Prognose zu dem Ergebnis, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit eine Verdunkelungshandlung im obigen Sinne zu befürchten ist, so bedarf es schließlich der Prüfung, ob deren Vornahme im konkreten Fall die Gefahr einer Erschwerung der Wahrheitsfindung mit sich zu bringen droht. Daran mangelt es, wenn dem Verhalten eine entsprechende Eignung fehlt, was insbesondere dann der Fall ist, wenn die Tat bereits voll aufgeklärt ist und alle Beweise sichergestellt sind.²⁰⁰ Mit fortschreitendem Verlauf der Ermittlungen verringert sich daher die Verdunkelungsgefahr bzw. steigen umgekehrt die an sie zu stellenden Begründungsanforderungen.²⁰¹

¹⁹⁵ Nach *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 47 soll darunter auch der „Nachtrunk“ fallen.

¹⁹⁶ OLG Köln NJW 1959, 544; OLG Karlsruhe StV 2001, 686; OLG München StV 1995, 86; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 44 f.; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 212 ff.

¹⁹⁷ OLG Karlsruhe StV 2001, 118; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 37.

¹⁹⁸ OLG Köln StV 1997, 27; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 33.

¹⁹⁹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 45; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 34.

²⁰⁰ OLG Hamm StV 2002, 318; OLG Stuttgart StV 2005, 225; *Wankel*, in: KMR, § 112 Rn. 13.

²⁰¹ OLG Frankfurt StV 1993, 584; OLG Köln StV 1994, 582; *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 28; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 50.

c) Haftgrund der „besonderen Tatschwere“ (§ 112 Abs. 3 StPO)

aa) Begriff, Bedeutung und Voraussetzungen

1964 wurde gleichzeitig mit der Abschaffung der unter anderem für Verbrechen vorgesehenen gesetzlichen Fluchtvermutungen der Haftgrund der besonderen Tatschwere eingeführt. Legt man seinen Wortlaut zugrunde, so setzt er keinen Haftzweck und damit keinen Haftgrund im technischen Sinne voraus, sondern begnügt sich mit dem dringenden Verdacht einer der im Gesetz genannten Katalogtaten.²⁰²

Diesem wörtlichen Verständnis, wonach die Haft bei bestimmten Straftaten quasi automatisch möglich wäre, ist das BVerfG jedoch in seinem „Wencker-Beschluss“ entgegengetreten: Da jeder Grundrechtseingriff, um verhältnismäßig zu sein, einem verfassungslegitimen Zweck dienen muss, ist die Untersuchungshaft grundsätzlich nur zu dem Ziel zulässig, die vollständige Tataufklärung und rasche Bestrafung des Täters zu sichern. Sie erlaubt nicht die Vorwegnahme eines dem materiellen Strafrecht vorbehaltenen Rechtsgüterschutzes nach Art einer Strafe, sondern kommt grundsätzlich nur zur Gewährleistung eines geordneten Strafverfahrens und der Vollstreckung in Betracht. Weder die Schwere der Tat noch die der mutmaßlichen Schuld ist für sich allein imstande, die Haft zu rechtfertigen; erst recht nicht die Rücksicht auf eine im Fall der Nicht-Verhaftung zu befürchtende Erregung der Bevölkerung. Folglich bedarf es einer im Wege der verfassungskonformen Auslegung zu bewerkstellenden funktionalen Rückkoppelung an die in den anderen Haftgründen verkörperten Haftziele. Für deren Feststellung sollen jedoch mit Rücksicht auf die Schwere der Straftaten und um zu verhindern, dass sich gerade besonders gefährliche Täter der Bestrafung entziehen, weniger strenge Anforderungen gelten: Anstelle einer mit „bestimmten Tatsachen“ belegbaren Wahrscheinlichkeitsprognose reiche es aus, wenn nach den Umständen des Falls eine nicht auszuschließende Flucht- oder Verdunkelungsgefahr oder die ernstliche Befürchtung bestehe, der Beschuldigte werde weitere Verbrechen ähnlicher Art begehen.²⁰³

Die praktische Bedeutung des Haftgrunds ist – sicher auch vor dem Hintergrund dieser restriktiven Interpretationsmaßgabe – nicht sehr groß, werden doch kaum mehr als 1 % aller Haftbefehle (auch) auf ihn gestützt.²⁰⁴ Bei Tötungs- und Körperverletzungsdelikten kommt ihm die mit Abstand größte Relevanz zu, während die

²⁰² Völkermord (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB), terroristische Vereinigung (§§ 129a Abs. 1, 2, 129b StGB), Mord und Totschlag (§§ 211 f. StGB), schwere Körperverletzung (§ 226 StGB), besonders schwere Brandstiftung (§ 306b StGB), Brandstiftung mit Todesfolge (§ 306c StGB) und Herbeiführung einer Sprengstoffexplosion (§ 308 Abs. 1–3 StGB).

²⁰³ BVerfGE, 19, 342 (Ziff. III.1. und 3.); so auch BVerfG NJW 1966, 772.

²⁰⁴ Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 420; Schloth, Haftgründe, S. 83; Paeffgen, in: SK-StPO, § 112 Rn. 41b; a.A.: Schlothauer/Weider, Untersuchungshaft, Rn. 641 f.; Gebauer, Rechtswirklichkeit, S. 242.

so kontrovers diskutierten §§ 129a f. StGB als Anlasstaten kaum eine Rolle spielen.²⁰⁵

Der im Zuge diverser Gesetzesänderungen kontinuierlich erweiterte Straftatenkatalog in § 112 Abs. 3 StPO ist abschließend; er erfasst jedoch nach allgemeinen Grundsätzen auch den Versuch (§ 22 StGB) sowie sämtliche Teilnahmeformen (§§ 26, 27 StGB) einschließlich der versuchten Beteiligung (§ 30 StGB).²⁰⁶ Nicht einschlägig ist diese Regelung dagegen in den Fällen der §§ 213, 216 (minder schwerer Fall und Privilegierung), 323a StGB (Rauschtat) und bei den Anschlussdelikten der §§ 259, 260 StGB.²⁰⁷ Da § 112 Abs. 3 StPO keine *lex specialis* zu Abs. 2 oder § 112a StPO darstellt, können die dort normierten Haftgründe je nach Fall zusätzlich oder anstelle des Haftgrundes der Tatschwere herangezogen werden.²⁰⁸

Ob es sich bei der im Lichte der Vorgaben des BVerfG auszulegenden Regelung nun in dogmatischer Hinsicht um eine widerlegliche Vermutung und damit um eine „echte“ Beweislastumkehr handelt oder aber um eine „bloße“ Begründungserleichterung ist unklar, dürfte für den Beschuldigten im Ergebnis aber kaum einen Unterschied machen.²⁰⁹ Die mit ihr verbundene Lockerung der Prognoseanforderungen wirkt sich jedenfalls auf mehreren Ebenen zu seinem Nachteil aus: Erstens wird der Richter davon entbunden, die für das einschlägig erachtete Haftziel erforderliche, in §§ 112 Abs. 2, 112a StPO vertatbestandlichte Gefahrenlage anhand „bestimmter Tatsachen“ darzutun.²¹⁰ Zweitens wird der im Rahmen der Prognose anzulegende Wahrscheinlichkeitsgrad gesenkt, denn es reicht aus, dass eine verhältnismäßig geringe oder entfernte Wahrscheinlichkeit der Flucht, Verdunkelung oder Wiederholung besteht, sofern nicht nach den Umständen des Einzelfalls gewichtige Umstände dagegen sprechen.²¹¹ Drittens schließlich wird der Haftgrund der Wieder-

²⁰⁵ *Schloth*, Haftgründe, S. 83–85; *Anagnostopoulos*, Haftgründe, S. 120.

²⁰⁶ BGH NJW 1979, 419 (Versuch); *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 41; krit. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 52; a.A. *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 645 in Fällen obligatorischer Strafmilderung nach §§ 27 Abs. 2 Satz 2, 30 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 49 Abs. 1 StGB.

²⁰⁷ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 41; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 52; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 42a. Speziell zu § 213 StGB: OLG Köln StV 1996, 382; OLG Frankfurt StV 2001, 687; a.A. OLG Hamm NJW 1982, 2786.

²⁰⁸ *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 52; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 39.

²⁰⁹ Vgl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 42c. Für Ersteres OLG Düsseldorf MDR 1983, 152; OLG Bremen StV 1983, 288; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 53. Für Letzteres *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 42; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 38; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 51; *Wankel*, in: KMR, § 112 Rn. 23. Es dürfte einiges dafür sprechen, mit *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 29 f., beides zugleich anzunehmen.

²¹⁰ OLG Hamm NJW 1966, 2075; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 50.

²¹¹ OLG Karlsruhe StV 2010, 30; OLG Köln StV 1996, 386; OLG Frankfurt StV 2000, 374; OLG Hamm NJW 1966, 2075; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 42.

holungsgefahr für die in § 112 Abs. 3 StPO genannten Delikte von den ungleich restriktiveren Voraussetzungen des § 112a StPO abgekoppelt.²¹²

bb) Grundsätzliche Bedenken im Schrifttum

Die Annahme, dass eine *wörtliche* Auslegung von § 112 Abs. 3 StPO verfassungswidrig sei, erfreut sich seit jeher eines nahezu uneingeschränkten Konsenses. Dem vom BVerfG eingeschlagenen Weg über eine korrigierende Auslegung stehen weite Teile des Schrifttums dagegen bis heute ablehnend gegenüber; vielfach wird seine ersatzlose Streichung gefordert.²¹³ Abgesehen von dem Vorwurf, das Gericht habe mit seinen rätselhaften Vorgaben die durch den Wortlaut und den eindeutigen Willen des Gesetzgebers²¹⁴ gezogenen Grenzen einer methodologisch vertretbaren Gesetzesauslegung verlassen und unter Überschreitung seiner Kompetenzen eine gewaltenteilungswidrige Umdeutung des Gesetzes vorgenommen,²¹⁵ werden vor allem gegen die Regelung als solche – selbst in der veränderten Gestalt, die sie durch das BVerfG erlangt hat – tiefgreifende Bedenken vorgetragen.²¹⁶

§ 112 Abs. 3 StPO, dessen Nähe zum Haftgrund der „Erregung der Öffentlichkeit“ unübersehbar ist, sei rechtspolitisch verfehlt, weil er kriminalpolitischen Zwecken diene, die dem Recht der Untersuchungshaft wesensfremd seien und Missbrauchsmöglichkeiten eröffne.²¹⁷ Durch die nachträgliche Ausdehnung der Katalogtaten sei der lebensschuttspezifischen Gesetzesbegründung der Boden ent-

²¹² *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 53; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 42b; OLG Köln NJW 1996, 1686. Vgl. aber auch OLG Karlsruhe StV 2010, 30, wonach § 112 Abs. 3 StPO keine Haft zur Verhinderung der Tatvollendung erlaube. Das passt zwar zu dem Duktus von BVerfGE 19, 342, nicht jedoch zu dem von § 112a StPO, der neben der Verhinderung der Wiederholung auch die der Fortsetzung der Tat umfasst.

²¹³ *Weigend*, FS für Müller, S. 751 („ganz überwiegende Meinung“); *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 29 f.; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 42c; *Wolter*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 103 f.; a.A. *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 214; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 41; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 38; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 49.

²¹⁴ Vgl. die in BVerfGE 19, 342 wiedergegebene Stellungnahme des BMJ, wonach „der besondere Haftgrund des § 112 Abs. 4 StPO [...] keine modifizierte Aufrechterhaltung des alten § 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO [sei], der bei Verbrechen den Fluchtverdacht gesetzlich vermutete, sondern [...] auch dann in Betracht [komme], wenn Fluchtverdacht oder Verdunkelungsgefahr gerade nicht vorlägen. Der hohe Respekt vor dem Rechtsgut des menschlichen Lebens, das das höchste Schutzgut unserer Gesellschaftsordnung sei, habe den Gesetzgeber veranlasst, diesen Haftgrund einzuführen, der besonders dann herangezogen werden könne, wenn kein ‚klassischer‘ Haftgrund vorliege“ (H.d.d.A.).

²¹⁵ Z.B. *Weigend*, FS für Müller, S. 750 m.w.N.; a.A. *Krey*, JZ 1978, 367.

²¹⁶ Ausf. *Paeffgen*, Vorüberlegungen, S. 111 ff.; siehe auch *Weigend*, FS für Müller, S. 751.

²¹⁷ *Deckers*, in: AK-StPO, § 112 Rn. 29 m.w.N.; *Müller*, Präventive Freiheitsentziehung, S. 231 f.

zogen worden und eine in sich inkohärente Regelung entstanden.²¹⁸ Die in ihrem restriktiven Grundanliegen zu begrüßende Entscheidung des BVerfG habe eine Beweislastumkehr eingeführt, die dem geltenden Strafprozessrecht fremd sei.²¹⁹ Mitunter wird gar diese Beweiserleichterung selbst als verfassungswidrig erachtet, da sie ihre alleinige „Legitimation“ aus der Schwere einer Tat schöpfe, derer der Beschuldigte lediglich verdächtigt wird und derentwegen die Öffentlichkeit zu beruhigen sei (Verstoß gegen Unschuldsvermutung und Unverhältnismäßigkeit).²²⁰

d) Vorbeugung von Straftaten bei Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO)

aa) Begriff, Bedeutung und Voraussetzungen

Die gleichzeitig mit dem Haftgrund der Tatschwere in § 112 StPO eingefügte und 1972 in § 112a StPO verselbstständigte Wiederholungsgefahr erlaubt den (subsidiären, Abs. 2) Einsatz der Untersuchungshaft als „Sicherungshaft“. Ihr Ziel ist weniger die Verfahrenssicherung als vielmehr der Schutz der Allgemeinheit und des Opfers vor weiteren Straftaten besonders gefährlicher Täter. Funktional handelt es sich somit um eine vorbeugende Maßnahme präventiv-polizeilicher Natur.²²¹ Die Praxis hatte sich freilich bereits vor ihrer gesetzlichen Anerkennung einer – bis dato für Verbrechen vorgesehenen und 1964 entfallenen – Fluchtpräsumtion bedient, um den Haftgrund der Fluchtgefahr bei Bedarf mit entsprechenden gefahrenabwehrrichtlichen Funktionen aufzuladen (apokrypher Haftgrund).²²²

Der Anwendungsbereich des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr ist auf die in Nr. 1 („Sittlichkeitsdelikte“)²²³ und Nr. 2 („Serienkriminalität“ – seit 1972)²²⁴ abschließend aufgezählten Katalogtaten beschränkt; außer der Teilnahme- und Versuchsstrafbarkeit (§§ 22, 26, 27, 30 StGB) sollen jedoch auch Rauschtaten (§ 323a

²¹⁸ Weigend, FS für Müller, S. 751; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 10. Für Einzelheiten zur Gesetzgebungsgeschichte siehe Schloth, Haftgründe, S. 71 ff.; Wehner, Haftgründe, S. 137 ff.

²¹⁹ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 53; Deckers, in: AK-StPO, § 112 Rn. 29.

²²⁰ Paeffgen, in: SK-StPO, § 112 Rn. 43a; a.A. Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 233.

²²¹ Zu Begriff und Funktion Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 9. Zur Historie Schloth, Haftgründe, S. 26 ff.; Paeffgen, in: SK-StPO, § 112a Rn. 2; Baumann, JZ 1969, 134.

²²² Schmitt, JZ 1965, 194; Paeffgen, in: SK-StPO, § 112 Rn. 2a.

²²³ Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung nach §§ 174, 174a, 176–179 und seit 2007 schwere Fälle des Stalkings nach § 238 Abs. 2 StGB (sog. Deeskalationshaft).

²²⁴ Besonders schwerer Landfriedensbruch (§ 125a StGB), Körperverletzungsdelikte (§§ 224–227 StGB), bestimmte Eigentums- und Vermögensdelikte (§§ 243, 244, 249–255, 260, 263, 316a StGB), Brandstiftung (§§ 306–306c StGB), Betäubungsmittelkriminalität (§ 29 Abs. 1 Nr. 1, 4, 10, Abs. 3, §§ 29a Abs. 1, 30 Abs. 1, 30a Abs. 1 BtMG) und, seit 2009, Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (§ 89a StGB).

StGB) erfasst sein.²²⁵ Neben dem dringenden Tatverdacht hinsichtlich einer dieser Katalogtaten (sog. Anlasstat als retrospektives Element) müssen bestimmte Tatsachen die Gefahr begründen, dass der Beschuldigte vor rechtskräftiger Aburteilung weitere Straftaten gleicher Art begehen oder die Straftat fortsetzen wird (sog. Wiederholungsgefahr als prognostisches Element); darüber hinaus muss die Haft erforderlich sein (Verhältnismäßigkeit). Dieser „Grundtatbestand“ wird in Hinblick auf sein retrospektives Element qualifizierten Voraussetzungen unterworfen, soweit der Haftgrund auf Katalogtaten nach Nr. 2 gestützt werden soll. – Die in der Praxis vergleichsweise seltene Anwendung der Sicherungshaft wird mitunter auf die daraus resultierende Komplexität der gesetzlichen Regelung zurückgeführt.²²⁶ Dennoch wurden 2011 immerhin 6,4 % der Haftbefehle (auch) auf § 112a StPO gestützt. Die Mehrzahl der Fälle (82,5 %) betraf dabei Delikte i.S.d. Nr. 2.

Bei den in Nr. 1 aufgeführten Katalogtaten soll ein besonders schutzbedürftiger Kreis der Bevölkerung vor schweren Schädigungen bewahrt werden. Außerdem legt bereits die erstmalige Begehung dieser Delikte einen Persönlichkeitsdefekt nahe, der künftige Verfehlungen ähnlicher Art befürchten lässt. Daher begnügt sich das Gesetz hier mit dem Vorliegen des oben umrissenen „Grundtatbestands“.²²⁷ Da hingegen mit der Regelung in Nr. 2 nur der vorbeugende Schutz vor gefährlichen Serientätern bezweckt wird, kommt dem dringenden Verdacht, eine der darin aufgeführten Katalogtaten begangen zu haben, noch nicht automatisch die Eignung als Anlasstat zu. Vielmehr müssen hier kraft Gesetzes drei zusätzliche Voraussetzungen erfüllt sein:²²⁸ Erstens muss der Beschuldigte dringend verdächtig sein, eine der Taten wiederholt oder fortgesetzt begangen zu haben. Die „wiederholte Begehung“ setzt dabei voraus, dass er wenigstens zweimal durch rechtlich selbstständige Handlungen den Tatbestand derselben in Nr. 2 gelisteten Strafvorschrift – oder eines gleichartigen Qualifikationstatbestands²²⁹ – verwirklicht hat. Unschädlich ist, wenn das konkrete Verfahren nur eine der Taten zum Gegenstand hat und die andere entweder schon früher verfolgt und ggf. rechtskräftig abgeurteilt wurde oder aktuell anderweitig verfolgt wird (so nun auch explizit § 112a Abs. 1 Satz 2 StPO).²³⁰ Zweitens muss es sich bei der wiederholt oder fortgesetzt begangenen Tat um „eine die Rechtsordnung schwerwiegend beeinträchtigende Straftat“ handeln. Den dazu erforderlichen Schweregrad muss jede einzelne Tat aufweisen. Die Bewertung richtet sich nach dem Unrechtsgehalt der Tat, insbesondere nach Art und

²²⁵ OLG Hamm NJW 1974, 1667; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 112a Rn. 4; a.A. *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112 Rn. 5; *Deckers*, in: AK-StPO, § 112a Rn. 9.

²²⁶ Vgl. *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 646.

²²⁷ *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112a Rn. 6; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 17.

²²⁸ *Graf*, in: KK-StPO, § 112a Rn. 6; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 17.

²²⁹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 27; a.A. *Posthoff*, in: HK-StPO, § 112a Rn. 12.

²³⁰ Zum Meinungsstand vor 2009 siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 30.

Ausmaß des Schadens.²³¹ Drittens schließlich muss nach vorläufiger Prognose im konkreten Fall eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr zu erwarten sein.

Die Wiederholungsgefahr als solche wird nach übereinstimmenden Grundsätzen beurteilt, seitdem 1994 die bis dato für Nr. 2 vorausgesetzte einschlägige Vorstrafe weggefallen ist. Die Prognose muss eine hohe Wahrscheinlichkeit für weitere erhebliche Straftaten gleicher Art ergeben, also solche, die mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität angehören und mit der Anlasstat in Erscheinungsbild bzw. rechtsethischer und psychologischer Hinsicht vergleichbar sind.²³² Ebenfalls für beide Deliktskataloge einheitlich gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Abs. 1 Satz 1), die in Abs. 2 angeordnete Subsidiarität gegenüber den Haftgründen nach § 112 sowie die zeitliche Obergrenze für den Vollzug eines ausschließlich auf § 112a StPO gestützten Haftbefehls von maximal einem Jahr (§ 122a StPO).

bb) Grundsätzliche Bedenken im Schrifttum

Der Hauptvorwurf der Lehre richtet sich gegen die Systemfremdheit dieses seiner Natur nach präventiven Haftgrundes in einem primär auf Wahrheitsfindung ausgerichteten Strafprozessrecht (Fremdkörperthese). Mit der auf Verfahrenssicherung angelegten Untersuchungshaft habe er außer dem Namen nichts gemeinsam. Vielmehr handele es sich um eine ihr wesensfremde, gefahrenabwehrrechtliche Maßnahme *sui generis*, die als Sicherungs-, Vorbeuge- oder Präventivhaft systematisch dem Polizeirecht zuzuordnen sei, und wenn schon nicht dort, so zumindest in gebührendem Abstand zu § 112 StPO – etwa bei § 126a StPO – hätte verortet werden müssen.²³³ Eine Mindermeinung entnimmt dem Haftgrund dagegen eine – mehr als nur mittelbar-reflexartige – verfahrenssichernde Finalität, indem sie die Verhinderung gleichartiger Straftaten während des laufenden Verfahrens als Verfahrenszweck i.w.S. anerkennt. Dafür spreche neben Effizienz- und Praktikabilitätsgründen, dass die Prävention der StPO mit ihren vorläufigen Maßregeln auch sonst nicht per se fremd sei.²³⁴ Hinzu komme, dass die strafprozessualen Eingriffs-

²³¹ Posthoff, in: HK-StPO, § 112a Rn. 8–10; siehe OLG Frankfurt StV 2010, 31.

²³² Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 112a Rn. 11; Graf, in: KK-StPO, § 112a Rn. 19. Vgl. dagegen § 71 Abs. 2 JGG, wo weder bestimmte Tatsachen noch bestimmte gleichartige Straftaten erforderlich sind; krit. Eisenberg, JGG, § 71 Rn. 7a. Zur fortbestehenden Bedeutung von Vorstrafen für die Prognose siehe OLG Frankfurt StV 2010, 583.

²³³ H.L. Baumann, JZ 1969, 138; Deckers, in: AK-StPO, § 112 Rn. 3 ff.; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 9 ff.; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 11; Wolter, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 102 f.; Schmitt, JZ 1965, 194. Keine Bedenken äußern dagegen Wankel, in: KMR, § 112a Rn. 2 f.; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 112a Rn. 1.

²³⁴ Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 421. Vgl. auch Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 229; Schroeder, JZ 1985, 1032. Ähnlich Schloth, Haftgründe, S. 137 f., die aber auf die Normstabilisierung als Verfahrenszweck abhebt; krit. zu diesem Ansatz Weigend, FS für Müller, S. 743: Unvereinbarkeit mit Unschuldsvermutung.

befugnisse wegen der Zunahme materieller Vorfeldkriminalisierungen und der durch sie bedingten Verwischung von Prävention und Repression ohnehin immer häufiger vorbeugend wirken und entsprechende Zwecke zwangsläufig mitverfolgen.²³⁵ Angesichts der in den Grenzen der Verfassung bestehenden Befugnis des Gesetzgebers zur Umfunktionierung von Rechtsinstituten dürfte denn auch der Einwand, es handele sich bei der auf Wiederholungsgefahr gestützten Haft gar nicht um „Untersuchungshaft“ i.e.S., an Gewicht verlieren; dies umso mehr, als die Bezeichnung ohnehin missverständlich ist, weil „Untersuchung“ nicht funktional, sondern zeitlich zu verstehen ist (siehe oben A.1.).

Ungeachtet der fortbestehenden systematischen Bedenken der h.M. teilt diese heute – jedenfalls im Ergebnis – den Standpunkt des BVerfG zur grundsätzlichen Verfassungsmäßigkeit dieses Haftgrundes.²³⁶ Stellt man die beiden einschlägigen Judikate gegenüber, so fällt auf, dass sich die Akzente bei der Herausarbeitung der verfassungsrechtlichen Rechtfertigung, die inhaltlich vor allem im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit seinem Erfordernis eines verfassungslegitimen Zwecks Probleme bereitet, verschoben haben: Im Wencker-Beschluss von 1965 hatten die Verfassungsrichter die fehlende verfahrenssichernde Zielsetzung bei dem seinerzeit noch auf Sittlichkeitsdelikte beschränkten Haftgrund der Wiederholungsgefahr nur deshalb für unschädlich befunden, weil „es hier um die Bewahrung eines besonders schutzbedürftigen Kreises der Bevölkerung vor mit hoher Wahrscheinlichkeit drohenden schweren Straftaten geht“ und weil es „[...] zweckmäßiger [erscheint], diesen Schutz den bereits mit der Aufklärung der begangenen Straftat befassten Strafverfolgungsbehörden und damit dem Richter anzuvertrauen als der Polizei.“²³⁷ In der zweiten, aus dem Jahr 1973 datierenden Entscheidung des BVerfG, in der die Erweiterung auf die in Nr. 2 genannten Fälle der Serienkriminalität zu prüfen war, fehlt dagegen die den Wencker-Beschluss prägende Kernaussage, wonach Untersuchungshaft grundsätzlich nur zur Verfahrenssicherung zulässig sei. Stattdessen wird „das übergreifende Interesse der Rechtsgemeinschaft an wirksamer Verbrechensbekämpfung“ explizit als Bestandteil der Aufgabe zur Gewährleistung einer funktionsfähigen Strafrechtspflege bzw. einer wirksamen Strafverfolgung anerkannt.²³⁸ Mit anderen Worten: „Prävention“ wird offenbar als zulässiges Element der „Repression“ hingenommen und so zu einem verfassungsrechtlich legitimen Haftzweck aufgewertet.

²³⁵ Vgl. Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 137 ff., 229. Siehe auch Albrecht, FS für Trechsel, S. 363 f.

²³⁶ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 112a Rn. 1; Graf, in: KK-StPO Rn. 2; Wankel, in: KMR, § 112a Rn. 2; Posthoff, in: HK-StPO, § 112 Rn. 2; Müller, Präventive Freiheitsentziehungen, S. 229 f.; Schlüchter, Strafverfahren, S. 187 ff.; Kühne, Strafprozessrecht, Rn. 421; a.A. Paeffgen, in: SK-StPO, § 112 Rn. 4; sehr krit. auch Deckers, in: AK-StPO, § 112 Rn. 3–7; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 12: „rechtsstaatlich unerträglich“.

²³⁷ BVerfGE 19, 342 (Ziff. III.3).

²³⁸ BVerfGE 35, 185 (Ziff. II.2.b).

Zugleich definiert das BVerfG jedoch die Grenzen, die dem Gesetzgeber bei der Definition des Anwendungsbereichs dieses Haftgrundes gezogen sind:

„Bei dem [...] ‚Anlassdelikt‘ muss es sich um eine Straftat handeln, die schon nach ihrem gesetzlichen Tatbestand einen erheblichen, in der Höhe der Strafordrohung zum Ausdruck kommenden Unrechtsgehalt aufweist und den Rechtsfrieden empfindlich stört. Der Bereich der ‚kleinen Kriminalität‘, zu dem [...] auch noch die Vergehen der in § 113 Abs. 1 StPO bezeichneten Art gehören, scheidet von vornherein aus. [...] Darüber hinaus muss [...] die Tat [...] auch in ihrer konkreten Gestalt, insbesondere nach Art und Ausmaß des angerichteten Schadens, die Rechtsordnung schwerwiegend beeinträchtigt[en] und im Einzelfalle eine hohe Straferwartung begründe[n]. [...] Weiterhin ist zu fordern, dass auch die Straftaten, denen die Haftanordnung vorbeugen soll, in dem beschriebenen Sinne erheblich sind.“²³⁹

(Nur) Unter dieser Prämisse begründet der dringende Verdacht der Anlasstat die für eine (Annex-)Bundesgesetzgebungskompetenz erforderliche strafprozessuale Anknüpfung,²⁴⁰ ohne dabei den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu verletzen. Schon wegen seiner ausdrücklichen Anerkennung in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK bewirkt der Haftgrund als solche keinen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung aus Art. 6 Abs. 2 EMRK (zur verfassungsrechtlichen Perspektive siehe oben I.B.2.c.bb.).²⁴¹

e) Sonderfälle der Anwesenheitssicherung: Ungehorsams- und Hauptverhandlungshaft (§§ 230 Abs. 2, 127b Abs. 2 StPO)

Sowohl bei der Ungehorsams- als auch bei der Hauptverhandlungshaft handelt es sich um Spezialfälle der Untersuchungshaft zwecks Anwesenheitssicherung. Die Ungehorsamshaft basiert auf dem Grundsatz der notwendigen Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung (§ 230 Abs. 1 StPO). Sie kann gegen den dort „ausgebliebenen Angeklagten“ verhängt werden, wenn das Ausbleiben „nicht genügend entschuldigt“ ist. Zweck ist nicht die Sanktionierung der Nichtbefolgung der Ladung, sondern die Sicherstellung der für die Durchführung des Strafprozesses erforderlichen Präsenz des Angeklagten.²⁴² Ein „Ausbleiben“ liegt nicht nur dann vor, wenn dieser in (Teilen) der Hauptverhandlung nicht körperlich anwesend ist, sondern auch dann, wenn er sich nicht zu erkennen gibt oder (insb. alkohol- oder drogenbedingt) verhandlungsunfähig ist.²⁴³ Ob eine „genügende Entschuldi-

²³⁹ Ebda.

²⁴⁰ Vgl. BVerfG NJW 2004, 750; dazu *Knauer/Reinbacher*, StV 2008, 380; so i.E. auch *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 11; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112a Rn. 4.

²⁴¹ Ganz h.M., siehe *Graf*, in: KK-StPO, § 112a Rn. 3; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 112a Rn. 1; *Baumann*, JZ 1969, 136; a.A. *Deckers*, in: AK-StPO, § 112a Rn. 6.

²⁴² Vgl. BVerfG NJW 2007, 2318, 2319: „Sicherung der Weiterführung und Beendigung eines begonnenen Strafverfahrens“; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 230 Rn. 21; zu Besonderheiten im Strafbefehlsverfahren siehe KG NSTZ-RR 2014, 378.

²⁴³ Siehe im Einzelnen die Nachweise zur Rspr. bei *Becker*, in: Löwe-Rosenberg, § 230 Rn. 17–19; *Gmel*, in: KK-StPO, § 230 Rn. 3; a.A. bzgl. der Gleichstellung der Verhandlungsunfähigkeit *Welp*, JR 1991, 267.

gung“ besteht, wird danach bestimmt, ob dem Angeklagten unter Abwägung aller dem Gericht erkennbaren Umstände des Einzelfalls billigerweise ein Vorwurf gemacht werden kann. So kommt es etwa bei der Verhandlungsunfähigkeit darauf an, ob der Angeklagte den Zustand in vorwerfbarer Weise herbeigeführt hat.²⁴⁴ Voraussetzung für den Zwangsmittel Einsatz ist schließlich eine ordnungsgemäße Ladung mit der Warnung nach § 216 Abs. 1 StPO, die im Ausland wegen der völkerrechtlichen Unzulässigkeit der Androhung von Zwangsmitteln ausscheidet.²⁴⁵

Die – rechtspolitisch umstrittene – Hauptverhandlungshaft (§ 127b Abs. 2 StPO), die der Anwesenheitssicherung zwecks Durchführung des beschleunigten Verfahrens (§§ 417 ff. StPO) dient, führt zu einer gegenüber § 230 Abs. 2 StPO vorgelagerten Inhaftierungsbefugnis, da das Ausbleiben in der Hauptverhandlung nicht erst abgewartet werden muss. In seinen tatbestandlichen Voraussetzungen knüpft der Haftbefehl an das vorläufige Festnahmerecht nach Abs. 1 an: Neben der Wahrscheinlichkeit der unverzüglichen Entscheidung im beschleunigten Verfahren muss das Fernbleiben in der Hauptverhandlung aufgrund bestimmter Tatsachen zu befürchten sein (siehe oben II.B.3.d.). In Konkretisierung der erstgenannten Festnahmevoraussetzung muss „die Durchführung der Hauptverhandlung binnen einer Woche nach der Festnahme zu erwarten“ sein, wobei die Berechnung der Wochenfrist umstritten ist.²⁴⁶

f) Zusammenfassung zu den Anordnungszwecken

Die gesetzlichen Haftgründe haben abschließenden Charakter. Alleine aus ihnen ergeben sich die zulässigen Ziele, die mit der Anordnung der Untersuchungshaft verfolgt werden dürfen. Sieht man vom vorliegend nicht interessierenden Sonderfall der Vollstreckungssicherung ab (vgl. §§ 124 Abs. 1, 453c, 457 StPO), so handelt es sich in erster Linie um Zwecke der Verfahrenssicherung („Verfahrensprävention“), namentlich Anwesenheits- (§§ 112 Abs. 2 Nr. 1, 2, 127b, 230 StPO) und Beweissicherung (§ 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO), subsidiär aber auch um solche der Gefahrenabwehr („materielle Prävention“), namentlich Verhinderung der Wiederholung oder Fortsetzung bestimmter Straftaten (§ 112a StPO; siehe auch die ehemalige Nr. 1 UVollzO).²⁴⁷

Die im Schrifttum vertretene Auffassung, wonach die Freiheitsentziehung im Fall des § 112a StPO wegen ihrer präventiv-polizeilichen Zielsetzung mit Untersu-

²⁴⁴ OLG Düsseldorf NSTZ 1990, 295; Pfeiffer, StPO, § 230 Rn. 3.

²⁴⁵ OLG Köln NSTZ-RR 2006, 22; Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 230 Rn. 18.

²⁴⁶ Einigkeit besteht über die Unanwendbarkeit von § 43 Abs. 2 StPO. Im Übrigen wird zum Teil § 43 Abs. 1 StPO angewandt (Meyer-Göbner/Schmitt, StPO, § 127b Rn. 18), während eine a.A. den fristauslösenden Tag mit einbezieht (z.B. Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 11).

²⁴⁷ Siehe nunmehr etwa die wortlautgleichen § 2 UVollzG Bln und § 2 ThürUVollzG.

chungshaft „nichts zu tun“ habe,²⁴⁸ ist zwar vor dem Hintergrund der – auch vom historischen Gesetzgeber erkannten²⁴⁹ – Systemwidrigkeit der „Sicherungshaft“ nachvollziehbar. Mit dem geltenden Recht ist sie indes nicht in Einklang zu bringen: Die bewusste Entscheidung des Gesetzgebers *gegen* eine selbstständige Normierung, etwa als „Vorbeugehaft“ in § 126b StPO, und *für* die mit der Einführung dieses Haftgrunds verbundene Umfunktionierung des Rechtsinstituts ist vielmehr hinzunehmen,²⁵⁰ da sie wie bereits gesehen nach h.M. verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist. Dass es nicht um „Untersuchung“ geht, ist rechtlich ohne Belang, zumal der Begriff „Untersuchungshaft“ nicht funktional, sondern temporal zu verstehen und seit dem Wegfall der gerichtlichen Voruntersuchung historisch überholt ist.²⁵¹

Außer Frage steht, dass die Untersuchungshaft nicht als vorweggenommene Strafe oder zur Verfolgung erzieherischer Gründe eingesetzt werden darf (Unschuldsvermutung), ebenso wenig wie ihre Anordnung zu dem Ziel zulässig ist, das Aussageverhalten des Beschuldigten zu beeinflussen oder allgemein die Ermittlungen zu erleichtern (Selbstbelastungsfreiheit).²⁵² Wenngleich sich aus dem Haftgrund der Verdunkelungsgefahr ergibt, dass die Sicherung der Tataufklärung und der dazu erforderlichen Beweise zulässiges Ziel der Haft ist, scheidet ihr Einsatz zur Beweiserhebung, namentlich als gezielte Ermittlungsmaßnahme – etwa im Wege der Einschleusung eines Mithäftlings in die Zelle des Beschuldigten zwecks seiner Aushorchung – als unzulässige Umgehung des Schweigerechts aus.²⁵³

Die rechtliche Unzulässigkeit solcher Erwägungen darf indes nicht zu dem Schluss verleiten, dass sie in der Haftpraxis auch faktisch keine Rolle spielen würden. Es liegt schon in der Natur dieser Zwangsmaßnahme, dass sie über ihren unmittelbaren Zweck hinausgehende Wirkungen entfaltet, indem sie sich etwa auf das Aussageverhalten und die Geständnisbereitschaft des Betroffenen auszuwirken vermag (Geständnisdruck).²⁵⁴ Der Richter braucht sich diesem Effekt bei der

²⁴⁸ *Baumann*, JZ 1969, 138; *Deckers*, in: AK-StPO, § 112a Rn. 3 ff.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 9 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 11; *Wolter*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 102 f.; *Schmitt*, JZ 1965, 194; *Seebode*, Untersuchungshaft, S. 74 ff.

²⁴⁹ Vgl. die bei *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112a Rn. 9 wiedergegebenen Ausführungen des damaligen Bundesjustizministers *Ewald Bucher*, BT-Drucks. V, 3633.

²⁵⁰ Ähnlich *Graf*, in: KK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 11; *Schroeder*, JuS 1990, 177; *ders.*, JZ 1985, 1029, 1031 f.; *Posthoff*, in: HK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 9.

²⁵¹ *Schroeder*, JuS 1990, 177; *ders.*, JZ 1985, 1029, 1031 f.; vgl. dagegen *Baumann*, JZ 1969, 138 sowie *Deckers*, in: AK-StPO, § 112a Rn. 3, die beide (auch) darauf abheben, dass dieser Haftgrund nicht „der Untersuchung“ diene.

²⁵² LG Bad Kreuznach StV 1993, 629 f., 633; OLG Frankfurt StV 1992, 583; *Graf*, in: KK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 12; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 7; *Weigend*, FS für Müller, S. 739 f.; *Posthoff*, in: HK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 7.

²⁵³ BGHSt 34, 362; *Wankel*, in: KMR, Vor § 112 Rn. 3.

²⁵⁴ *Eidam*, StV 2005, 202; *Seebode*, Untersuchungshaft, S. 67.

Haftanordnung nicht wider besseres Wissen zu verschließen, darf ihn jedoch nicht in seine Haftentscheidung einfließen und auf diese Weise kausal werden lassen.²⁵⁵ Dennoch besteht kein Zweifel, dass in der Praxis neben den offiziellen Haftzielen seit jeher auch sogenannte apokryphe – also inoffizielle, geheime und offensichtlich unzulässige – Haftgründe existieren, die sich entweder hinter den bewusst nur vorgeschobenen Haftgründen verbergen oder die Haftbegründung bewusst oder unbewusst ergänzen und auf diese Weise in die Ermessensausübung einfließen (Ermessensfehlgebrauch). Begünstigt wird ein solcher „Etikettenschwindel“ durch die Interpretationsspielräume, die die gesetzlichen Bestimmungen dem Richter bei der Haftentscheidung belassen und deren Ausfüllung – die oftmals im Wege stereotyper Begründungen erfolgt – sich vielfach einer objektiven Richtigkeitskontrolle entzieht.²⁵⁶ Hinzu kommt die enge Auslegung des § 136a StPO in der Rechtsprechung des BGH (siehe unten E.3.a.aa.).²⁵⁷ Über die Verbreitung dieser missbräuchlichen Haftziele, die zu einer faktischen Umfunktionierung der Untersuchungshaft führen,²⁵⁸ lassen sich naturgemäß keine verlässlichen Angaben machen. Während einige Autoren eher von Einzelfällen ausgehen, nehmen andere eine beträchtliche Häufigkeit an.²⁵⁹ Obgleich es erfahrungsgemäß typische Anzeichen, Täterkreise, Taten und tatbezogene Umstände gibt, bei denen apokryphe Haftgründe vergleichsweise häufig auftreten, bleiben sie doch auch dort nur selten nachweisbar und stellen die Verteidigung wegen ihrer schwierigen (An-)Greifbarkeit vor besondere Probleme.²⁶⁰

Neben dem in der Haftpraxis wohl am weitesten verbreiteten Missbrauch der Untersuchungshaft als Mittel zur Förderung der Aussagebereitschaft (unzulässige Beugehaft)²⁶¹ soll diese Freiheitsentziehung unter anderem zu den folgenden Zielen zweckentfremdet werden: zur Förderung der Kooperationsbereitschaft (Aufklärungshilfe, insb. im Hinblick auf Tatbeiträge Dritter); zur Erleichterung der Ermittlungen (insb. Verhärtung der Verdachtsmomente); zur Verfahrensvereinfachung und -beschleunigung; zur Förderung der Therapie- und Behandlungsbereitschaft (ggf. über § 116 StPO); zur Krisenintervention, Abschreckung und Erziehung (Anstoßen von Lernprozessen, insb. bei jüngeren Straftätern; Ersatz für die kurze

²⁵⁵ Vgl. *Oehler*, JR 1983, 515; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 1.

²⁵⁶ *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 661; *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 248. Das Ziel, die apokryphen Haftgründe mit der Einführung des Haftgrundes der besonderen Tatschwere zurückzudrängen, erinnert unweigerlich an den „Selbstmord aus Angst vor dem Tod“ (nach *Weigend*, FS für Müller, S. 750 Fn. 39).

²⁵⁷ *Eidam*, StV 2005, 203.

²⁵⁸ *Seebode*, StV 1989, 119 bei Fn. 13 m.w.N.

²⁵⁹ *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 628; siehe auch *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 661.

²⁶⁰ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 54; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 21 f.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 662 f.

²⁶¹ Die geläufigen Redewendungen wie „Der sitzt auf Geständnis“, „U-Haft bewirkt Rechtskraft“, „U-Haft schafft Fakten“ oder „Weichkochen“ sind vielsagend.

Freiheitsstrafe); zur Vorbereitung aufenthaltsrechtlicher Maßnahmen; zur Befriedigung der öffentlichen Meinung („Denkzettel“, wenn Strafaussetzung zur Bewährung wahrscheinlich erscheint oder der Ausgang des Verfahrens – insb. bei Wirtschaftskriminalität – noch ungewiss ist); als sofortige Strafe; als Sanktion für die Verweigerung der Mitwirkung an der Tataufklärung (Schweigen) und schließlich als Konzession an die Ermittlungsbehörden (Beziehungspflege).²⁶² Recht und Rechtswirklichkeit liegen in all diesen Fällen weit auseinander.

4. Form und Verfahren

a) Form der Anordnung (§ 114 StPO)

Formelle Voraussetzung der Untersuchungshaft ist die ausdrückliche Anordnung in einem schriftlichen Haftbefehl (§ 114 Abs. 1 StPO). Dieser bildet die Rechtsgrundlage für seine Vollstreckung und für Fahndungsmaßnahmen und muss den in § 114 Abs. 2, 3 StPO aufgeführten Inhalt haben (*lex specialis* zu § 34 StPO).²⁶³ Sinn und Zweck der Begründung ist neben der Unterrichtung des Beschuldigten auch die Ermöglichung einer gerichtlichen Nachprüfung sowie die Selbstkontrolle des Richters.²⁶⁴ Gleichwohl wird das verbreitete Prozedere der bloßen Abzeichnung eines vom Staatsanwalt vorformulierten Antrags nicht beanstandet.²⁶⁵

Für die Bezeichnung der Tat (Abs. 2 Nr. 2) reicht eine knappe Darstellung. Sie muss aber so genau sein, dass der Lebensvorgang eindeutig erkennbar ist, aus dem sich der gegen den Beschuldigten erhobene Tatvorwurf (Zeit und Ort der Tat, Tatbestandsmerkmale) nach Umfang und Tragweite ergibt. Die Bezugnahme auf nicht beigelegte Urkunden oder Aktenbestandteile ist unzulässig.²⁶⁶ Ob die Haft wegen sämtlicher Taten angeordnet werden muss, die den Gegenstand des Strafverfahrens bilden, oder ob sie auf die „sicheren Fälle“ beschränkt werden darf, ist umstritten.²⁶⁷

²⁶² *Seebode*, Untersuchungshaft, S. 71; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 665 ff.; *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 258 ff.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 54 Fn. 268; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 3; *Dünkel*, StV 1994, 610; *König*, in: Widmaier (Hrsg.), Strafverteidigung, § 4 Rn. 48 f.; *Nobis*, StraFo 2012, 47 ff.; *Weigend*, FS für Müller, S. 740; *Schünemann*, ZRP 2009, 107; *Gieg*, GA 2007, 477; *Walther*, ZIS 2007, 468; *Eidam*, HRRS 2013, 292, 295 f. Speziell für Wirtschaftsstrafsachen *Theile*, wistra 2005, 327; *Münchhallfen*, StraFo 1999, 332; krit. dazu *Lemme*, wistra 2004, 288.

²⁶³ *Graf*, in: KK-StPO, § 114 Rn. 1 f.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 3 f. Zur Anwendbarkeit auf Hauptverhandlungs- und Ungehorsamshaft siehe OLG Frankfurt StV 1995, 237; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 127b Rn. 23; *Becker*, ebda., § 230 Rn. 33.

²⁶⁴ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 114 Rn. 7; *Graf*, in: KK-StPO, § 114 Rn. 4 m.w.N. Zur praktischen Umsetzung siehe *Volk*, Haftbefehle; *Parigger*, NSTZ 1986, 211.

²⁶⁵ Krit. dazu *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 18.

²⁶⁶ *Posthoff*, in: HK-StPO, § 114 Rn. 9; OLG Koblenz NSTZ-RR 2006, 143.

²⁶⁷ Für Ersteres OLG Hamm NJW 1971, 1325; *Deckers*, in: AK-StPO, § 114 Rn. 6. Für Letzteres *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 10; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 114 Rn. 9. Differenzierend *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 8 (mit Tendenz zu Ersterem).

Dem Haftbefehl muss zu entnehmen sein, auf welche gesetzlichen Haftgründe er gestützt ist (Nr. 3). Im Normalfall reicht eine stichwortartige Bezeichnung. Bei § 112 Abs. 3 StPO muss allerdings die vom BVerfG geforderte Anknüpfung an einen gesetzlichen Haftzweck erkennbar sein und im Fall von § 113 Abs. 2 StPO einer der in Nr. 1–3 aufgeführten Gründe bejaht werden.²⁶⁸ Nach überwiegender Ansicht besteht grundsätzlich keine Pflicht, den Haftbefehl auf alle einschlägigen Haftgründe zu stützen, vielmehr kann auch nur der am besten abgesicherte Haftgrund herangezogen werden.²⁶⁹ Wegen der Bedeutung, die das Zusammentreffen von Flucht- und Verdunkelungsgefahr im Hinblick auf §§ 116, 119 Abs. 1 StPO und für die Ausrichtung des Prozessverhaltens des Beschuldigten hat, sollten aber zumindest in diesem Fall beide Haftgründe aufgeführt werden.²⁷⁰ Im Übrigen kann ein Haftgrund auch hilfsweise angenommen oder mit Hilfserwägungen begründet werden.²⁷¹ Die anzuwendenden Strafvorschriften sind zu benennen.

Aufzuführen sind schließlich sämtliche (bestimmten) Tatsachen, aus denen sich der dringende Tatverdacht und die Haftgründe ergeben (Nr. 4). Selbst wenn dies gesetzlich nicht vorgeschrieben ist, sind auch die Beweismittel zu bezeichnen, wenn ihnen maßgebliche Bedeutung zukommt.²⁷² Nur soweit – und solange – die tatsächlichen Angaben unmittelbar die Staatssicherheit gefährden, darf von ihnen abgesehen werden, was im Haftbefehl entsprechend kenntlich zu machen ist.

Zur Verhältnismäßigkeit (§ 112 Abs. 1 Satz 2 StPO) ist nur Stellung zu nehmen, wenn dies – wegen der niedrigen Straferwartung (insb. Geldstrafe) – naheliegt oder der Beschuldigte sich darauf beruft (Abs. 3).

b) Verfahren im Zusammenhang mit der Haftanordnung

Der Richter hat *vor* Erlass und Vollzug des Haftbefehls nicht die Möglichkeit, seine Entscheidungsgrundlage durch die Anordnung weiterer Ermittlungen zu erweitern (*e contrario* § 117 Abs. 3 StPO).²⁷³ Im Übrigen hängt das Verfahren davon ab, wo sich der Beschuldigte im Moment der Haftentscheidung aufhält.

²⁶⁸ Vgl. BVerfG NJW 1991, 2821, 2822; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 13, 16.

²⁶⁹ OLG Hamm StV 1998, 35; *Graf*, in: KK-StPO, § 114 Rn. 12; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 13; a.A. *Hengsberger*, JZ 1966, 212; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114 Rn. 8; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft Rn. 272.

²⁷⁰ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 114 Rn. 14; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 114 Rn. 14.

²⁷¹ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 114 Rn. 17.

²⁷² *Graf*, in: KK-StPO, § 114 Rn. 13 m.w.N.; zur Forderung des Arbeitskreises Strafrechtsreform nach einer gesetzlichen Regelung *Deckers*, in: AK-StPO, § 114 Rn. 4.

²⁷³ *Wankel*, in: KMR, § 117 Rn. 26.

aa) Anordnung in Abwesenheit, Vorführung nach der Festnahme

§ 115 Abs. 1 StPO liegt die Vorstellung zugrunde, dass der Beschuldigte sich im Moment der Haftentscheidung auf freiem Fuß befindet, denn die Vorschrift regelt die Ergreifung aufgrund – also *nach* Erlass – des Haftbefehls. Hintergrund ist, dass es keiner vorherigen Anhörung bedarf, wenn diese den Zweck der Anordnung gefährden würde oder wegen Unkenntnis des Aufenthaltsorts nicht durchführbar ist (§ 33 Abs. 4 StPO). Unter diesen Voraussetzungen darf ein „Dezernatshaftbefehl“ nach Aktenlage im Büroweg ergehen.²⁷⁴ Umgekehrt scheidet dieses in der Praxis beliebte Prozedere aus, wenn der Beschuldigte physisch zur Verfügung steht, da ihm dann vorher zwingend rechtliches Gehör zu gewähren ist (§§ 33, 128 StPO).²⁷⁵

Der aufgrund des Haftbefehls ergriffene Beschuldigte ist „unverzüglich“ dem zuständigen Gericht vorzuführen (§ 115 StPO). Anders als im Rahmen von § 128 StPO ist hier unstreitig, dass die Polizeibeamten den Beschuldigten nach der Festnahme ohne jede nach Lage des Falls vermeidbare Verzögerung in den Machtbereich des Gerichts (d.h. in aller Regel in die Haftanstalt in dessen Bezirk) verbringen müssen.²⁷⁶ Dabei ist ihnen zwar die für eine ordnungsgemäße Sachbearbeitung (z.B. Identitätsprüfung, Festnahmebericht, Information der Staatsanwaltschaft gemäß § 36 Abs. 2 Satz 1 StPO etc.) erforderliche Zeitspanne zuzubilligen; auch hier erfolgt daher regelmäßig zunächst eine Verbringung auf die Dienststelle.²⁷⁷ Unzulässig ist es jedoch, die Vorführung zwecks Durchführung weiterer Ermittlungen oder einer polizeilichen Beschuldigtenvernehmung zurückzustellen.²⁷⁸ In der Praxis werden diese Vorgaben allerdings nicht immer ernst genommen.²⁷⁹ Dazu trägt auch die relativ laxen Haltung der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei, was die Rechtsfolgen von Verstößen gegen § 115 StPO anbelangt.²⁸⁰

²⁷⁴ *Graf*, in: KK-StPO, § 114a Rn. 1; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 27; BVerfG NJW 1959, 427, 428 (Verfassungskonformität); OLG Hamm NSStZ-RR, 1998, 19.

²⁷⁵ *Wiesneth*, Untersuchungshaft, Rn. 72; *Gusy*, in: von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 104 Rn. 68 f.; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 27; vgl. dagegen den Sachverhalt in BGH StV 1995, 283.

²⁷⁶ *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 4. Zur Vorführung gehört auch die Vorlage der Akten durch Polizei und Staatsanwaltschaft, siehe *Meyer-Göbner/Schmitt*, StPO, § 115 Rn. 3.

²⁷⁷ *Koch*, NSStZ 1995, 71; *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 4.

²⁷⁸ BGH NJW 1990, 1188; BGH StV 1995, 283; *Rüping*, FS für Hirsch, S. 971; a.A. *Wiesneth*, Untersuchungshaft, Rn. 75; *Wankel*, in: KMR, § 115 Rn. 4.

²⁷⁹ Vgl. OLG Düsseldorf StV 2011, 651 mit zutr. Kritik von *Bassewitz/Kinzler*, StV 2011, 652, 654; *Deckers*, NJW 1991, 1154 f.; vgl. auch *Koch*, NSStZ 1995, 71.

²⁸⁰ BGH NSStZ 2014, 722 m. Anm. *Knauer*: Kein Verwertungsverbot mangels Anhaltspunkten für bewusste Verzögerung der Vorführung zwecks Umgehung der Verteidigerbestellung durch den Haftrichter. Stattdessen habe die Annahme nahegelegen, dass die Beamten in bloßer Verkennung von § 115 StPO bestrebt waren, dem Richter „eine tragfähige Grundlage für seine Entscheidung über den Vollzug der Untersuchungshaft zu vermitteln“; krit. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2014, 760.

Aus dem Zusammenspiel von § 115 Abs. 1 und § 115a Abs. 1 StPO ergibt sich, dass der aufgrund des Haftbefehls Ergriffene in jedem Fall *spätestens* am Tag nach der Festnahme dem Gericht vorzuführen ist. Ist die Vorführung vor das *zuständige* Gericht (§ 115 Abs. 1 StPO), d.h. vor den Richter, der den Haftbefehl erlassen hat und daher mit der Sache bereits vertraut ist (vgl. § 126 Abs. 1 Satz 1 StPO), nicht fristgemäß möglich, so kann sie ausnahmsweise vor den Richter am *nächst(gelegenen)* AG („nächster Richter“) – mit seinen begrenzten Entscheidungsbefugnissen – erfolgen. In der Praxis spielt dies vor allem bei größeren Entfernungen eine Rolle, da Verhaftete meist nicht mittels eines binnen weniger Stunden möglichen Einzeltransports, sondern im Wege von oftmals mehrwöchigen Sammeltransporten zum zuständigen Richter verbracht werden („Verschubung“).²⁸¹

In beiden Fällen hat das Gericht den Beschuldigten unverzüglich nach der Vorführung, spätestens am nächsten Tag zu vernehmen (§§ 115 Abs. 2, 115a Abs. 2 StPO).²⁸² Weder die in §§ 115, 115a StPO geregelten Fristen noch die Zuständigkeitsverteilung steht zur Disposition des Beschuldigten. Ein etwaiges Einverständnis lässt somit bei Verstößen nicht die Rechtswidrigkeit entfallen.²⁸³

bb) Anordnung in Anwesenheit des (vorgeführten) Beschuldigten

In der Praxis weitaus häufiger ist es, dass der Beschuldigte bei der Entscheidung über die Haftanordnung persönlich zugegen ist und so bereits vor Erlass des Haftbefehls Gelegenheit zum rechtlichen Gehör erhält. Abgesehen von den weniger relevanten Fällen, in denen die Haftentscheidung unmittelbar in der Hauptverhandlung – und damit nach Anhörung des Angeklagten (§ 33 Abs. 1 StPO) – getroffen wird, handelt es sich hierbei vor allem um Situationen, die im Anschluss an die vorläufige Festnahme (§§ 127, 128 f. StPO) entstehen. Erfolgt keine Freilassung, wird die festgenommene Person innerhalb der Frist der §§ 128 f. StPO dem Richter vorgeführt, der sie gemäß § 115 Abs. 3 StPO vernimmt und sodann über den Erlass eines Haftbefehls entscheidet. Grundlage der Entscheidung sind hier also nicht (nur) die Akten, sondern (auch) die Angaben, die der Beschuldigte gemacht hat und ggf. das Ergebnis weiterer Ermittlungen.²⁸⁴ Schätzungen im Schrifttum gehen davon aus, dass 75 % der Haftbefehle auf diese Weise zustande kommen.²⁸⁵

²⁸¹ OLG Celle NdsRpfl 2005, 287; krit. zu dieser Verschubungspraxis *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 25; *Schmitz*, NSTZ 1998, 167 ff. (mit konkreten Beispielen für die Transportdauer); *Koch*, NSTZ 1995, 71; a.A. *Fischer*, NSTZ 1994, 321, 322, der für eine Anwendung von § 115a StPO im Regelfall bereits eine Distanz von 20 km ausreichen lassen will.

²⁸² Bei Vernehmungsunfähigkeit ist die Vernehmung unverzüglich nachzuholen.

²⁸³ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 115 Rn. 7 und § 115a Rn. 2; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 115 Rn. 1.

²⁸⁴ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 22, 25.

²⁸⁵ *Seebode*, StV 1989, 118 Fn. 7 mit Verweis auf *Jehle*, Untersuchungshaft, S. 129; ähnlich *Deckers*, in: AK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 5: „[i]n der Praxis weitaus häufiger“; *Gepfert*, JURA 1991, 274.

cc) Ablauf des Vorführtermins und Haftentscheidung

Der Ablauf des Vorführtermins vor dem „zuständigen Richter“ richtet sich nach dem Grundmodell des § 115 StPO. § 115a StPO formuliert abweichende Vorgaben für das Verfahren vor dem „nächsten Richter“. Nur geringfügige Modifikationen gelten für die Vorführung nach einer vorläufigen Festnahme, bei der die Haftentscheidung erst nach der Vernehmung getroffen wird (§§ 128, 115 StPO).

(1) Grundmodell: Verfahren vor „zuständigem Richter“ (§ 115 StPO)

Das Gericht hat den ihm aufgrund des Haftbefehls vorgeführten Beschuldigten unverzüglich, spätestens am nächsten Tag „über den Gegenstand der Beschuldigung“ zu vernehmen (Abs. 2).²⁸⁶ Die Frist ist auch dann einzuhalten, wenn er sich noch vor der Vernehmung mit einem Verteidiger besprechen möchte.²⁸⁷ Für die Form der Vernehmung gelten die §§ 168 f. StPO. Der inhaltliche Ablauf richtet sich nach § 115 Abs. 3 StPO, der durch § 136 StPO komplettiert wird, wenn es sich um die erste richterliche Vernehmung in der Sache handelt. Im Anschluss an die Ermittlung der persönlichen Verhältnisse (§ 136 Abs. 3 StPO) ist dem Beschuldigten im Rahmen einer (substanziellen) Vernehmung ausführlich Gelegenheit zu geben, die Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und entlastende Tatsachen vorzutragen (§ 115 Abs. 3 als *lex specialis* zu § 136 Abs. 3 StPO). Ihm muss hinsichtlich aller für die Haftentscheidung relevanten Umstände rechtliches Gehör gewährt werden.²⁸⁸ Sein Schweigerecht wird dabei als selbstverständlich vorausgesetzt.

Staatsanwaltschaft und Verteidiger – nicht jedoch Mitbeschuldigten²⁸⁹ – ist bei der Vernehmung die Anwesenheit gestattet (§ 168c Abs. 1 StPO).²⁹⁰ Sie sind, sofern das ohne Gefährdung des Untersuchungserfolgs möglich ist, über den Termin zu benachrichtigen, haben aber keinen Anspruch auf Verlegung (§ 168c Abs. 5 StPO). Zwar steht es im Ermessen des Richters, darüber hinaus auch weiteren, im Gesetz nicht genannten Personen die Anwesenheit zu gestatten.²⁹¹ Da jedoch die Vernehmung nicht im Ergebnis zu einer öffentlichen Verhandlung werden darf, ist hierfür ein berechtigtes, persönliches und verfahrensbezogenes Interesse zu fordern und es dürfen keine überwiegenden schutzwürdigen Belange entgegenstehen.²⁹²

²⁸⁶ Die Einarbeitung in die Sache und die „Gegebenheiten des Dienstbetriebs“ rechtfertigen einen Aufschub, der seine äußerste Grenze am Ende des Tages nach der Vorführung findet, *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 115 Rn. 112; vgl. LG Düsseldorf DRiZ 1967, 308.

²⁸⁷ *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 10; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 115 Rn. 8; vgl. RhPfVerfGH NJW 2006, 3341, 3343; BbgVerfG NStZ 2003, 385, 386.

²⁸⁸ *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 9; *Wankel*, in: KMR, § 115 Rn. 10.

²⁸⁹ BGH NStZ 1997, 351 m.w.N. zum Streitstand im Schrifttum.

²⁹⁰ *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 168c Rn. 1 lehnt den Begriff der „Parteiöffentlichkeit“ ab.

²⁹¹ *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168c Rn. 14.

²⁹² *Erb*, in: Löwe-Rosenberg, § 168c Rn. 24.

Der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit gilt selbst für den in der Praxis eher ungewöhnlichen (aber bei Hauptverhandlungs- und Ungehorsamshaft durchaus denkbaren) Fall, dass die Hauptverhandlung noch am Tage der Vorführung oder dem Folgetag stattfindet. Auch wenn hier die Vernehmung nach § 115 Abs. 3 StPO mit der nach § 243 Abs. 2 StPO verbunden werden kann,²⁹³ sind Verhandlungen, welche die Untersuchungshaft betreffen, nicht Teil der Hauptverhandlung i.S.v. § 169 GVG,²⁹⁴ sodass die Öffentlichkeit im Umkehrschluss ausgeschlossen ist.

Nach der Vernehmung hat der Richter sämtliche Voraussetzungen des Haftbefehls in vollem Umfang zu prüfen und entscheidet daraufhin, ob er aufrechtzuerhalten oder aufzuheben, zu ergänzen oder ob sein Vollzug auszusetzen ist. Dabei handelt es sich der Sache nach um eine Haftprüfungsentscheidung.²⁹⁵

(2) Subsidiär: Eingeschränkte Befugnisse des „nächsten Richters“ (§ 115a StPO)

Auch der nach § 115a StPO nur subsidiär zuständige „nächste Richter“ hat den Beschuldigten unverzüglich zu vernehmen. Für die Frist, die Anwesenheitsrechte, die Nichtöffentlichkeit und die Form der Vernehmung gilt das zum Termin vor dem „zuständigen Richter“ Gesagte entsprechend. Der Inhalt der Vernehmung ist allerdings gegenüber § 115 StPO insofern modifiziert, als eine gesetzliche Bezugnahme auf den „Gegenstand der Beschuldigung“ fehlt und § 115 Abs. 3 lediglich „soweit möglich“ anzuwenden ist (Abs. 2 Satz 1, 2).

Diese Einschränkungen tragen dem Umstand Rechnung, dass der nächste Richter im Gegensatz zum zuständigen Richter über keine Aktenkenntnis und stark eingeschränkte Entscheidungsbefugnisse verfügt: Er darf den Festgenommenen nur dann auf freien Fuß setzen, wenn sich ergibt, dass dieser nicht die im Haftbefehl genannte Person ist, der Haftbefehl nicht mehr besteht oder seine Aufhebung durch die Staatsanwaltschaft beantragt wurde (§ 120 Abs. 3 StPO); bei allen sonstigen Bedenken oder nicht offensichtlich unbegründeten Einwendungen bleibt ihm nichts anderes übrig, als diese auf schnellstem Wege dem zuständigen Richter mitzuteilen, der sie unverzüglich prüft und über die Aufhebung oder Außervollzugsetzung entscheidet (Abs. 3). Lehnt der zuständige Richter beides ab, so ist ihm der Beschuldigte auf sein Verlangen zur Vernehmung nach § 115 StPO vorzuführen (Abs. 4), wobei das Gesetz keine Frist vorgibt. Wegen des Einsatzes von Gefangenensammeltransportern mit festen Fahrplänen kann diese „Verschubung“ mehr als zwei Wochen in Anspruch nehmen (z.B. Freiburg–Stralsund: 16 Tage), während derer der Beschuldigte faktisch unerreichbar ist und eine Verteidigung ausscheidet.²⁹⁶

²⁹³ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 115 Rn. 15.

²⁹⁴ *Diemer*, in: KK-StPO, § 169 GVG Rn. 3; BGH MDR 1980, 770.

²⁹⁵ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 115 Rn. 20.

²⁹⁶ Deshalb für Einzeltransporte *Schmitz*, NStZ 1998, 167 ff.; *Koch*, NStZ 1995, 71; ähnlich *Kropp*, ZRP 2005, 96; zum ungeschriebenen Unverzüglichkeitserfordernis *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 115a Rn. 16.

Trotz der im Schrifttum seit langem erhobenen Einwände gegen die begrenzten Handlungsspielräume des nächsten Richters nimmt die wohl h.M. das Gesetz beim Wort und verweist auf dessen fehlende Vertrautheit mit dem Sachverhalt.²⁹⁷ Eine über den Gesetzeswortlaut hinausgehende Freilassungsbefugnis soll nur bei krankheitsbedingter Haftunfähigkeit bestehen sowie dann, wenn überhaupt kein wirksamer Haftbefehl ergangen ist, weil dieser etwa von einem Staatsanwalt ausgestellt worden ist.²⁹⁸ Weitergehenden Forderungen steht seit der U-Haft-Novelle von 2009 zwar nun auch der unmissverständliche Wortlaut des neu eingefügten § 115a Abs. 2 Satz 4 Hs. 2 StPO entgegen, der ausdrücklich klarstellt, dass die (unverzögliche) Prüfung der Aufhebung oder Außervollzugsetzung (nur) dem zuständigen Gericht obliegt. Allerdings hat das BVerfG für eine vergleichbare Regelung im Auslieferungsverfahren (§ 22 Abs. 3 Satz 2 IRG) eine verfassungskonforme Auslegung in dem Sinne angeordnet, dass jedenfalls in Evidenzfällen summarisch auch das Vorliegen eines Haftgrundes sowie die weiteren Haftvoraussetzungen zu prüfen sind.²⁹⁹ Dies stärkt die Position jener, die auch für § 115a StPO zumindest bei Unerreichbarkeit des zuständigen Richters eine Befugnis – und Pflicht – zur Außervollzugsetzung des Haftbefehls durch den nächsten Richter annehmen, wenn der Tatverdacht zweifelsfrei nicht besteht und die Aufrechterhaltung der Haft schlechthin unvertretbar wäre.³⁰⁰

(3) Regelfall: Vorführung nach vorläufiger Festnahme (§ 128 StPO)

Die richterliche Vernehmung im Anschluss an die vorläufige Festnahme richtet sich wegen der Verweisung in § 128 Abs. 1 Satz 2 StPO nach § 115 Abs. 3 StPO (siehe oben zu §§ 168 ff. StPO). Die Entscheidung über den Erlass des Haftbefehls wird hier also erst *nach* der Vernehmung getroffen (§ 33 Abs. 3 StPO).³⁰¹ Da bis zu diesem Zeitpunkt – anders als in der Situation der §§ 115 f. StPO – in aller Regel kein richterlicher Hafttitel vorliegt und eine Verweisung auf § 115 Abs. 1, 2 StPO fehlt, wird aus §§ 128, 129 Hs. 2 StPO und Art. 104 Abs. 2, 3 GG gefolgert, dass der Beschuldigte mit Ablauf des Tages nach Beginn der Festnahme freigelassen

²⁹⁷ Siehe BGH NStZ 1997, 439 (m.w.N. zum Meinungsstand), wo aber eine Strafbarkeit des seine Kompetenzen überschreitenden nächsten Richters wegen Rechtsbeugung abgelehnt wird. Dazu und zur Kritik an der gesetzlichen Ausgestaltung der Rolle des nächsten Richters siehe *Ziegert*, StV 1997, 439 und *Schmitz*, NStZ 1998, 165 mit Reformvorschlägen.

²⁹⁸ LG Frankfurt StV 1985, 464 (Haftunfähigkeit); *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 28; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 115a Rn. 5.

²⁹⁹ BVerfG StV 2011, 170. Ausführlich zu den Parallelen – und Unterschieden – zwischen den beiden Regelungen auch *Schmitz*, NStZ 1998, 168.

³⁰⁰ In diesem Sinne die wohl h.L., siehe *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 115a Rn. 4; *Meyer-Göbner/Schmitt*, StPO, § 115a Rn. 6; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 115a Rn. 6; *Wankel*, in: KMR, § 115a Rn. 3; a.A. wohl *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 28.

³⁰¹ *Wiesneth*, Untersuchungshaft, Rn. 72; unverständlich daher BGH StV 1995, 283.

werden muss, wenn bis dahin kein Haftbefehl ergangen ist (streitig, siehe oben II.C.4.b.).

5. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Neben dringendem Tatverdacht und Haftgrund ist die Verhältnismäßigkeit die dritte materielle Voraussetzung der Untersuchungshaft. Den hohen Stellenwert, den der Gesetzgeber ihr beimisst, belegen die zahlreichen ausdrücklichen Konkretisierungen (§§ 112 Abs. 1 Satz 2, 113, 116, 120 Abs. 1 Satz 1 StPO), denen trotz ihrer vor verfassungsrechtlichem Hintergrund nur deklaratorischen Wirkung ein bedeutender Appellcharakter zukommt.³⁰² Während die Vollzugsaussetzung nach § 116 StPO – die sowohl als Haftausschließungs- als auch als Haftaufhebungsgrund fungiert und in ihrer Eigenschaft als Haftsurrogat bereits thematisiert wurde – den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf den Vorrang milderer Mittel konkretisiert (Erforderlichkeit bzw. Subsidiarität der Haft), tragen die §§ 112 Abs. 1 Satz 2, 113 StPO dem Gedanken Rechnung, dass die Untersuchungshaft wegen ihrer besonderen Eingriffsintensität in angemessenem Verhältnis zur Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe stehen muss. Soweit der Grundsatz im Gesetz nicht ausdrücklich als negatives (§§ 112 Abs. 1 Satz 2, 113 StPO) oder positives (§ 112a Abs. 1 StPO) Tatbestandsmerkmal niedergelegt ist, muss ihm als ungeschriebenem Prinzip mit Verfassungsrang spätestens bei der Ermessensausübung auf Rechtsfolgenseite Rechnung getragen werden (so insb. bei §§ 127b Abs. 2, 230 Abs. 2 StPO).³⁰³ In der Praxis ist eine klare Unterscheidung der beiden Prüfschritte gleichermaßen unüblich wie entbehrlich, zumal die mit der gesetzlichen Regelung bewirkte Aufspaltung des Kriteriums nicht sonderlich geglückt wirkt.³⁰⁴

a) Unverhältnismäßigkeit als negatives Tatbestandsmerkmal

Abgesehen vom Haftgrund der Flucht, der Hauptverhandlungs- und der Ungehorsamshaft normiert das Gesetz für sämtliche Haftgründe im Einzelnen variierende Mindestanforderungen an die in der gesetzlichen Strafandrohung zum Ausdruck kommende abstrakte Schwere des Tatvorwurfs. Sieht man von den Katalogen in §§ 112 Abs. 3, 112a StPO ab, für deren Zusammensetzung andere Kriterien maßgeblich sind, so ergibt sich aus § 113 StPO, dass die insoweit einschlägige Grundschwelle relativ niedrig angesetzt ist. Der Gesetzgeber misst nur solchen Straftaten, die mit einer Strafandrohung von maximal sechs Monaten Freiheitsstrafe oder

³⁰² *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 10.

³⁰³ Zur Verhältnismäßigkeitsprüfung im Rahmen der Ermessensausübung siehe *Hufen*, Verwaltungsprozessrecht, § 25 Rn. 25.

³⁰⁴ Krit. zur Regelungstechnik auch *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 60; krit. zur Umsetzung des Grundsatzes in der Praxis *Eidam*, HRRS 2013, 292.

Geldstrafe von maximal 180 Tagessätzen belegt sind, einen die generelle Einschränkung des Anwendungsbereichs rechtfertigenden Bagatellcharakter bei.³⁰⁵

Unabhängig von § 113 StPO darf die Untersuchungshaft jedoch auch dann „nicht angeordnet werden, wenn sie zu der Bedeutung der Sache und der zu erwartenden Strafe oder Maßregel der Besserung und Sicherung außer Verhältnis steht“ (§ 112 Abs. 1 Satz 2 StPO). Die „Bedeutung der Sache“ bemisst sich in erster Linie nach Art und Schwere der Straftat, insbesondere der abstrakten Rechtsfolgenandrohung. Auch das öffentliche Interesse an der Verfolgung der Tat kann unter dem Gesichtspunkt der Verteidigung der Rechtsordnung berücksichtigt werden, nicht jedoch die „Erregung der Öffentlichkeit“.³⁰⁶ Bei der Prognose über die Straf- bzw. Rechtsfolgenenerwartung – die keinen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung begründet, da es um *Haftbegrenzung* geht³⁰⁷ – ist regelmäßig nur eine sehr grobe Einschätzung möglich. Wie sich im Umkehrschluss zu § 113 StPO ergibt, folgt allein daraus, dass im konkreten Fall nur eine Geld- oder niedrige Freiheitsstrafe zu erwarten ist, nicht zwingend die Unverhältnismäßigkeit der Haft – wenngleich dann aber erhöhte Begründungsanforderungen gelten.³⁰⁸ Die Unverhältnismäßigkeit hindert den Erlass des Haftbefehls gemäß § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO nur, wenn sie unter *beiden* im Gesetz genannten Gesichtspunkten besteht. Aus der negativen Formulierung folgt, dass sie als Haftausschließungsgrund konzipiert ist. Sie steht der Haftanordnung daher nur entgegen, wenn sie im Rahmen der Abwägung positiv festgestellt wird. Da Zweifel hier nicht zugunsten des Beschuldigten gehen, darf bei einem *non liquet* nicht vom Erlass des Haftbefehls abgesehen werden.³⁰⁹

b) *Verhältnismäßigkeit als positives Tatbestandsmerkmal*

Die „Sicherungshaft“ ist nicht nur gegenüber den anderen Haftgründen subsidiär (Abs. 3), sondern auch insoweit, als sie „zur Abwendung der drohenden Gefahr erforderlich“ sein muss. Wird die Aussetzung des Vollzugs im Wege der Ersetzung durch eine mildere Maßnahme anvisiert (§ 116 Abs. 3 StPO), so steht dies freilich nicht schon der Bejahung der für den Haftbefehl erforderlichen Verhältnismäßig-

³⁰⁵ Darunter fallen etwa § 160 Abs. 1 Hs. 2 (Verleitung zu falscher eidesstattlicher Versicherung oder unedlicher Falschaussage), § 184e (Ausübung der verbotenen Prostitution) und § 285 StGB (Beteiligung am unerlaubten Glücksspiel). Zur Unanwendbarkeit im Ordnungswidrigkeitenrecht siehe § 46 Abs. 3 Satz 1 OWiG.

³⁰⁶ *Meyer-Göbner/Schmitt*, StPO, § 112 Rn. 11; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 58.

³⁰⁷ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 59; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 18a.

³⁰⁸ *Wankel*, in: KMR, § 113 Rn. 1; *Schlüchter*, Strafverfahren, Rn. 220.1; *Beulke*, Strafprozessrecht, Rn. 216; vgl. auch *Benfer*, JuS 1983, 113.

³⁰⁹ *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 46; *Hengsberger*, JZ 1966, 210; OLG Düsseldorf NSTz 1993, 554; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 112 Rn. 10 (ungeachtet der ausdrücklichen Einordnung des Kriteriums als *negatives* Tatbestandsmerkmal).

keit entgegen, denn der scheinbare Widerspruch löst sich auf, indem zwischen der Verhältnismäßigkeit von Haftanordnung (§§ 112 f. StPO) und Haftvollzug (§ 116 StPO) unterschieden wird. Soweit § 112a StPO von der Erforderlichkeit „der Haft“ spricht, ist dies mithin (korrigierend) als Erforderlichkeit „der Haftanordnung“ zu lesen.³¹⁰ Es bedarf also keiner Restriktion von § 116 StPO.³¹¹

Im Sonderfall des haftzweckfrei formulierten Haftgrundes der besonderen Tatschwere (§ 112 Abs. 3 StPO) folgt aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, demzufolge Grundrechtseingriffe nur zur Verfolgung verfassungslegitimer Zwecke zulässig sind, dass bereits auf der Ebene des Hafttatbestands eine Rückkoppelung an die in den anderen gesetzlichen Haftgründen zum Ausdruck kommenden zulässigen Zwecke der Haft erfolgen muss.³¹²

c) Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Ermessensausübung

Liegen die tatbestandlichen Voraussetzung der Untersuchungshaft vor, so steht die Entscheidung über deren Anordnung im Ermessen des Richters (vgl. §§ 112 Abs. 1, 3, 127b Abs. 2 StPO: „darf“), der sich bei seiner Entscheidung vor allem am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientieren muss. In besonderem Maße gilt dies dort, wo das Gesetz den *ultima ratio*- bzw. Subsidiaritätsgedanken nicht ausdrücklich „vertatbestandlich“ hat, also bei den §§ 127b und 230 Abs. 2 StPO. Es ist insoweit generell „nicht zu fragen, ob diese [die Untersuchungshaft] angeordnet werden kann, sondern ob ihre Verhängung – als *ultima ratio* – wegen überwiegender Belange des Gemeinwohls zwingend geboten ist“.³¹³

In seiner allgemeinen Ausprägung besagt dieser aus Art. 2 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 3 GG abzuleitende Grundsatz, dass ein Eingriff verfassungsrechtlich nur gerechtfertigt ist, wenn er ein zulässiges Ziel verfolgt und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen ist.³¹⁴ Für die Untersuchungshaft³¹⁵ folgt daraus, dass „[a]ngesichts der Bedeutung des Grundrechts auf persönliche Freiheit ein Eingriff nur hingenommen werden [kann], wenn und soweit der legitime Anspruch der staatlichen Gemeinschaft auf vollständige Aufklärung der Tat und rasche Bestrafung des Täters nicht anders gesichert werden kann als dadurch, dass der Verdächtige in Haft genommen wird. Das Gericht muss daher stets im Auge behalten,

³¹⁰ A.A. Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 60 (ohne Begründung).

³¹¹ So aber offenbar Schmitt, JZ 1965, 197.

³¹² BVerfGE, 19, 342 (Wencker-Beschluss).

³¹³ KG StV 2014, 26.

³¹⁴ Graf, in: KK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 7; Paeffgen, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 131.

³¹⁵ Auch für den noch nicht vollzogenen oder außer Vollzug gesetzten Haftbefehl sowie den Haftbefehl nach § 230 Abs. 2 bzw. § 329 Abs. 4 StPO, siehe BVerfG NJW 1980, 1448, 1449; 2001, 1341, 1342; 2006, 668, 669; StV 1996, 156.

dass es der vornehmliche Zweck und der eigentliche Rechtfertigungsgrund der Untersuchungshaft ist, die Durchführung eines geordneten Strafverfahrens zu gewährleisten und die spätere Strafvollstreckung sicherzustellen³¹⁶.

Der Richter darf sich folglich bei der gebotenen Gesamtabwägung selbst bei Vorliegen sämtlicher Anordnungsvoraussetzungen nicht von anderen als den gesetzlich zulässigen Haftzielen leiten lassen, andernfalls ist die Entscheidung ermessensfehlerhaft (Ermessens Fehlgebrauch). Der Nachweis apokrypher Haftgründe fällt in der Praxis aber schwer, da solche Motive naturgemäß keinen Eingang in die offizielle Haftbegründung finden, solange der Richter sich nicht besonders ungeschickt anstellt.³¹⁷

C. Dauer

1. Grundsätzliches zum Verlauf der Haft

a) Ergreifung aufgrund eines Haftbefehls

Die Vollstreckung des Haftbefehls erfolgt durch die Fahndung, Festnahme und Einlieferung des Beschuldigten in die Haftanstalt, wobei der Einsatz unmittelbaren Zwangs gestattet ist.³¹⁸ Zuständig ist die Staatsanwaltschaft (§ 36 Abs. 2 Satz 1 StPO), die sich dazu ihrer Ermittlungspersonen (§ 152 GVG) oder der Polizei (§ 151 StPO) bedient. Ob bereits der Haftbefehl als solcher die „Ergreifungsdurchsuchung“ der Wohnung des Beschuldigten erlaubt oder ob es dazu einer gesonderten richterlichen Ermächtigung bedarf, ist umstritten;³¹⁹ es empfiehlt sich daher ggf., den Erlass des Haftbefehls mit einer Anordnung nach § 105 StPO zu verbinden.

b) Durchführung (Haftvollzug im Überblick)

Vollzogen wird die Untersuchungshaft in einer JVA (vgl. z.B. § 3 Abs. 1 Satz 1 UVollzG Bln). Die StPO enthält hierfür seit jeher eine nur sehr rudimentäre Regelung in §§ 119 f. Während die vagen bundesgesetzlichen Vorgaben früher durch einheitliche Verwaltungsvorschriften nach dem Muster der UVollzO von 1953

³¹⁶ BVerfG NJW 2001, 1341, 1342.

³¹⁷ Vgl. MünchKollf/Gatzweiler, Untersuchungshaft, Rn. 248.

³¹⁸ Paeffgen, in: SK-StPO, § 114 Rn. 15. Zu den Möglichkeiten der (Öffentlichkeits-)Fahndung siehe §§ 131 ff. StPO. Der Haftbefehl darf nicht vollstreckt werden, wenn der Beschuldigte durch den Vollzug der Untersuchungshaft in Lebensgefahr geraten würde, OLG Düsseldorf JZ 1984, 248.

³¹⁹ Für Ersteres Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 114 Rn. 20; für Letzteres Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 30; Paeffgen, in: SK-StPO, § 114 Rn. 15.

komplettiert wurden, existieren nunmehr infolge des Fortfalls der Bundesgesetzgebungskompetenz für „das Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ in sämtlichen Ländern eigene UVollzG. Dabei handelt es sich um umfangreiche Kodifikationen mit bis zu einhundert Paragraphen, die inhaltlich weitgehend übereinstimmen und für die Vollzugswirklichkeit kaum tiefgreifende Änderungen erwarten lassen.³²⁰

Die bislang in § 119 StPO a.F. normierten Grundsätze zur Einzelunterbringung und zur räumlichen Trennung von Strafgefangenen (Abs. 1, 2) sowie die Eingriffsermächtigungen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung (Abs. 3 Alt. 2, 4 Alt. 2, 5) finden sich jetzt infolge der Kompetenzübertragung in den Landesgesetzen wieder (vgl. z.B. §§ 11 ff., 42 ff. UVollzG Bln; zum fehlenden Arbeitszwang siehe § 24 Abs. 1 UVollzG Bln = frühere Nr. 42 UVollzO).

In der Bundeskompetenz verblieben sind dagegen die Beschränkungen, die der Verwirklichung der Haftzwecke dienen (§ 119 Abs. 1 StPO; vgl. § 119 Abs. 3 Alt. 1 StPO a.F.)³²¹ einschließlich der diesbezüglichen Zuständigkeitsverteilung zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Vollzugsanstalt (§ 119 Abs. 1 Satz 2–5, Abs. 2 StPO; vgl. § 119 Abs. 6 StPO a.F.) sowie die Regelungen über Rechtsbehelfe gegen Entscheidungen oder Maßnahmen im Haftvollzug (§§ 119 Abs. 5, 119a StPO). Abweichendes Landesrecht (z.B. §§ 134 Abs. 2, 135 Abs. 2 NJVollzG) ist im Hinblick auf die Sperrwirkung gemäß Art. 72 Abs. 1 GG unwirksam.³²²

„Verfahrenssichernde Anordnungen“ (vgl. § 3 Abs. 2 UVollzG Bln) richten sich also auch weiterhin allein nach Bundesrecht (§ 119 StPO). Sie werden durch das Gericht (§ 126 StPO) angeordnet (Abs. 1 Satz 3). Die Staatsanwaltschaft oder die Vollzugsanstalt kann aber in Eilfällen vorläufige Anordnungen treffen, die dem Gericht binnen drei Werktagen zur Genehmigung vorzulegen sind, wenn sie sich nicht vorher erledigt haben (Abs. 1 Sätze 4–5). Anders als in der UVollzO, bei der vielfach eine standardmäßige Geltung bestimmter Beschränkungen vorgesehen war, muss nunmehr jede Beschränkung ausdrücklich angeordnet und im Einzelfall begründet werden (§ 34 StPO).³²³ Die Ausführung obliegt der anordnenden Stelle, kann jedoch widerrufen und unanfechtbar übertragen werden (Abs. 2). Zulässig sind Eingriffe, soweit dies zur Abwehr einer auf konkrete Anhaltspunkte gestützten Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr (§§ 112 f. StPO) erforderlich

³²⁰ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 31. Vgl. oben A.2.a. zu dem gemeinsam erarbeiteten Musterentwurf, der von allen Ländern außer Baden-Württemberg, Hamburg, Hessen, Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen zugrunde gelegt wurde.

³²¹ Zu den Anforderungen an die Verfassungskonformität der Anwendung von § 119 Abs. 1 StPO BVerfG, Beschl. vom 30.10.2014, Az.: 2 BvR 1513/14 (juris).

³²² Ganz h.M., siehe BGH NJW 2012, 1158; OLG Oldenburg StV 2008, 195; Meyer-Gößner/Schmitt, StPO, § 119 Rn. 2; Posthoff, in: HK-StPO, § 119 Rn. 1; König, NStZ 2010, 185; a.A. OLG Celle StV 2010, 194 (abl. Anm. Kazele, StV 2010, 258); 2012, 417.

³²³ Krauß, in: BeckOK-StPO, § 119 Rn. 8; OLG Hamm StV 2010, 368; KG StV 2010, 370, 372. Zu den mitunter streng gehandhabten Anforderungen an die Begründungspflicht OLG Köln StV 2011, 743; OLG Düsseldorf StV 2011, 746.

ist.³²⁴ Dabei soll unerheblich sein, ob der betreffende Haftgrund dem Haftbefehl im konkreten Fall zugrunde lag.³²⁵ Hierzu kann „insbesondere“ der Kontakt nach außen einer Überwachung bzw. Erlaubnispflicht unterstellt (Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–3; siehe auch Abs. 1 Satz 7) sowie derjenige zu Mithäftlingen eingeschränkt oder ausgeschlossen werden (Abs. 1 Satz 2 Nr. 4–5). Der gesetzliche Katalog ist nicht abschließend, vielmehr kommen auch andere Maßnahmen, etwa die Fesselung des Gefangenen, die Einschränkung der Nutzung technischer Geräte sowie die Beschränkung des Bezugs von Büchern in Betracht. Die Überwachung des Verkehrs mit dem Verteidiger richtet sich dagegen ausschließlich nach §§ 148 f. StPO (Abs. 4 Satz 1). Dies gilt entsprechend für die in Abs. 4 Satz 2 aufgelisteten „privilegierten Stellen“: Auch insoweit scheiden daher weitergehende Einschränkungen auf Grundlage von § 119 StPO aus.³²⁶ Zusätzliche Beschränkungsmöglichkeiten gewährt aber die Kontaktsperreregelung (§§ 31 ff. EGGVG) für Terrorismusfälle.

Die Anordnung einer Vielzahl von Beschränkungen – etwa Besuchsüberwachung, Kontrolle des Schriftverkehrs oder Fesselung – kommt sowohl aus Vollzugsgründen auf Grundlage der landesrechtlichen UVollzG (Zuständigkeit der JVA bzw. der Anstaltsleitung), als auch zur Umsetzung der Haftzwecke gemäß § 119 StPO (Grundsatzzuständigkeit des Richters) in Betracht. Unvermeidbare Folge der durch die Föderalismusreform bewirkten Kompetenzzuweisung und -spaltung ist eine Überschneidung der Ermächtigungsgrundlagen, die zu Abgrenzungsproblemen führt, weil die Bestimmung des Schwergewichts des Eingriffs im Einzelfall erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann.³²⁷

Unzulässig sind jedenfalls solche Beschränkungen, die weder der Verwirklichung der Haftzwecke noch der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt dienen. Richtigerweise muss daher eine Anordnung ausscheiden, die vorrangig darauf abzielt, die Ermittlungen im Wege der Erlangung verfahrensrelevanter Erkenntnisse zu fördern. Nicht gefolgt werden kann deshalb einer Auffassung, der zufolge zulässiges „Hauptziel der richterlichen Briefkontrolle [...] die Sichtung der Briefe in Hinblick auf den Fortbestand des bislang bejahten Haftgrundes oder auf das Hinzukommen eines neuen Haftgrundes“ sei und „unabhängig von den Haftgründen [...] die Post der Untersuchungsgefangenen vom Richter zudem auch darauf durchzusehen [ist], ob sich aus ihr Anhaltspunkte für den weiteren Ablauf des Strafverfahrens ergeben, etwa für die Notwendigkeit weiterer be- oder entlastender

³²⁴ KG NStZ-RR 2014, 377.

³²⁵ OLG Karlsruhe StV 2010, 198; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 292; OLG Celle NStZ-RR 2010, 159; OLG Hamm StV 2014, 28; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 119 Rn. 7; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 119 Rn. 5; a.A. *König*, NStZ 2010, 187; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1028.

³²⁶ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 119 Rn. 31; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 119 Rn. 36.

³²⁷ *Tsambikakis*, ZIS 2009, 503; *König*, NStZ 2010, 185; *Seebode*, HRRS 2008, 236.

Sachermittlungen oder für Verfahrensfragen³²⁸. Die Haftdurchführung ist vielmehr wie die Haftanordnung ausschließlich an den gesetzlich zulässigen Haftzwecken zu orientieren und darf nicht von dem Ziel geleitet sein, die Wahrheitsermittlung durch irgendeine Einwirkung auf den Inhaftierten zu fördern.³²⁹

Allerdings lässt § 119 StPO die Anwendbarkeit der allgemeinen Eingriffsbefugnisse zum Zwecke der Strafverfolgung (z.B. §§ 81a, 81b, 94 ff., 100 f. StPO) – in den Grenzen des *fair trial*-Grundsatzes und der Selbstbelastungsfreiheit des Beschuldigten³³⁰ – unberührt, vgl. z.B. § 4 Abs. 2 UVollzG Bln.³³¹ Neben Vor- und Ausführungen darf der Gefangene auch befristet dem Gewahrsam eines Gerichts, einer Staatsanwaltschaft oder einer Polizei überlassen werden (sog. Ausantwortung, vgl. z.B. § 9 UVollzG Bln).³³² Vor diesem Hintergrund erscheint das in der Praxis zu beobachtende, dem Gesetz jedoch fernliegende Anliegen der Polizei verständlich, auf die Anordnung der Untersuchungshaft hinzuwirken, um den Beschuldigten, der ihren Ladungen nach allgemeinen Grundsätzen nicht zu folgen braucht, in der JVA zu Vernehmungen, Gegenüberstellungen etc. zur Verfügung zu haben.³³³ Die Klarstellung in der ehemaligen Nr. 9 UVollzO, wonach es den Anstaltsbeamten verwehrt ist, Ermittlungen aus Anlass von strafbaren Handlungen, die außerhalb der Anstalt begangen worden sind, durchzuführen (Abs. 1) oder einen Gefangenen mit anderen Personen zusammenzulegen, um ihn über einen Sachverhalt auszuforschen (Abs. 2), findet sich in den UVollzG der Länder nicht wieder. Letzteres ergibt sich aber ohnehin aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens und der Selbstbelastungsfreiheit (Art. 20 Abs. 3 GG); Ersteres folgt schon daraus, dass die Haftanstalt keine Strafverfolgungsbehörde mit der Befugnis zu einer dahingehenden Informationserhebung ist. Dies ist auch bei der Anwendung des 2009 geschaf-

³²⁸ OLG Oldenburg StV 2008, 195; dagegen zu Recht *Seebode*, HRRS 2008, 238 f.

³²⁹ *Seebode*, Untersuchungshaft, S. 65 ff., 111 ff.

³³⁰ Zur Unzulässigkeit einer auf § 100f StPO gestützten Überwachung von Ehegatten-gesprächen in einem eigens dafür zugewiesenen, separaten Besuchsraum, die ohne die übliche Offenlegung erfolgt ist, BGH NJW 2009, 2463 und die zust. Anm. von *Jahn*, JuS 2009, 861; weiterführend *Roxin*, FS für Geppert, S. 549; siehe unten E.3.a.bb).

³³¹ BGH NJW 1998, 3284, 3285 m.w.N.; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 119 Rn. 9a.

³³² Ausführlicher waren einst die Vorgaben in Nr. 41 Abs. 1 UVollzO: „Zur Vernehmung des Gefangenen in der Anstalt oder zu seiner Vorführung außerhalb der Anstalt bedarf es eines schriftlichen Auftrags oder der Zustimmung des Richters oder des Staatsanwalts. Vernehmungen sollen nach Einschluss grundsätzlich nicht mehr stattfinden. Frauen sind durch männliche Polizeibeamte nur in Gegenwart einer Beamtin oder eines zweiten Beamten zu vernehmen. Die Ausantwortung ist nur mit Zustimmung des Richters zulässig.“

³³³ *Seebode*, StV 1989, 119. Vgl. i.Ü. die Feststellung von *Roxin*, FS für Geppert, S. 549, wonach sich der BGH „[a]uffallend häufig [...] mit Fällen beschäftigen [muss], in denen Polizei oder Justizbehörden Häftlinge in der Untersuchungshaft aushorchen oder aushorchen lassen und dadurch zu ungewollten Selbstbelastungen bewegen“.

fenen § 114e StPO zu berücksichtigen, der die JVA zur Übermittlung von verfahrensrelevanten Erkenntnissen an die Strafverfolgungsorgane verpflichtet.³³⁴

Im Hinblick auf die Rechtsstellung der Untersuchungsgefangenen enthalten zahlreiche Landesgesetze eine ausdrückliche Anerkennung der Unschuldsvermutung und des aus ihr abzuleitenden Gebots, diese so zu behandeln, dass der Anschein vermieden wird, sie würden zur Verbüßung einer Strafe festgehalten. Auch die besondere Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Haftvollzug („Unerlässlichkeit“) wird oft mustergültig betont (vgl. z.B. § 4 Abs. 2 UVollzG Bln).³³⁵

c) Automatische Kontrolle und Beendigung

Ebenso wie ihre Anordnung obliegt auch die Aufhebung der Haft nur dem Richter (§ 126 StPO). Die Gründe sind in §§ 120, 121 Abs. 1, 2, 122a StPO geregelt. Die Zentralbestimmung in § 120 Abs. 1 StPO schreibt die Aufhebung vor, sobald die Voraussetzungen der Haft nicht mehr vorliegen oder die Aufrechterhaltung unverhältnismäßig wäre (Satz 1). Dies wird kraft Gesetzes vermutet, wenn der Beschuldigte freigesprochen, die Eröffnung des Hauptverfahrens abgelehnt oder das Verfahren nicht bloß vorläufig eingestellt wird (Satz 2); hierbei kommt es weder auf die Richtigkeit noch auf die Rechtskraft der Entscheidung an, mithin spielt die Einlegung von Rechtsmitteln vorbehaltlich des Bekanntwerdens neuer Tatsachen oder Beweise keine Rolle.³³⁶ Ist an die Stelle des im Haftbefehl bezeichneten lediglich ein anderer Haftgrund getreten, so reicht eine Änderung des bestehenden Haftbefehls. Aus § 120 Abs. 1 StPO folgt, dass das Vorliegen der Haftvoraussetzungen jederzeit von Amts wegen – also unabhängig von der Einlegung eines Rechtsbehelfs – zu prüfen ist. Mithin enthält jede gerichtliche Entscheidung über die Haftverhältnisse zumindest inzidenter die Feststellung i.S.v. § 78c Abs. 1 Nr. 5 StGB, dass die Voraussetzungen des Haftbefehls weiterhin vorliegen.³³⁷ Dieser laufenden Prüfung kommt besondere Bedeutung zu, da die Anforderungen an die Bejahung von Tatverdacht, Haftgrund und Verhältnismäßigkeit mit der Fortdauer des Verfahrens zunehmen.³³⁸ Ergeht nach Anhörung der Staatsanwaltschaft (§ 33 Abs. 1, 2 StPO) ein Aufhebungsbeschluss, so ist er durch sofortige Entlassung zu

³³⁴ Siehe die Kritik von *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114e Rn. 3 f., 6, der die Regelung darüber hinaus wegen fehlender Gesetzgebungskompetenz für verfassungswidrig erachtet. Abl. auch *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1142, die befürchten, dass dies auf eine verfassungswidrige Totalüberwachung des Gefangenen hinauslaufe.

³³⁵ *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1033 ff.; *Morgenstein*, StV 2013, 529; zur besonderen Bedeutung dieser Grundsätze für den Untersuchungshaftvollzug siehe auch BVerfG StV 2013, 521.

³³⁶ *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 120 Rn. 20; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 120 Rn. 11 ff., 20; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 51; OLG Karlsruhe NSTz 1981, 192.

³³⁷ BGH StraFo 2009, 27; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 114 Rn. 10.

³³⁸ Vgl. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 120 Rn. 6–8, 10.

vollziehen. Eine gegen ihn eingelegte Beschwerde hat keine aufschiebende Wirkung (§ 307 Abs. 1 StPO); die dem Gericht in § 307 Abs. 2 StPO eingeräumte Befugnis, den Vollzug der angegriffenen Entscheidung auszusetzen, ist durch die vorrangige Sonderregel in § 120 Abs. 2 StPO ausgeschlossen. Diese gilt jedoch nicht, soweit es um die Freilassung nach Außervollzugsetzung des Haftbefehls (§ 116 StPO) geht.³³⁹

Wegen der Stellung der Staatsanwaltschaft als „Herrin des Vorverfahrens“ kann die Haft vor der Anklage nicht gegen ihren Willen aufrechterhalten werden. In diesem Verfahrensstadium ist der Haftbefehl daher auf ihren – nicht zu begründenden – Antrag hin zwingend vom Gericht aufzuheben (§ 120 Abs. 3 StPO; siehe Nr. 54 Abs. 1 RiStBV). Nach h.M. erstreckt sich diese Bindungswirkung nicht auf den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Außervollzugsetzung der Haft (§ 116 StPO).³⁴⁰

Ergänzt wird § 120 StPO durch die in §§ 121 Abs. 1, 2, 122a StPO normierten Bestimmungen über die zeitlichen Grenzen der Untersuchungshaft. Gemäß § 121 Abs. 1, 2 StPO ist der Haftbefehl durch den zuständigen Haftrichter (§ 126 StPO) aufzuheben, wenn er wegen derselben prozessualen Tat über einen Gesamtzeitraum von sechs Monaten vollzogen wurde, ohne dass eine Verurteilung ergangen ist und nicht entweder der Vollzug des Haftbefehls durch mildere Ersatzmaßnahmen ersetzt wird (§ 116 StPO) oder das OLG (bzw. der BGH in den Staatsschutzsachen nach § 120 GVG, vgl. §§ 121 Abs. 4, 122 Abs. 7 StPO) die Fortdauer der Haft anordnet. Das OLG kann den Vollzug der Untersuchungshaft theoretisch beliebig oft für jeweils drei weitere Monate aufrechterhalten (§ 122 Abs. 4 Satz 2 StPO).³⁴¹ Ist der Haftbefehl jedoch – ausschließlich (§ 112a Abs. 2 StPO) – auf den Haftgrund der Wiederholungsgefahr gestützt, so kommt eine Verlängerung über ein Jahr hinaus nicht in Betracht. Obgleich das Gesetz in §§ 122 Abs. 1, 122a StPO die zeitliche Begrenzung an den Erlass eines freiheitsentziehenden Urteils knüpft, bestimmt der für beide Fälle anwendbare § 121 Abs. 3 Satz 2 StPO, dass die jeweiligen Fristen bereits ab Beginn der Hauptverhandlung und bis zur Urteilsverkündung ruhen. Hintergrund ist, dass die Hauptverhandlung sich nur schwer mit der Unterbrechung vertragen würde, die mit der Aktenversendung an das OLG verbunden wäre, zumal das Urteil in diesem Prozessabschnitt regelmäßig alsbald zu erwarten ist.³⁴²

³³⁹ *Meyer-Gofßner/Schmitt*, StPO, § 120 Rn. 12; *Krause*, in: AK-StPO, § 120 Rn. 12; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 120 Rn. 19.

³⁴⁰ OLG Düsseldorf NStZ-RR 2001, 122; AG Stuttgart NStZ 2002, 391; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 120 Rn. 23; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 120 Rn. 40; *Meyer-Gofßner/Schmitt*, StPO, § 120 Rn. 13; a.A. BGH NJW 2000, 967; LG Amberg StV 2011, 420.

³⁴¹ *Knauth*, DRiZ 1978, 338.

³⁴² Zur vormals umstrittenen Anwendbarkeit des § 121 Abs. 3 Satz 2 StPO bei § 122a StPO siehe a.a.O., 337; so heute aber die ganz h.L., *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 122a Rn. 10; *Meyer-Gofßner/Schmitt*, StPO, § 122a Rn. 2. Zum Entfallen der Prüfkompetenz des OLG mit Beginn der Hauptverhandlung siehe OLG Düsseldorf NStZ 1992, 402.

Bei Erlass des Eröffnungsbeschlusses und bei der Urteilsfällung ist von Amts wegen über die Fortdauer der Haft zu entscheiden (§§ 207 Abs. 4, 268b StPO). Sie endet spätestens mit der Rechtskraft des Urteils. Dies gilt auch dann, wenn das Urteil auf Freiheitsstrafe oder freiheitsentziehende Maßregel lautet. In diesem Fall erledigt sich der Haftbefehl ohne Rücksicht auf die förmliche Einleitung der Strafvollstreckung, und die Untersuchungshaft geht unmittelbar in den Vollzug der Strafhafte oder der freiheitsentziehenden Maßregel über (sog. Organisations- bzw. Zwischenhaft).³⁴³

2. Zulässige Dauer: Die Sechs-Monats-Grenze und ihre Überwindung

Während bei dem Hauptverhandlungshaftbefehl eine feste Obergrenze von maximal einer Woche ab Festnahme einzuhalten ist (§ 127b Abs. 2 Satz 2 StPO), existieren für die Ungehorsamshaft (§ 230 Abs. 2 StPO) keine zeitlichen Richtlinien (siehe oben 2.b.). Für alle übrigen Haftgründe formuliert das Gesetz in §§ 121–122a StPO immerhin konkrete Vorgaben für die zulässige Grund- bzw. Höchstdauer des Haftvollzugs. Diese gelten allerdings im Ergebnis nur für den Zeitraum vor (genauer: außerhalb) der Hauptverhandlung, da der Fristenlauf anschließend bis zur Verkündung des Urteils ruht (§ 121 Abs. 3 Satz 2 StPO).³⁴⁴

In diesem Prozessstadium kommt eine im Rahmen des besonderen Haftprüfungsverfahrens nach §§ 121, 122 StPO in der Regel vom OLG zu beschließende Aufrechterhaltung des Vollzugs der Untersuchungshaft wegen derselben Tat über eine Dauer von sechs Monaten hinaus nur dann in Betracht, „wenn die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen oder ein anderer wichtiger Grund das Urteil noch nicht zulassen und die Fortdauer der Haft rechtfertigen“ (§ 121 Abs. 1 StPO). Im Übrigen ist zu unterscheiden zwischen den Haftgründen des § 112 Abs. 2 und der Wiederholungsgefahr gemäß § 112a StPO: Bei Ersteren kann das OLG den Haftvollzug unter den soeben wiedergegebenen Voraussetzungen theoretisch beliebig oft für jeweils drei weitere Monate anordnen (§ 122 Abs. 4 StPO); bei der Wiederholungsgefahr besteht dagegen eine feste Obergrenze von einem Jahr, sodass maximal zwei Verlängerungen à drei Monate möglich sind.³⁴⁵

Zweck dieser zeitlichen Vorgaben ist es, die Strafverfolgungsorgane anzuhalten, das Verfahren zügig zu führen. Materiell bedarf es für die ausnahmsweise Überwindung der Sechs-Monats-Grenze einer zweistufigen Prüfung: Erstens muss ein

³⁴³ OLG Stuttgart NJW 1979, 884; BVerfG NJW 2005, 3131; BGH NSTZ 1991, 605; OLG Köln NJW 1966, 1829; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 120 Rn. 22; *ders.*, NSTZ 2013, 94 f. m.w.N.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 120 Rn. 15; abl. *Paeffgen*, FS für Fezer, S. 35.

³⁴⁴ Missverständlich *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 122a Rn. 3: „strikte, unbedingte Begrenzung“, „absolute Höchstfrist“; richtig *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 121 Rn. 1a.

³⁴⁵ Hierin erschöpft sich die Bedeutung von § 122a StPO, *Knauth*, DRiZ 1978, 338.

„wichtiger Grund“ vorliegen, der das Urteil noch nicht zulässt (Erforderlichkeit); zweitens muss die Fortdauer der Haft „gerechtfertigt“ sein (Angemessenheit). An Letzterem fehlt es, wenn die Verzögerung auf Umstände im Verantwortungsbereich der Justiz zurückgeht (Verstoß gegen Beschleunigungsgebot) oder sonst unverhältnismäßig i.e.S. ist (siehe unten 5.); im Übrigen sind die Ausnahmetatbestände eng auszulegen.³⁴⁶ Ein Haftvollzug von mehr als einem Jahr vor Beginn der Hauptverhandlung kann „nur in ganz besonderen Ausnahmefällen“ gerechtfertigt sein.³⁴⁷

„Die besondere Schwierigkeit oder der besondere Umfang der Ermittlungen“ bemisst sich nach einem Vergleich mit durchschnittlichen Verfahren. Beide Aspekte überschneiden sich und sind insbesondere anhand von Zahl, Art und Umfang der aufzuklärenden Taten, der rechtlichen und tatsächlichen Komplexität der Sache, der Anzahl der Beschuldigten, Zeugen und Sachverständigen oder der Notwendigkeit von Auslandsermittlungen im Wege der Rechtshilfe zu bewerten. Nach h.M. darf für die Beurteilung des Ermittlungsaufwands auch auf die Ausübung des Schweigerechts durch den Beschuldigten,³⁴⁸ nicht jedoch auf sein sonstiges Verhalten im Prozess abgestellt werden.³⁴⁹ Für sich genommen ohne jede Bedeutung ist dagegen die Schwere der Tat sowie die im Raum stehende Straferwartung.³⁵⁰

Die Annahme eines „anderen wichtigen Grundes“ setzt Umstände voraus, die zwar nicht in ihrer Art, aber doch in ihrer Bedeutung mit den beiden gesetzlich benannten Gründen gleichwertig sein müssen. In Betracht kommen nur solche Gegebenheiten, die den Strafverfolgungsorganen nicht zurechenbar sind, also entweder objektiv unvermeidbare Umstände (insbesondere krankheitsbedingte Ausfälle) oder aber Sachzwänge, die aus der Sphäre des Beschuldigten herrühren. Insoweit sind nach h.M. nicht nur prozessmissbräuchliche Verhaltensweisen berücksichtigungsfähig, sondern auch gesetzlich zulässige Verteidigungshandlungen, die das Verfahren verzögern.³⁵¹ Die Überlastung des Gerichts oder der Strafverfolgungs-

³⁴⁶ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 121 Rn. 1, 13 m.w.N.; siehe aber auch *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 8. m.w.N.: (potenzielles) Einfallstor für apokryphe Haftgründe.

³⁴⁷ St. Rspr, BVerfG NJW 2006, 672, 674 m.w.N.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 55.

³⁴⁸ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 121 Rn. 17; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 27; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 121 Rn. 14; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 121 Rn. 13; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 121 Rn. 14; a.A. *Knauer*, StraFo 2007, 312 f.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 929; vgl. auch BVerfG StV 2007, 36: Nachprüfungsaufwand wegen Nichtanerkennung eines (angeblichen) Geständnisses.

³⁴⁹ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 121 Rn. 17; *Knauer*, StraFo 2007, 313; a.A. *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 121 Rn. 13.

³⁵⁰ H.M., BVerfG StV 2007, 369; a.A. offenbar *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 121 Rn. 13.

³⁵¹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 28, 34 ff.; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 121 Rn. 15; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 121 Rn. 21; vgl. etwa OLG Nürnberg StV 2012, 422: „Die Verzögerung des Verfahrens wegen Wahrnehmung prozessualer Rechte, die in

organe (personelle Mängel) kommt als wichtiger Grund nur dann in Betracht, wenn sie kurzfristig ist *und* weder voraussehbar noch vermeidbar war.³⁵² Im Übrigen ist der Ermittlungsaufwand wegen nicht im Haftbefehl genannter Taten ohne Belang.

3. Verfahren zur Verlängerung über sechs Monate hinaus

Soll der Haftvollzug ausnahmsweise über sechs Monate hinaus aufrechterhalten werden, weil dies durch einen wichtigen Grund gerechtfertigt ist (§ 121 Abs. 1 StPO), so bedarf es einer besonderen Anordnung durch das OLG (§§ 121 Abs. 2, 122 StPO). Eingeleitet wird dieses besondere Haftprüfungsverfahren durch die Vorlage der Akten an das zuständige OLG, was zum Ruhen des Fristenlaufs führt (§ 121 Abs. 3 Satz 1 StPO). Zuständig für die Vorlage ist der Haftrichter (§ 126 StPO). Dieser ist zwar an ein Verlängerungsbegehren der Staatsanwaltschaft – ebenso wie an einen Freilassungsantrag (§ 120 Abs. 3 StPO) – gebunden, kann jedoch im Übrigen, d.h. bei Passivität der Staatsanwaltschaft, auch auf eigene Initiative tätig werden, wenn er die Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung des Haftbefehls (§ 120 Abs. 1 StPO) und seines Vollzugs (§ 116 StPO) weiterhin für gegeben ansieht und einen Ausnahmetatbestand nach § 121 Abs. 1 StPO bejaht.³⁵³ Im Ergebnis findet eine Vorlage also immer dann statt, wenn *entweder* der Staatsanwalt *oder* der Haftrichter sie für erforderlich hält (vgl. § 122 Abs. 1 StPO).

Vor der Entscheidung des OLG muss dem Beschuldigten und seinem Verteidiger (§ 140 StPO) rechtliches Gehör gewährt werden (§ 122 Abs. 1 Satz 1 StPO). Hierzu setzt das OLG eine Äußerungsfrist, der die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft (nur) beigelegt werden muss, wenn sie neue Tatsachen oder Beweismittel

den alleinigen Verantwortungsbereich des Angeschuldigten fällt, begründet nur dann die Aufrechterhaltung der U-Haft nicht, wenn Staatsanwaltschaft und Gericht ihrerseits hierauf nicht sachgerecht reagiert haben“; OLG Hamm StV 1996, 497 (häufiger Verteidigerwechsel mit Akteneinsichtsbegehren); OLG München StV 2001, 466 (überraschende, zeitaufwendige Beweisanträge); OLG Bamberg NJW 1995, 1689 (Leugnen der Tat); OLG Düsseldorf MDR 1987, 1048 (Verteidigungskonzeption).

³⁵² OLG Nürnberg, Beschl. vom 21.10.2014, Az.: 1 Ws 401/14 H (juris); BGH NSTz 2014, 287 (zur ausnahmsweisen Überleitung an eine Hilfsstrafkammer wegen vorübergehender Überlastung einer ordentlichen Strafammer); *Schultheis*, in: KK-StPO, § 122 Rn. 18 f.; *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 122 Rn. 22. Die Tendenz der Gerichte, bei „besonders intensiver Bearbeitung“ oder „vorfristiger Terminierung der Hauptverhandlung“ eine *Kompensation* für das *Fehlen* eines wichtigen Grundes anzunehmen, wird in der Literatur abgelehnt: *Paeffgen*, NJW 1990, 537 (apokrypher Haftverlängerungsgrund); *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 941.

³⁵³ Nur nach einer Mindermeinung soll wegen des Haftverlängerungsmonopols des OLG keine haftrichterliche Vorprüfung im Hinblick auf die Voraussetzungen nach § 121 Abs. 1 StPO stattfinden, *Schultheis*, in: KK-StPO, § 122 Rn. 2; *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 503; wie hier dagegen die ganz h.M., *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 122 Rn. 5 f. und § 121 Rn. 27; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 122 Rn. 14 f.; *Krause*, in: AK-StPO, § 121 Rn. 12.

enthält, die verwertet werden sollen.³⁵⁴ Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung steht im Ermessen des OLG (§ 122 Abs. 2 Satz 2 StPO); in der Regel wird jedoch nach Aktenlage entschieden. Findet ausnahmsweise eine Verhandlung statt, so ist diese nicht öffentlich (§ 169 GVG). § 118a StPO gilt entsprechend: Verzichtet der Beschuldigte auf sein Recht zur Anwesenheit oder stehen ihr „nicht zu beseitigende Hindernisse“ (insb. weite Entfernung, Krankheit) entgegen, so muss ein Verteidiger seine Rechte in der Verhandlung wahrnehmen, sofern das Gericht nicht von der ihm seit dem 1.11.2013 für diesen Fall eröffneten Möglichkeit einer simultanen Bild-Ton-Übertragung der Verhandlung Gebrauch macht (Abs. 2).³⁵⁵

In einem ersten Schritt hat das OLG das Fortbestehen der allgemeinen Haftvoraussetzungen (dringender Tatverdacht, Haftgrund, Verhältnismäßigkeit) festzustellen. Der zweistufigen Prüfung der Rechtfertigung ihrer Fortdauer nach § 121 Abs. 1 StPO bedarf es erst, wenn feststeht, dass weder eine Aufhebung (§ 120 StPO) noch eine Außervollzugsetzung (§ 116 StPO; vgl. § 122 Abs. 5 StPO) in Betracht kommt.³⁵⁶ Sind die Verlängerungsvoraussetzungen (§ 121 Abs. 1 StPO) zu verneinen, so kommt eine Außervollzugsetzung nicht infrage, da die Entlassung unter Auflagen sinnlos ist, wenn Verstöße nicht zum erneuten Vollzug des Haftbefehls führen können.³⁵⁷ Die Entscheidung des OLG ergeht durch Beschluss, sofern sie nicht vorher mit dem Beginn der Hauptverhandlung hinfällig wird. Ordnet das OLG unter Angabe einer alle relevanten Gesichtspunkte berücksichtigenden Begründung (§ 122 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. 114 Abs. 2 Nr. 4 StPO)³⁵⁸ die Fortdauer der Haft an, so bleibt es grundsätzlich auch für weitere Haftprüfungen (§ 117 StPO) zuständig; die Überprüfung der Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 StPO muss jeweils binnen drei Monaten wiederholt werden (§ 122 Abs. 3, 4 StPO). Hebt das OLG den Haftbefehl auf, so darf auch bei nachträglicher Veränderung der Tatsachengrundlage kein neuer Haftbefehl wegen derselben Tat erlassen und vollzogen werden.³⁵⁹ Ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des OLG findet nicht statt.

³⁵⁴ Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 122 Rn. 9; Krauß, in: BeckOK-StPO, § 122 Rn. 4; strenger Posthoff, in: HK-StPO, § 122 Rn. 5 („in jedem Fall“).

³⁵⁵ Gesetz vom 25.4.2013 (BGBl. I S. 935). Siehe die Begr., BT-Drucks. 17/1224, S. 13.

³⁵⁶ Schultheis, in: KK-StPO, § 121 Rn. 24 ff.; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 122 Rn. 25 f.

³⁵⁷ OLG Braunschweig NJW 1967, 1290; Paeffgen, in: SK-StPO, § 121 Rn. 21c.

³⁵⁸ Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Begründung von Haftfortdauerentscheidungen BVerfG, Beschl. vom 30.7.2014, Az.: 2 BvR 1457/14 (juris). Siehe auch BVerfG StV 2008, 198; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 122 Rn. 31 ff.

³⁵⁹ OLG Frankfurt NStZ 2014, 357 (unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren gegenteiligen Ansicht).

4. Fristberechnung und Anrechnungen

a) Ausgangspunkt: Untersuchungshaftvollzug wegen „derselben Tat“

Die Sechs-Monats-Frist in § 121 Abs. 1 StPO knüpft an den „Vollzug der Untersuchungshaft wegen derselben Tat“ an. Maßgeblich ist also die Gesamtdauer der tatsächlichen Vollstreckung eines oder mehrerer Haftbefehle in derselben Sache. Der Zeitraum einer der Untersuchungshaft vorangegangenen vorläufigen Festnahme ist damit ebenso irrelevant wie derjenige des Bestands des Haftbefehls.³⁶⁰

Um Zufälligkeiten und unbillige Ergebnisse zu vermeiden und einer „Reservehaltung“ von Tatvorwürfen zulasten des Beschuldigten vorzubeugen, besteht Einigkeit, dass das Merkmal der Tatidentität weiter zu verstehen ist als der Begriff der prozessualen Tat (§ 264 StPO). Nach h.M. umfasst er alle prozessualen Taten des Beschuldigten, sobald diese im Sinne eines dringenden Tatverdachts zur Kenntnis der Strafverfolgungsorgane gelangt sind und daher in den Haftbefehl hätten aufgenommen werden *können*, egal, ob sie Gegenstand desselben oder getrennter Verfahren sind („erweiterter Tatbegriff“).³⁶¹ Die Frist beginnt also nicht erneut zu laufen, wenn die Untersuchungshaft aufgrund eines neuen oder erweiterten Haftbefehls vollzogen wird, der lediglich Tatvorwürfe enthält, die bereits bei Erlass des ersten Haftbefehls bekannt waren. Umgekehrt wird jedoch eine neue Sechs-Monats-Frist in Gang gesetzt, wenn erst nach Erlass des ersten Haftbefehls eine neue Tat bekannt wird und deswegen ein neuer oder erweiterter Haftbefehl ergeht.

b) Fristbeginn und Fristende

Die Frist beginnt, sobald der Beschuldigte entweder aufgrund eines Haftbefehls ergriffen wird (Situation des § 115 Abs. 1 StPO) oder der Richter gegen den vorläufig Festgenommenen Haftbefehl erlässt, ohne ihn außer Vollzug zu setzen (Situation des § 128 StPO). Im zweitgenannten Fall läuft sie also nicht bereits mit der vorläufigen Festnahme an.³⁶² Nach einer Ansicht ist der Tag, an dem die Untersuchungshaft beginnt, in die Frist miteinzurechnen (z.B. Fristbeginn: 1.1., Ende: 30.6., 24.00 Uhr); die Gegenauffassung wendet § 43 Abs. 1 StPO an (im Beispiel: Fristende, 1.7., 24.00 Uhr).³⁶³

³⁶⁰ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 10; Schultheis, in: KK-StPO, § 121 Rn. 6.

³⁶¹ Schultheis, in: KK-StPO, § 121 Rn. 10 f.; ders., NSTZ 2013, 93 f. m.w.N.; Krauß, in: BeckOK-StPO, § 121 Rn. 5 ff.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 121 Rn. 11 ff.; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 14 ff., 16; OLG Düsseldorf StV 2004, 496; OLG Hamm NSTZ-RR 1998, 277; OLG Stuttgart NSTZ-RR 1999, 318; OLG Zweibrücken NSTZ-RR 1998, 182; a.A. (Verfahrensidentität) OLG Köln NSTZ-RR 2001, 123; OLG Koblenz NSTZ-RR 2001, 124, 125.

³⁶² OLG Braunschweig NJW 1966, 116; krit. Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 13.

³⁶³ Im ersteren Sinne Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 121 Rn. 4; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 13; Paeffgen, in: SK-StPO, § 121 Rn. 4; im letzteren Sinne dagegen

Wenngleich der Regelung in § 121 Abs. 1 StPO die Vorstellung zugrunde liegt, dass in Haft(vollzugs)fällen unter normalen Umständen binnen sechs Monaten ein Urteil ergehen muss, ergibt sich aus § 121 Abs. 3 Satz 2 StPO (Ruhensfrist ab Beginn der Hauptverhandlung bis zum Urteilsspruch), dass es für die Fristwahrung ausreicht, wenn die Hauptverhandlung rechtzeitig eröffnet wird. Eine weitere Erleichterung sieht Satz 1 vor (Ruhensfrist ab Aktenvorlage an das OLG bis zu dessen Entscheidung), der belegt, dass es sich um eine Vorlage-, nicht um eine Entscheidungserwirkungsfrist handelt. Im Übrigen führt die verspätete Vorlage nicht ohne Weiteres zur Aufhebung der Haft, da § 121 Abs. 2 StPO für den Haftrichter gilt, wohingegen das OLG sich allein an den inhaltlichen Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 StPO zu orientieren hat.³⁶⁴ Schließlich macht selbst eine erst *nach* Aktenvorlage erfolgende Eröffnung der Hauptverhandlung das OLG-Verfahren hinfällig (Fortfall der Prüfkompetenz) – egal, ob die Sechs-Monats-Frist bei der Vorlage gewahrt wurde (vgl. dagegen den Wortlaut von § 121 Abs. 3 StPO) oder ob die Voraussetzungen nach § 121 Abs. 1 StPO vorliegen.³⁶⁵

c) Berücksichtigung anderweitiger Freiheitsentziehungen

Da es auf die Gesamtdauer des effektiven Vollzugs ankommt, werden verschiedene Haftphasen addiert, während Unterbrechungen, etwa nach § 116 StPO oder wegen eines Haftaufenthalts *in anderer Sache*, außer Betracht bleiben.³⁶⁶

In die Berechnung einbezogen werden Zeiten einer einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO). Dies gilt seit der 2007 eingefügten Verweisungsvorschrift in § 126a Abs. 2 Satz 2 StPO nicht mehr nur für die Fälle eines kontinuierlichen Freiheitsentzugs, sondern auch bei vorübergehend erfolgter Entlassung.³⁶⁷ Verwahraufenthalte nach § 81 StPO werden jedenfalls dann berücksichtigt, wenn die Untersuchungshaft währenddessen weiter vollzogen wird.³⁶⁸ Irrelevant sind dagegen die Zeiten der nach den §§ 230 Abs. 2, 236, 329 Abs. 4, 412 Satz 1 StPO erlittenen Ungehorsamshaft.³⁶⁹ Gleiches gilt für Unterbringungszeiten nach Landesunterbrin-

Schultheis, in: KK-StPO, § 121 Rn. 6; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 121 Rn. 7; OLG Hamm BeckRS 2007, 15322.

³⁶⁴ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 58; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 121 Rn. 31; OLG Bamberg NSTZ 1981, 403; OLG Dresden, NSTZ 2004, 644.

³⁶⁵ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 19 m.w.N.; OLG Hamm wistra 1998, 198.

³⁶⁶ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 121 Rn. 4; KG NSTZ-RR 1997, 75.

³⁶⁷ *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 121 Rn. 3; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 121 Rn. 5 ff.; a.A. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 121 Rn. 6, der offenbar an der alten Rechtslage festhält.

³⁶⁸ In diesem Sinne *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 121 Rn. 5; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 121 Rn. 6; a.A. (Anrechnung auch bei ausdrücklicher Unterbrechung des Haftvollzugs) OLG Dresden NSTZ-RR 2002, 60; KG NSTZ 1997, 148.

³⁶⁹ *Posthoff*, in: HK-StPO, § 121 Rn. 8; KG NSTZ-RR 1997, 7; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 121 Rn. 4a: „wortlaut- wie sinnwidrig“.

gungsrecht sowie Aufenthalte in Auslieferungshaft und allgemein jegliche im Ausland verbrachten Haftzeiten.³⁷⁰

d) *Exkurs: Anrechnung auf spätere Verurteilung*

Die Untersuchungshaft, die der später Verurteilte „aus Anlass einer Tat, die Gegenstand des Verfahrens ist oder gewesen ist“ tatsächlich – im In- oder Ausland – erlitten hat, ist auf eine spätere Verurteilung anzurechnen, sofern das Gericht dies nicht im Hinblick auf sein Nachtatverhalten für ungerechtfertigt hält (§ 51 Abs. 1 StGB). Um Zufälligkeiten und eine unbillige Benachteiligung des Betroffenen zu vermeiden, ist der Begriff der verfahrensgegenständlichen Tat auch hier nicht formal zu verstehen. Es genügt vielmehr eine funktionale Verfahrenseinheit im Sinne eines Zusammenhangs oder irgendwie gearteten sachlichen Bezugs.³⁷¹ Umstritten ist, ob eine hypothetische Verbindungsmöglichkeit oder potenzielle Gesamtstrafenfähigkeit für die Einbeziehung verfahrensfremder Taten analog § 51 StGB ausreicht.³⁷²

Insbesondere im Fall einer *überlangen* Haft- und/oder Verfahrensdauer (Art. 5 Abs. 3, 6 Abs. 1 EMRK) ist darüber hinaus und unabhängig davon – anstelle der früher gewährten Strafminderung – im Tenor auszusprechen, dass ein bezifferter Teil der Strafe zur Entschädigung als vollstreckt gilt (Rechtsgedanke von § 51 StGB).³⁷³ Außerdem dürfen besonders beschwerende Umstände des Haftvollzugs strafmildernd in Ansatz gebracht werden.³⁷⁴

5. Verhältnismäßigkeit und Beschleunigungsgrundsatz

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gilt nicht nur für das „Ob“, sondern auch für das „Wie“ (§ 119 Abs. 1 StPO sowie z.B. § 4 Abs. 2 UVollzG Bln)³⁷⁵ und vor allem das „Wie lange“ bzw. „Ob noch“ der Freiheitsentziehung (Haftausschließungsgrund, § 120 Abs. 1 Satz 1 StPO). Besondere Bedeutung kommt ihm bei der Haftdauer in seiner Ausprägung als Beschleunigungsgrundsatz zu, der über das Konventionsrecht Eingang in das Strafverfahren gefunden und sich als fester Be-

³⁷⁰ OLG Düsseldorf NSTz 1996, 355; OLG Koblenz NSTz-RR 1998, 21; OLG Hamm NJW 1966, 314; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 121 Rn. 6 ff.

³⁷¹ BGH NJW 1997, 2392; *Stree/Kinzig*, in: Schönke/Schröder, § 51 Rn. 10.

³⁷² Dafür *Maier*, in: MüKo-StGB, § 51 Rn. 25; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 121 Rn. 4c; BVerfG NSTz 2001, 501; OLG Nürnberg NSTz 1990, 406; a.A. OLG Celle NSTz 1985, 168.

³⁷³ BGH (Gr. Sen.), NJW 2008, 860. Siehe unten E.3.a.cc.

³⁷⁴ BGH NSTz 2014, 31; StV 2009, 80.

³⁷⁵ Siehe BVerfG NJW 1973, 1363; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1030 f., 1033 ff.

standteil des Haftrechts – mit Verfassungsrang (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG)³⁷⁶ – etabliert hat.

Der praktische Stellenwert der gesetzlichen Fristenregelung mit ihren zeitlichen Höchstgrenzen (§§ 121–122a StPO) darf mithin nicht überbewertet werden, denn die Haft kann ohne Weiteres auch schon vor Erreichen der Sechs-Monats-Marke wegen Unverhältnismäßigkeit oder Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes aufzuheben sein.³⁷⁷ Immerhin erlangen beide Aspekte spätestens bei der Prüfung der „Rechtfertigung“ – also der Erforderlichkeit und Angemessenheit – der Haftfortdauer durch das OLG (§ 121 Abs. 1 StPO) zentrale Bedeutung in der Praxis.

a) Allgemein: Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

In systematischer Verlängerung von § 112 Abs. 1 Satz 2 StPO ordnet § 120 Abs. 1 Satz 1 StPO an, dass der Haftbefehl aufzuheben ist, wenn sein weiterer Vollzug zur Bedeutung der Sache und den zu erwartenden Rechtsfolgen außer Verhältnis stehen würde. Dies ist regelmäßig – aber nicht zwingend – anzunehmen, wenn er das Maß der zu erwartenden Freiheitsstrafe erreicht oder gar überschreitet.³⁷⁸ Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt der Dauer der Untersuchungshaft jedoch auch unabhängig von der Straferwartung Grenzen (vgl. § 121 Abs. 1 StPO).³⁷⁹

Ebenso wie bei ihrer Anordnung kommt es auch bei der Dauer der Maßnahme darauf an, ob diese im Hinblick auf die mit ihr verfolgten Haftgründe (noch) geeignet, erforderlich und angemessen ist. Insoweit ist der Freiheitsanspruch des nicht rechtskräftig verurteilten Beschuldigten als ständiges Korrektiv zu berücksichtigen.³⁸⁰ Bei der fortlaufend gebotenen Abwägung kommt es in erster Linie auf die durch objektive Kriterien bestimmte Angemessenheit der Verfahrensdauer an, die etwa von der Komplexität der Rechtssache, der Anzahl der beteiligten Personen oder dem Verhalten der Verteidigung abhängig sein kann und eine Analyse des Verfahrensablaufs im Einzelfall erfordert.³⁸¹ Dabei darf stets nur auf solche Taten abgestellt werden, die Gegenstand des Haftbefehls sind.³⁸²

Im Rahmen der Abwägung gewinnt der Freiheitsanspruch des inhaftierten Beschuldigten gegenüber dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse mit zunehmender

³⁷⁶ St. Rspr., siehe BVerfG StV 2011, 31; 2006, 703.

³⁷⁷ BVerfG StV 2007, 369; NStZ-RR 2007, 311; *Knauer*, StraFo 2007, 309, 311.

³⁷⁸ OLG Bamberg NJW 1996, 1222; OLG Frankfurt NStZ 1986, 568; *Münchhallfen/Gatzweiler*, Untersuchungshaft, Rn. 350; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 120, Rn. 2; *Schulteis*, NStZ 2014, 140.

³⁷⁹ BVerfG StV 2009, 479; 2006, 81; NJW 1974, 307.

³⁸⁰ BVerfG StV 2009, 479; 2008, 421; NJW 1974, 307; NStZ-RR 2007, 311.

³⁸¹ BVerfG NJW 2006, 672; 2005, 3485; StV 2008, 199; 2008, 421.

³⁸² BGH StV 1986, 65; OLG Oldenburg NStZ-RR 2006, 252.

Dauer der Maßnahme an Gewicht.³⁸³ Wie bereits gesehen steigen außerdem die Voraussetzungen für die Annahme eines dringenden Tatverdachts und die Bejahung der Haftgründe. Mithin wachsen die Anforderungen an die Aufrechterhaltung der Haft mit fortschreitendem Verlauf der Freiheitsentziehung.³⁸⁴ Wegen der aus dieser Dynamik folgenden Möglichkeit einer Verschiebung der für die Verhältnismäßigkeitsabwägung maßgeblichen Umstände muss sich jeder Haftfortdauerbeschluss in aktueller und näher zu begründender Weise mit dieser Thematik befassen.³⁸⁵ Der hohe Rang, den die Freiheit der Person als unverzichtbare Grundlage für die Ausübung der anderen Grundrechte einnimmt, gebietet es, einen strengen Prüfungsmaßstab anzulegen (vgl. § 121 Abs. 1 StPO).³⁸⁶

b) Insbesondere: Beschleunigungsgrundsatz

Seine wichtigste Konkretisierung erfährt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im haftrechtlichen Beschleunigungsgebot, das – über seine einfachgesetzliche Ausprägung in § 121 Abs. 1 StPO hinaus – in Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG und Art. 5 Abs. 3 EMRK verankert ist.³⁸⁷ Der Grundsatz besagt, dass die Organe der Strafjustiz alle möglichen und zumutbaren Dispositionen treffen müssen, um die Ermittlungen so schnell wie möglich abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Verfahren mit Untersuchungshaft sind grundsätzlich vorrangig zu behandeln. An die zügige Durchführung des Verfahrens sind umso höhere Anforderungen zu stellen, je länger die Haft bereits andauert.³⁸⁸ Der Haftvollzug von mehr als einem Jahr bis zum Beginn der Hauptverhandlung kann nur in ganz besonderen Ausnahmefällen gerechtfertigt sein.³⁸⁹ Sofern nicht besondere Umstände vorliegen, verlangt das Beschleunigungsgebot, dass innerhalb von drei Monaten nach Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Hauptverhandlung begonnen wird.³⁹⁰

Im Hinblick auf das Gewicht der zu ahndenden Straftat können zwar kleinere Verzögerungen die Fortdauer der Untersuchungshaft rechtfertigen, auch bleiben leichte Fehler und Versäumnisse außer Betracht. Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen können die Haftfortdauer jedoch dann nicht mehr legitimieren, wenn

³⁸³ BVerfG NStZ-RR 2002, 24; NStZ 2005, 456; NJW 1974, 307.

³⁸⁴ BVerfG StV 2009, 479; StV 2006, 81; NStZ 2005, 456.

³⁸⁵ BVerfG NStZ 2005, 456; NJW 2002, 207; NStZ-RR 1999, 12.

³⁸⁶ BVerfG StV 2000, 322.

³⁸⁷ Zur Komplettierung dieses speziellen Beschleunigungsgebots in Haftsachen durch das allgemeine Verbot rechtsstaatswidriger Verzögerungen gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK siehe OLG Hamm, Beschl. vom 9.12.2014, Az.: 1 Ws 631/14 (juris).

³⁸⁸ BVerfG StV 2008, 421; BVerfG NStZ-RR 2002, 24, 25; NJW 1974, 307; zu den aus dem Beschleunigungsgebot abzuleitenden Anforderungen an die zügige Planung und Durchführung der Hauptverhandlung siehe etwa BGH NJW 2013, 247, 248 f.

³⁸⁹ BVerfG NStZ-RR 2014, 314; StV 2008, 198; 2006, 81; 2000, 322.

³⁹⁰ BVerfG StV 2008, 421; NStZ-RR 2007, 311.

sie auf grobe Fehler oder Versäumnisse der Strafverfolgungsorgane zurückzuführen sind.³⁹¹ Auch die Schwere der Tat und die sich daraus ergebende Straferwartung kann jedenfalls bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zurechenbaren Verfahrensverzögerungen nicht zur Rechtfertigung einer ohnehin schon lang andauernden Untersuchungshaft herangezogen werden. Im Fall von Verfahrensverzögerungen, die vom Beschuldigten nicht zu vertreten, sachlich nicht gerechtfertigt, vermeidbar und erheblich sind, steht das Beschleunigungsgebot also regelmäßig einer weiteren Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft entgegen.³⁹²

Das Beschleunigungsgebot gilt für das gesamte Strafverfahren. Es verliert seine Bedeutung nicht durch den Erlass des erstinstanzlichen Urteils, sondern ist auch noch im Rechtsmittelverfahren bei der Prüfung der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft zu beachten. Allerdings erhöht sich bereits mit der Verurteilung das Gewicht des staatlichen Strafanspruchs trotz der zu diesem Zeitpunkt noch fehlenden Rechtskraft (vgl. § 121 Abs. 1 StPO und Art. 5 Abs. 3 EMRK).³⁹³

D. Garantien

1. Recht auf Information

a) Haftspezifische Belehrungen im Zusammenhang mit der Ergreifung

Bis zum 31.12.2009 beschränkten sich die Informationspflichten bei der haftbefehlsbedingten Ergreifung auf die Vorgaben in § 114a StPO a.F. Danach war dem Beschuldigten der Haftbefehl bei der Verhaftung bekanntzugeben. War dies nicht möglich, so musste ihm vorläufig mitgeteilt werden, welcher Tat er verdächtig war, und die Bekanntgabe des Haftbefehls war unverzüglich nachzuholen. Darüber hinaus war ihm eine Abschrift des Haftbefehls auszuhändigen (zum Inhalt siehe oben B.4.a.). Das U-HaftRÄndG 2009 hat nicht nur diese haftspezifischen Informationspflichten konkretisiert (§ 114a StPO n.F.), sondern es wurden erstmals auch schon im Vorfeld der richterlichen Vernehmung Belehrungspflichten eingeführt (§ 114b StPO). Diese wurden vor kurzem mit dem Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren vom 2.7.2013 zur Umsetzung unter anderem der EU-Richtlinie 2012/13/EU vom 22.5.2012 um zusätzliche Belehrungselemente ergänzt.

³⁹¹ BVerfG NStZ-RR 2014, 314; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 121 Rn. 10–12 m.w.N.

³⁹² BVerfG StV 2008, 198; 2008, 421; 2005, 220; 2000, 322; NJW 2006, 672; 2005, 3485, 3487; *Graf*, in: KK-StPO, Vor §§ 112 ff. Rn. 9.

³⁹³ BVerfG StV 2008, 421; 2005, 220; zum Einsatz gezielter Beschleunigungsmaßnahmen in der Praxis siehe die Rechtsprechungsanalyse von *Dessecker*, HRRS 2007, 116; zu den Anforderungen aus Sicht der neueren Rspr. siehe *Schultheis*, NStW 2013, 92 f. m.w.N.

aa) Mitteilung der Gründe der Verhaftung und des Tatvorwurfs

Der mit Wirkung zum 1.1.2010 neu gefasste § 114a StPO schreibt vor, dass dem Beschuldigten bei der Verhaftung eine Abschrift des Haftbefehls (§ 114 StPO) auszuhändigen ist, wobei im Fall von unzureichenden Deutschkenntnissen eine Übersetzung beizufügen ist (Satz 1).³⁹⁴ Ist dies nicht möglich, so sind ihm unverzüglich in einer für ihn verständlichen Sprache die Gründe der Verhaftung und die gegen ihn erhobenen Beschuldigungen mitzuteilen; die Aushändigung der Abschrift und einer etwaigen Übersetzung ist in diesem Fall unverzüglich nachzuholen (Satz 2, 3).

Im Unterschied zu früher ist die Bekanntgabe des Haftbefehls nicht mehr in § 114a StPO geregelt, sondern richtet sich jetzt nach der allgemeinen Bekanntmachungsvorschrift in § 35 StPO; danach genügt regelmäßig die formlose Mitteilung (Abs. 2 Satz 2), anhand derer dem Betroffenen – über die Aushändigung des Schriftstücks hinaus – der Sinn des Haftbefehls erschlossen werden muss.³⁹⁵ Hinsichtlich des Zeitpunkts der Aushändigung ist nunmehr im Sinne der bisher h.M. klargestellt, dass sie bei der Festnahme bzw. unverzüglich danach – *spätestens* also bei der richterlichen Vernehmung – zu erfolgen hat.³⁹⁶ Kommt eine sofortige Aushändigung nicht in Betracht, so ist anders als nach bisheriger Rechtslage nicht nur der Tatvorwurf unverzüglich zu eröffnen, sondern auch der Haftgrund.³⁹⁷ Schließlich trägt das Gesetz fehlenden Deutschkenntnissen nun auch explizit Rechnung.³⁹⁸

bb) Belehrung über die Rechte des verhafteten Beschuldigten

Für die seit 2010 gesetzlich vorgeschriebene Belehrung des „verhafteten Beschuldigten“ – über die Vorführung vor den Richter vor Ablauf des Folgetages (§§ 115 f. StPO), sein Schweigerecht, sein Beweisantragsrecht, sein Verteidigerkonsultationsrecht, sein Recht auf ärztliche Untersuchung und sein Benachrichtigungsrecht (§ 114c StPO) – welche sich seit 2013 auch auf das Recht auf Inanspruchnahme eines Pflichtverteidigers (§§ 140 f. StPO), das Akteneinsichtsrecht (§ 147 StPO) und die im Fall der Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft zustehenden Rechtsbehelfe (§§ 117 ff., 304 ff. StPO) erstreckt, gilt das bei der Poli-

³⁹⁴ Siehe zum grundsätzlichen Anspruch auf schriftliche Übersetzung nunmehr auch den zur Umsetzung der RL 2010/64/EU und 2012/13/EU mit Gesetz vom 2.7.2013 neu gefassten § 187 GVG, der außerdem die Frage der Heranziehung eines Dolmetschers regelt, sowie die entsprechenden Belehrungspflichten in § 114b Abs. 2 Satz 3 StPO n.F.

³⁹⁵ *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 114a Rn. 2; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114a Rn. 3b.

³⁹⁶ Dazu und zur Möglichkeit eines Verzichts auf die Abschrift *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 114a Rn. 4; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 114a Rn. 5 f.

³⁹⁷ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114a Rn. 4; siehe auch *Weider*, StV 2010, 102.

³⁹⁸ *Kazele*, NJ 2010, 2; so auch schon die bisher h.M., siehe *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114a Rn. 7 und Nr. 181 Abs. 2 RiStBV; zur Praxis siehe aber *Brocke/Heller*, StraFo 2011, 1.

zeihaft zu § 114b StPO Ausgeführte entsprechend. Erinnert sei insbesondere an den grundsätzlichen Vorrang der Schriftform der Belehrung (Abs. 1 Satz 2).³⁹⁹

cc) Belehrungen bei Zwischenschaltung einer polizeilichen Vernehmung

Wird der aufgrund eines Haftbefehls Ergriffene – womöglich unter Verstoß gegen die Pflicht zur unverzüglichen Vorführung vor den Richter (§§ 115, 115a StPO) – zunächst polizeilich vernommen, so gelten die allgemeinen Hinweis- und Belehrungspflichten nach § 163a Abs. 4 i.V.m. § 136 Abs. 1 StPO (siehe oben II.).

b) *Belehrungen bei der richterlichen Entscheidung über die Haft*

aa) Vernehmungsspezifische Belehrungen

Handelt es sich bei der auf die haftbefehlsbedingte Ergreifung (§§ 115, 115a StPO) bzw. auf die vorläufige Festnahme (§ 128 StPO) folgenden Vorführung um die *erste* richterliche Vernehmung, so sind dem Beschuldigten – ungeachtet früherer Belehrungen gemäß § 114b StPO und ggf. §§ 163a Abs. 4, 136 Abs. 1 StPO – nach allgemeinen Grundsätzen der Tatvorwurf und die einschlägigen Strafvorschriften zu eröffnen, und er ist über sein Schweigerecht, sein Verteidigerkonsultationsrecht und sein Beweisantragsrecht zu belehren sowie in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit einer schriftlichen Äußerung und eines Täter-Opfer-Ausgleichs hinzuweisen (§ 136 Abs. 1 StPO); hinzugekommen ist mit Wirkung zum 6.7.2013 infolge der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU außerdem die Belehrung über die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung (Satz 3 n.F.). Darüber hinaus gelten für die richterliche Vernehmung des festgenommenen Beschuldigten stets auch die besonderen Hinweis- und Belehrungspflichten nach §§ 115 f. StPO.

Bei der Vernehmung vor dem „zuständigen Richter“ (§ 115 StPO) ist der Beschuldigte auf die belastenden Umstände hinzuweisen und über sein Schweigerecht zu belehren (§ 115 Abs. 3 Satz 1 StPO). Da dem Beschuldigten Gelegenheit gegeben werden soll, alle Verdachts- und Haftgründe zu entkräften und alle Tatsachen geltend zu machen, die zu seinen Gunsten sprechen (§ 115 Abs. 3 Satz 2 StPO) darf der Richter nicht einfach abwarten, ob der Beschuldigte Erklärungen abgeben will, sondern er hat ihn ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass er dazu berechtigt ist.⁴⁰⁰ Während Form und Inhalt der Schweigerechtsbelehrung § 136 Abs. 1 StPO entsprechen, gehen die Anforderungen an die Unterrichtung über die Belastungs-

³⁹⁹ Die Formulare sind abrufbar unter www.bmj.de/DE/Service/StatistikenFachinformationenPublikationen/Fachinformationen/Belehrungsformulare/_node.html [Stand: 12/2014]. Die aufgrund des Gesetzes zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren (Gesetz vom 2.7.2013, BGBl. I S. 1938) erforderlichen Anpassungen und Ergänzungen sind dort inzwischen ebenfalls berücksichtigt.

⁴⁰⁰ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 115 Rn. 17.

momente über die allgemein für die Beschuldigtenvernehmung geltenden Vorgaben weit hinaus.⁴⁰¹ Sie darf sich nicht auf eine Mitteilung des Haftbefehlsinhalts beschränken, sondern umfasst auch das für die Haft in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht relevante Belastungsmaterial.⁴⁰² Verfassungsrechtlicher Maßstab ist die aus Art. 103 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG (Prinzip des fairen Verfahrens) folgende Pflicht des Haftrichters, dem inhaftierten Beschuldigten effektives rechtliches Gehör zu gewähren. Dies setzt voraus, dass er so substantiiert wie möglich über Tatvorwurf, Verdachts- und Haftgründe unterrichtet wird, damit er die Gelegenheit erhält, eine wirksame Verteidigung in der Haftsache vorzubereiten und die gegen ihn erhobenen Verdachts- und Haftgründe zu entkräften.⁴⁰³

„In diesem Zusammenhang ist dem Beschuldigten das gesamte gegen ihn zusammengetragene Belastungsmaterial, das den Gegenstand des Verfahrens bildet und für die Haftfrage bedeutsam ist, mitzuteilen. Er muss über die Tatsachen, Beweisanzeichen usw., die den dringenden Tatverdacht und den Haftgrund ergeben, ins Bild gesetzt werden. Auch die sich aus den Akten ergebenden entlastenden Umstände müssen ihm bekanntgemacht werden.“⁴⁰⁴

Einschränkungen sind unzulässig, insbesondere gilt weder § 114 Abs. 2 Nr. 4 (a.E.) noch § 147 Abs. 2 (Satz 1) StPO analog.

Wurde die Akteneinsicht nach der zuletzt genannten Vorschrift verweigert, so war früher im Einzelfall zu prüfen, ob eine mündliche Unterrichtung im Rahmen des § 115 Abs. 3 StPO für eine effektive Verteidigung ausreichen konnte. Nur wenn das zu verneinen war, schied eine Vollstreckung des Haftbefehls aus, falls die verbleibenden Verdachtsmomente allein nicht imstande waren, die Haft zu rechtfertigen.⁴⁰⁵ Da diese Lösung („Einzelfallkorrektur“ des § 147 Abs. 2 StPO über § 115 Abs. 3 StPO) den neueren Standards des EGMR nicht standhält, hat die Unterrichtung nach § 115 Abs. 3 StPO einen Teil ihrer bisherigen Bedeutung eingebüßt: Zum einen darf in Haftsachen der Zugang des Verteidigers zu den für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Haft wesentlichen Informationen nicht beschränkt werden (vgl. den zum 1.1.2010 eingefügten § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO n.F.);⁴⁰⁶ zum anderen reicht es für die im Rahmen des Art. 5 Abs. 4 EMRK zu gewährleistende Waffengleichheit nicht aus, wenn der Verteidiger, dem der Zugang zu den oben bezeichneten Schriftstücken versagt wurde, lediglich mündlich über die in der Akte enthaltenen Tatsachen und Beweismittel informiert wird.⁴⁰⁷

⁴⁰¹ Vgl. a.a.O., Rn. 18.

⁴⁰² BVerfG NStZ-RR 1998, 108 f.

⁴⁰³ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, Vor § 112 Rn. 23.

⁴⁰⁴ BVerfG NStZ 1994, 551, 552; siehe auch BVerfG NStZ-RR 1998, 108 f.

⁴⁰⁵ BVerfG NStZ 1994, 551; NStZ-RR 1998, 108; OLG Brandenburg NStZ-RR 1997, 107; OLG Köln NStZ 2002, 659; KG StV 1993, 370; Graf, in: KK-StPO, § 115 Rn. 9.

⁴⁰⁶ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 115 Rn. 8; EGMR, *Schöps ./. Deutschland*, NJW 2002, 2018.

⁴⁰⁷ EMGR (GrK), StV 2010, 490; Posthoff, in: HK-StPO, § 115 Rn. 16.

Da der „nächste Richter“ mit der Akte nicht vertraut ist, wird § 115 Abs. 3 StPO bei der vor ihm durchzuführenden Vernehmung nur „soweit möglich“ angewandt (§ 115a Abs. 2 Satz 2 StPO). Die fehlende Aktenkenntnis lässt zwar die Pflicht zur Belehrung über das Schweigerecht unberührt, reduziert jedoch zwangsläufig die Anforderungen, die an die Schilderung der Belastungsmomente und die Durchführung der Sachvernehmung zu stellen sind.⁴⁰⁸ Dies entbindet den Richter allerdings nicht von der Aufgabe, das in seinen Kräften Stehende zu unternehmen (ggf. telefonische Kontaktierung des zuständigen Richters), um die grundsätzliche Pflicht zur Sachvernehmung und -unterrichtung so gut wie möglich zu erfüllen.⁴⁰⁹

Für die richterliche Vernehmung des vorläufig Festgenommenen gilt § 115 Abs. 3 StPO uneingeschränkt (§ 128 Abs. 1 Satz 2 StPO). Die Hinweis- und Belehrungspflichten werden ggf. auch hier durch § 136 Abs. 1 StPO komplettiert.⁴¹⁰

bb) Haftspezifische Belehrungen bei Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung

Wird die Freiheitsentziehung im Anschluss an die Vernehmung durch den zuständigen oder nächsten Richter aufrechterhalten bzw. im Fall des § 128 StPO durch richterlichen Haftbefehl bestätigt, so ist der Beschuldigte – seit 2013: *erneut* (§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 StPO n.F., siehe oben) – über sein Beschwerderecht und die anderen Rechtsbehelfe nach §§ 117–119a StPO zu belehren (§ 115 Abs. 4 Satz 1 StPO i.V.m. 115a Abs. 3 Satz 2, 128 Abs. 2 Satz 2 StPO). Im Unterschied zu der vor 2010 geltenden Gesetzesfassung erstreckt sich diese Belehrung – ebenso wie die neue Belehrung nach § 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 StPO lit. b und c n.F. – nunmehr auch auf Rechtsbehelfe gegen Maßnahmen und Beschränkungen im Haftvollzug (§§ 119 Abs. 5, 119a StPO) und das korrelierende Beschwerderecht.⁴¹¹

Fand die Vernehmung vor dem nächsten Richter statt, so ist der Beschuldigte außerdem auf sein Recht hinzuweisen, die Vorführung vor das zuständige Gericht zur Vernehmung nach § 115 StPO zu verlangen (§ 115a Abs. 3 Satz 1, 2 StPO).

c) Unterrichtungen und Informationszugang im Haftvollzug

Die UVollzO ordnete bei der Aufnahme in die Haftanstalt eine Belehrung des Gefangenen über seine Rechte und Pflichten an, die auch durch den Hinweis auf ein im Haftraum angebrachtes Merkblatt erfolgen konnte; außerdem war auf sein Benachrichtigungsrecht hinzuweisen (Nr. 16 Abs. 2, 3 UVollzO). Die meisten

⁴⁰⁸ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 115a Rn. 4; Graf, in: KK-StPO, § 115a Rn. 3; a.A. Wankel, in: KMR, § 115 Rn. 2: „keine Hinweise nach § 115 Abs. 3 Satz 1“.

⁴⁰⁹ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 115a Rn. 7.

⁴¹⁰ Paeffgen, in: SK-StPO, § 128 Rn. 6; Schultheis, in: KK-StPO, § 128 Rn. 6.

⁴¹¹ Kazele, NJ 2010, 2 f.; Wankel, in: KMR, § 115 Rn. 14; Krauß, in: BeckOK-StPO, § 115 Rn. 8–12.

UVollzG der Länder sehen nunmehr vor, dass mit dem Häftling „unverzüglich“ nach Haftantritt ein Zugangsgespräch zu führen ist. Dabei wird er über seine Rechte und Pflichten informiert, und ihm wird die Hausordnung ausgehändigt; das UVollzG, die von ihm in Bezug genommenen Gesetze und die zu seiner Ausführung erlassenen Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften sind auf Verlangen zugänglich zu machen (z.B. § 7 UVollzG Bln).⁴¹² Für die Einsichtnahme in die Gefangenenakte gelten die landesrechtlichen Datenschutzbestimmungen (z.B. § 68 JVollzDSG Bln: Vetorecht der Staatsanwaltschaft bei Ermittlungsbezug).

Soweit dem inhaftierten Beschuldigten haftzweckbezogene Beschränkungen auferlegt werden, ist er über die Anordnung in Kenntnis zu setzen (119 Abs. 1 Satz 6 StPO). Werden besondere Sicherungsmaßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt getroffen (z.B. § 49 UVollzG Bln), so sehen die Landesgesetze in der Regel vor, dass diese Maßnahmen dem Untersuchungsgefangenen von der Anstaltsleitung mündlich eröffnet werden und unter anderem der Verteidigung unverzüglich mitzuteilen sind (z.B. § 52 Abs. 3, 5 UVollzG Bln). Entsprechendes gilt für Disziplinarmaßnahmen, deren Anordnung nun ebenfalls nicht mehr dem Richter, sondern der Anstaltsleitung obliegt (z.B. § 64 Abs. 4, 6 UVollzG Bln).

Im Übrigen hat der Untersuchungshäftling ein aus Art. 5 Abs. 1 GG folgendes allgemeines Informationsrecht, das nur bei zwingendem Anlass und nach einer Einzelfallprüfung eingeschränkt werden darf.⁴¹³ Neben der vom Musterentwurf vorgesehenen Teilnahme am Rundfunkempfang der Anstalt (z.B. § 28 UVollzG Bln) ist auch der Betrieb eines eigenen Radios oder Fernsehers zu gestatten, wenn dem nicht im Einzelfall der Haftzweck oder die Sicherheit und Ordnung der Anstalt entgegenstehen (so explizit Art. 13 Abs. 3 BayUVollzG; vgl. auch die frühere Nr. 40 Abs. 2 UVollzO).⁴¹⁴ Nach Auffassung des BVerfG darf der Zeitschriftenbezug auf vier Titel beschränkt und bei konkreten Anhaltspunkten für eine Gefährdung des Untersuchungshaftzwecks oder eine Störung der Ordnung in der Anstalt versagt werden (vgl. nun z.B. § 27 UVollzG Bln; enger dagegen noch der ehemalige Nr. 45 UVollzO).⁴¹⁵

⁴¹² Siehe *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1045 Fn. 53 m.w.N. zu entsprechenden Regelungen in den anderen Bundesländern.

⁴¹³ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 38; zur Entwicklung *Müller-Dietz*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 241 f.; zur Einzelfallprüfung OLG Frankfurt MDR 1978, 594; a.A. KG NJW 1979, 175.

⁴¹⁴ Weiterführend *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1091 ff. m.w.N.

⁴¹⁵ BVerfG NSTz 1982, 132 (Höchstzahl); NSTz 1994, 145 (Ausschluss im Einzelfall).

d) *Aktenbezogener Informationsanspruch des Beschuldigten*

Hinsichtlich der Frage, inwieweit der Beschuldigte über ein *eigenes* Akteneinsichtsrecht bzw. einen entsprechenden Informationsanspruch verfügt (vgl. § 147 Abs. 7 i.V.m. Abs. 2 StPO), sei auf die Ausführungen zur Polizeihaft verwiesen.

2. Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt

a) *Benachrichtigungsrecht*

Die einfachgesetzlich in § 114c StPO (vor 2010 § 114b StPO a.F.) und den UVollzG der Länder geregelten Benachrichtigungen von der Inhaftierung stellen Ausformungen des Verfassungsgebots aus Art. 104 Abs. 4 GG dar. Mit ihnen soll verhindert werden, dass die Staatsgewalt einen Bürger ohne Kenntnis eines unabhängigen Dritten spurlos aus der Öffentlichkeit verschwinden lässt. Die Benachrichtigung zielt auf die Sicherung der Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens, schützt jedoch neben dem öffentlichen Interesse auch das Individualinteresse des Verhafteten, dem ein entsprechendes subjektives Recht zusteht.⁴¹⁶ Zulässiger Adressat der verschiedenen Benachrichtigungen ist in allen Fällen ein Angehöriger oder eine Vertrauensperson des Betroffenen, wobei beide Begriffe weit zu verstehen sind.⁴¹⁷

Gemäß § 114c Abs. 1 StPO ist dem verhafteten Beschuldigten durch die Strafverfolgungsbehörden unverzüglich nach der Festnahme Gelegenheit zur Benachrichtigung zu geben, sofern der Zweck der Untersuchung dem nicht entgegensteht (Benachrichtigungsrecht). Damit ist im Vergleich zur bisherigen Rechtslage (§ 114b Abs. 2 StPO a.F.) klargestellt, dass dieses – über Art. 104 Abs. 4 GG hinausgehende – Recht nicht etwa erst nach der Vorführung vor den Richter entsteht.⁴¹⁸ Mangels näherer Vorgaben wird es herkömmlicherweise in Form eines sogenannten Zugangsbriefs verwirklicht; heute dürfte jedoch die Verwendung moderner Kommunikationsmittel (Telefon, Fax oder E-Mail) Vorrang haben.⁴¹⁹ Droht eine Gefährdung des Untersuchungszwecks, kann die Ausübung je nach Gefahrenlage inhaltlich beschränkt oder im Empfängerkreis eingegrenzt, nicht jedoch untersagt werden.⁴²⁰

⁴¹⁶ Dürig, in: Maunz/Dürig, Art. 104 Rn. 43; Tsambikakis, ZIS 2009, 507; Graf, in: KK-StPO, § 114b Rn. 1; zur Einklagbarkeit im Wege der Verfassungsbeschwerde siehe BVerfGE 16, 119, 122; 38, 32, 34.

⁴¹⁷ Tsambikakis, ZIS 2009, 507 f.; Paeffgen, in: SK-StPO, § 114c Rn. 5.

⁴¹⁸ BT-Drucks. 16/11644, S. 18; Krauß, in: BeckOK-StPO, § 114c, Rn. 2.

⁴¹⁹ Michalke, NJW 2010, 17, 19; Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 114c Rn. 1; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 115c Rn. 31; a.A. Krauß, in: BeckOK-StPO, § 114c Rn. 2.

⁴²⁰ Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 114c Rn. 1; Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 115c Rn. 32; a.A. (auch Untersagung des „Zugangsbriefs“ möglich) Posthoff, in: HK-StPO, § 114c Rn. 4; allg. krit. zu den Einschränkungsmöglichkeiten Tsambikakis, ZIS 2009, 508.

Dieses Benachrichtigungsrecht wird komplettiert durch eine zwingende amtliche Benachrichtigungspflicht (§ 114c Abs. 2 StPO; siehe Art. 104 Abs. 4 GG; vgl. § 114b Abs. 1 StPO a.F.), die unabhängig davon besteht, ob der Festgenommene von seinem Benachrichtigungsrecht aus § 114c Abs. 1 StPO Gebrauch gemacht hat. Die Durchführung obliegt hier dem Gericht und ist unverzüglich nach der Entscheidung über den Haftvollzug im Anschluss an die Vorführung (§§ 115 f., 128 f. StPO) sowie anschließend bei jeder weiteren Entscheidung über die Fortdauer der Haft (§§ 207 Abs. 4, 268b, 117 ff., 122, 304 ff., 310 StPO) zu veranlassen. Umstritten ist, inwieweit der Richter bei der Bestimmung des Mitteilungsadressaten an die Wahl des Betroffenen gebunden ist. Die wohl h.M. stellt die Auswahlentscheidung in das Ermessen des Gerichts und verlangt lediglich, dass Vorschläge des Betroffenen berücksichtigt werden sollen.⁴²¹ In diesem Sinne soll für Art. 104 Abs. 4 GG bereits die Kenntniserlangung durch den Pflichtverteidiger bei Verkündung der Haftentscheidung ausreichen, wenn der Beschuldigte explizit oder implizit zu erkennen gegeben hat, dass er ihn als Vertrauensperson ansieht.⁴²² Da das Gesetz für die Benachrichtigung keine bestimmte Form vorschreibt, kann sie auch (fern-) mündlich erfolgen. Der Empfänger wird dabei stets nur über die Tatsache der Haft(-fortdauer) und den Ort des Vollzugs informiert, nicht aber über den Tatvorwurf und die Gründe der Haft.⁴²³

Aus dem zwingenden Charakter der Benachrichtigungspflicht folgt, dass sie auch im Fall einer Gefährdung der Staatssicherheit, eines Verzichts oder Widerspruchs des Beschuldigten oder einer Gefährdung des Untersuchungszwecks erfolgen muss;⁴²⁴ nur für besondere Ausnahmefälle werden Einschränkungen diskutiert (Abwägung im Einzelfall bei notstandsähnlichen Situationen, schwerwiegender Gefährdung Dritter oder der Staatssicherheit sowie bei unverhältnismäßigen Eingriffen in grundrechtlich geschützte Belange des Betroffenen).⁴²⁵ Benennt der Verhaftete keinen Mitteilungsempfänger, so lässt dies die Benachrichtigungspflicht nach überwiegender Meinung nicht ohne Weiteres entfallen; vielmehr müsse der Richter im Rahmen des Möglichen eigene Nachforschungen zu Angehörigen anstellen, um Art. 104 Abs. 4 GG gerecht zu werden.⁴²⁶

⁴²¹ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 114c Rn. 2; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114b Rn. 22; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 114c Rn. 4; a.A. (keine Bindung bei Missbrauch) *Wankel*, in: KMR, § 114c Rn. 4; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 114c Rn. 8; *Graf*, in: KK-StPO, § 114b Rn. 4; a.A. (vollständige Bindung) *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114c Rn. 9.

⁴²² BVerfGE 16, 119, 123; vgl. BVerfGE 38, 32; abl. *Tsambikakis*, ZIS 2009, 503.

⁴²³ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114b Rn. 21; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 114c Rn. 10.

⁴²⁴ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 114c Rn. 6: „ohne Ausnahme“; a.A. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114c Rn. 9, der entgegen der h.M. eine „Zwangsbenechtigung“ ablehnt.

⁴²⁵ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114c Rn. 11; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 114c Rn. 13; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 114c Rn. 15; *Graf*, in: KK-StPO, § 114b Rn. 5.

⁴²⁶ *Graf*, in: KK-StPO, § 114b Rn. 4; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 114c Rn. 9; a.A. *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 114c Rn. 4.

Schließlich ist dem Beschuldigten bei Haftantritt Gelegenheit zur Benachrichtigung von der Aufnahme in die Anstalt zu geben, soweit keine verfahrenssichernde Anordnung (§ 119 Abs. 1 StPO) entgegensteht (z.B. § 7 Abs. 4 UVollzG Bln).⁴²⁷

b) Sonstige Rechte auf Kontakt zur Außenwelt

Beim Haftvollzug ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass mangels rechtskräftiger Verurteilung nur unvermeidbare Beschränkungen zulässig sind.⁴²⁸ Eine Ausführung aus der Haftanstalt wegen wichtiger und aufschiebbarer persönlicher oder geschäftlicher Angelegenheiten kommt gleichwohl nur in Ausnahmefällen in Betracht (vgl. die frühere Nr. 41 UVollzO; nun z.B. § 9 Abs. 2 UVollz Bln). Grundsätzlich haben Untersuchungsgefangene aber das Recht, Besuch zu empfangen sowie schriftlich und telefonisch mit der Außenwelt zu kommunizieren. Beschränkungen, insbesondere in Form von Erlaubnisvorbehalten, Überwachungsmaßnahmen und Abbruch- bzw. Anhalteverfügungen sind jedoch möglich und in der Haftpraxis üblich.⁴²⁹

Sie können einerseits auf Grundlage von § 119 StPO angeordnet werden (vgl. insb. § 119 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1–3, Satz 7 und Abs. 3 StPO), soweit dies zur Abwehr einer (konkreten) Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr erforderlich ist. Diese sogenannten verfahrenssichernden Anordnungen, für die grundsätzlich der Haftrichter (§ 126 StPO) zuständig ist, müssen in jedem Einzelfall im Rahmen einer Abwägung auf ihre konkrete Erforderlichkeit hin geprüft, ausdrücklich angeordnet und gemäß § 34 StPO begründet werden.⁴³⁰ Diese durch das U-HaftRÄndG 2009 bewirkte Umkehrung des Regel-Ausnahmeverhältnisses wird als erheblicher Fortschritt gegenüber der Haftpraxis auf Grundlage der UVollzO gewertet.⁴³¹

Andererseits sehen auch die UVollzG die Anordnung von Beschränkungen durch die Anstalt vor, soweit dies zur Gewährleistung der Sicherheit und Ordnung erforderlich ist. Im Hinblick auf das Besuchsrecht bestimmt etwa § 33 UVollzG Bln, dass die monatlich zulässige Gesamtdauer mindestens zwei Stunden beträgt. Dabei

⁴²⁷ Vgl. auch schon die frühere Nr. 16 Abs. 4 UVollzO, wonach er „[u]nabhängig von der Benachrichtigung von Amts wegen nach § 114b Abs. 1 StPO [...] darauf hinzuweisen [ist], dass er Gelegenheit hat, einen Angehörigen oder eine Person seines Vertrauens von der Verhaftung [...] zu benachrichtigen. Dies gilt nicht, wenn der Richter den Zweck der Untersuchung durch die Benachrichtigung für gefährdet hält (§ 114b Abs. 2 StPO)“.

⁴²⁸ BVerfG NSTz 1994, 52.

⁴²⁹ Für Einzelheiten siehe etwa *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 119 Rn. 8 ff.; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 36 ff.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1145 ff. (mit Kritik an der „Unsinnigkeit der Aufspaltung der Kompetenzen“ infolge der Föderalismusreform, die zu Doppelzuständigkeiten und der Gefahr divergierender Entscheidungen führe).

⁴³⁰ *Brocke/Heller*, StraFo 2011, 5; *KG StV* 2010, 370; *BerlVerfGH StV* 2011, 165.

⁴³¹ *König*, AnwBl 2010, 50; *ders.*, NSTz 2010, 187 f.

sollen Kontakte zu Angehörigen und Kindern (Art. 6 Abs. 1 GG) besonders gefördert und Besuche bei berechtigtem Interesse darüber hinaus zugelassen werden (Abs. 1–3). Aus Gründen der Sicherheit oder Ordnung der Anstalt können Besuche untersagt werden (Abs. 5); außerdem besteht die Möglichkeit einer visuellen oder akustischen Überwachung sowie eines Besuchsabbruchs (z.B. § 35 UVollzG Bln). Vergleichbare Regelungen existieren im Hinblick auf die Gewährleistung und Überwachung des Schriftverkehrs (z.B. §§ 36–39 UVollzG Bln) und für die – unter Erlaubnisvorbehalt stehende – Berechtigung zu Telefonaten und zu Paketempfang und -versendung (z.B. §§ 40 f. UVollzG Bln).⁴³²

Für den Verkehr mit dem Verteidiger und den in § 119 Abs. 4 StPO genannten „privilegierten Personen“ enthalten die §§ 148 f. StPO (und §§ 31 ff. EGGVG) eine abschließende Regelung (vgl. §§ 34, 35 Abs. 4, 5, 37 Abs. 2, 3, 39 Abs. 4, 40 Satz 2 UVollzG Bln). Beschränkungen auf anderer Grundlage scheiden daher aus.⁴³³

3. Recht auf anwaltlichen Beistand

a) Entsprechende Geltung der Ausführungen zur Polizeihaft

Im Ausgangspunkt gilt für das Recht auf Verteidigerbeistand im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft das zur vorläufigen Festnahme Ausgeführte: Der Beschuldigte kann sich „in jeder Lage des Verfahrens“ – also vom Beginn des Ermittlungsverfahrens bis hin zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens und darüber hinaus – eines Verteidigers bedienen (§ 137 StPO) und ihn jederzeit, auch schon vor seiner Vernehmung, zu Rate ziehen. Hierauf ist er seit 2010 nicht mehr erst bei Beginn der *jeweils* ersten polizeilichen, staatsanwaltschaftlichen *und* richterlichen Vernehmung (§§ 136 Abs. 1 Satz 2, 163a Abs. 3, 4 StPO), sondern auch schon unmittelbar nach der Ergreifung explizit aufmerksam zu machen (§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 StPO). Seit 2013 muss in beiden Fällen auch ein Hinweis auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigerbestellung nach §§ 140 Abs. 1, 2, 141 Abs. 1, 3 StPO erfolgen (§§ 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 4a, 136 Abs. 1 Satz 3 StPO n.F.); die gleichzeitig neugeschaffene Belehrungspflicht über das anwaltliche Akteneinsichtsrecht betrifft dagegen nur die Festnahme (§ 114b Abs. 2 Satz 2 StPO n.F.).⁴³⁴

Handelt es sich bei der haftrichterlichen Vernehmung im Anschluss an die Vorführung nach §§ 115 f., 128 f. StPO (ausnahmsweise) *nicht* um die erste richterliche Vernehmung, so folgt aus der Unanwendbarkeit von § 136 StPO, dass die

⁴³² Zum Recht auf Telefonate mit Familienangehörigen siehe OLG Bonn StV 2011, 745.

⁴³³ Zum Anspruch auf unüberwachte Telefonate siehe *Schultheis*, NStZ 2013, 90 m.w.N.

⁴³⁴ Gesetz vom 2.7.2013 (BGBl. I S. 1938), in Kraft getreten m.W.z. 6.7.2013.

entsprechenden Belehrungen dort entbehrlich sind. Äußert der – belehrte oder unbelehrte – Beschuldigte den Wunsch, sich vor der Vernehmung mit einem Verteidiger zu beraten, so ist die Vernehmung innerhalb der zeitlichen Grenze des § 115 Abs. 2 StPO zurückzustellen, um dem Anwalt die Anwesenheit zu ermöglichen.⁴³⁵ Der Zugang zu den für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen, der in der Regel im Wege der Akteneinsicht zu gewähren ist, kann dem Verteidiger des Untersuchungshäftlings selbst dann nicht versagt werden, wenn die Ermittlungen noch nicht abgeschlossen sind und eine Gefährdung des Untersuchungszwecks droht (§ 147 Abs. 2 Satz 2 StPO).

b) Besonderheiten im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft

aa) Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen

Der Verteidiger ist bei sämtlichen richterlichen Vernehmungen des Beschuldigten zur Anwesenheit berechtigt und muss daher grundsätzlich vorher von dem Termin benachrichtigt werden (§ 168c Abs. 1, 5 StPO). Problematisch ist dabei allerdings, dass der Richter bei der erstmaligen Vorführung im Anschluss an die Ergreifung nicht wissen wird, ob der Beschuldigte (ausnahmsweise) bereits über einen Verteidiger verfügt.⁴³⁶ Außerdem soll die Benachrichtigungspflicht nur in der Zukunft liegende Termine erfassen, also etwa dann nicht eingreifen, wenn erst während des Vorführtermins die Teilnahmeberechtigung durch die Verteidigerbestellung begründet wird.⁴³⁷ Um das grundsätzlich uneinschränkbare (*e contrario* § 168c Abs. 3 StPO) – und unabhängig von der Benachrichtigungspflicht nach Abs. 5 bestehende⁴³⁸ – Anwesenheitsrecht des Verteidigers nicht auszuhöhlen, dürfte es die staatliche Fürsorgepflicht gebieten, alsbald nach der Ergreifung des Beschuldigten zu klären, ob er anwaltlich vertreten ist und/oder (s)einen Verteidiger hinzuziehen möchte.⁴³⁹ Bejahendenfalls hat (ggf. unter Einschaltung des Anwaltsnotdiensts) eine in der Regel telefonische Kontaktaufnahme zu erfolgen, und dem Verteidiger ist, über die Spontanberatung am Telefon hinaus, die Anwesenheit zu ermöglichen, soweit die strikten zeitlichen Grenzen gemäß § 115 Abs. 2 StPO dies zulassen.⁴⁴⁰

⁴³⁵ Meyer-Göfner/Schmitt, StPO, § 115 Rn. 8; vgl. RhPfVerfGH NJW 2006, 3341, 3343, wonach es die richterliche Fürsorgepflicht gegenüber dem Beschuldigten gebietet, den Terminbeginn hinauszuschieben, sofern dadurch nicht die strikt einzuhaltende Frist des § 115 Abs. 2 StPO überschritten wird; ähnlich BbgVerfG NSTZ 2003, 385, 386.

⁴³⁶ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 115 Rn. 16.

⁴³⁷ BGH StV 2006, 228, abl. Wohlers; a.A. Erb, in: Löwe-Rosenberg, § 168c Rn. 38.

⁴³⁸ Vgl. BGH NJW 1980, 1056; Griesbaum, in: KK-StPO, § 168c Rn. 19.

⁴³⁹ Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 115 Rn. 16; offen gelassen in BGH StV 2006, 228.

⁴⁴⁰ Deckers, in: AK-StPO, § 115 Rn. 3.

bb) Notwendige Verteidigung ab Vollzug

Bis 2010 war in Haftsachen ein zwingender – von der Einzelfallbeurteilung nach § 140 Abs. 2 StPO losgelöster – Fall der notwendigen Verteidigung erst gegeben, wenn „der Beschuldigte sich mindestens drei Monate auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befunden hat und nicht mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung entlassen wird“ (§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO). Mit der Einführung von § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO liegt ein solcher Fall nun bereits dann vor, wenn „gegen einen Beschuldigten Untersuchungshaft nach den §§ 112, 112a oder einstweilige Unterbringung nach § 126a oder § 275a Absatz 6 StPO vollstreckt wird“. Die Neuregelung war erst im Rechtsausschuss hinzugefügt worden, um dem erheblichen Grundrechtseingriff, der mit der Inhaftierung verbunden ist, Rechnung zu tragen.⁴⁴¹ Mit ihr hat der Gesetzgeber den langjährigen Forderungen von Wissenschaft und Anwaltschaft nachgegeben, die sich von einer frühzeitigen Verteidigerintervention eine – wie gesehen durch Modellversuche bestätigte – Reduzierung von Hafthäufigkeit und -dauer erhoffen.⁴⁴²

Die Beordnung nach Nr. 4 kommt nur so lange in Betracht, wie der Beschuldigte sich tatsächlich im Vollzug einer dieser freiheitsentziehenden Maßnahmen befindet. Die Beordnung unterbleibt also, wenn der Haftbefehl zugleich mit der Verkündung außer Vollzug gesetzt wird; sie entfällt mit Beendigung der Haft, sofern kein Fall des § 140 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO vorliegt.⁴⁴³ Über die Bestellung entscheidet das zuständige Gericht (§ 126 StPO) unverzüglich nach Vollstreckungsbeginn (§ 141 Abs. 3 Satz 4, Abs. 4 Hs. 2 StPO).⁴⁴⁴ Vorher soll der Beschuldigte Gelegenheit erhalten, binnen einer vom Gericht bestimmten Frist einen Verteidiger seiner Wahl vorzuschlagen, der vorbehaltlich des Entgegenstehens eines wichtigen Grundes zu berücksichtigen ist (§ 142 Abs. 1 StPO).⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Vgl. BT-Drucks. 16/11644 und 16/13097, S. 18.

⁴⁴² Siehe dazu etwa *Schöch*, StV 1997, 323; *Schlothauer/Weider*, StV 2004, 513 ff., 515.

⁴⁴³ OLG Düsseldorf NJW 2011, 1618 f.; *Schultheis*, NSTZ 2013, 97; dies abl. *Bassewitz/Kinzler*, StV 2011, 651.

⁴⁴⁴ *De lege ferenda* wird eine Zuständigkeitsübertragung auf die Rechtsanwaltskammer befürwortet, „um der [...] drohenden [...] Entstehung symbiotischer Verhältnisse zwischen einem Vorsitzenden und ‚seinem‘ Pflichtverteidiger vorzubeugen“, *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 19 Rn. 44. Während *Wohlers*, StV 2010, 153 ff. keinen Anlass zur Befürchtung sieht, dass die „unverzügliche“ Beordnung nach der Neuregelung dazu führt, dass noch stärker als bisher Verteidiger zum Zuge kommen, die nicht das Vertrauen des Beschuldigten, sondern das des Gerichts genießen, kommt der Versuch einer statistischen Erfassung durch *Heydenreich*, StV 2011, 700 zu pessimistischeren Ergebnissen.

⁴⁴⁵ *Schmidt*, NJ 2012, 284 ff.; siehe auch die auf eine einheitliche Handhabe zielenden Gemeinsamen Empfehlungen der Strafverteidigervereinigungen aus 11 Bundesländern, StV 2010, 109 f. Zu den Folgen einer Verletzung des Auswahlrechts *Schultheis*, NSTZ

In den Fällen der Hauptverhandlungs- und der Ungehorsamshaft (§§ 127b Abs. 2, 230 Abs. 2 StPO) ist § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO nicht einschlägig.⁴⁴⁶ Gleiches gilt wie gesehen für die vorläufige Festnahme und die anschließende Vorführung vor den Richter (§ 128 StPO).⁴⁴⁷ Selbst der Zeitraum ab Ergreifung aufgrund eines (Dezernats-)Haftbefehls (§§ 115 f. StPO) soll noch nicht vom Begriff der Vollstreckung in § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO umfasst sein.⁴⁴⁸ Nach Auffassung des BGH liegt daher erst mit der Aufrechterhaltung der Haft nach § 115 Abs. 4 StPO eine Vollstreckung der Untersuchungshaft i.S.v. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO vor.⁴⁴⁹ Unabhängig davon kann die Bestellung hier jedoch aus anderen Gründen erforderlich sein, etwa weil der Tatvorwurf auf ein Verbrechen gerichtet ist (Abs. 1 Nr. 2), wegen der Schwere der Tat oder der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage (Abs. 2). Der im Vorverfahren – bei entsprechender Hauptverhandlungsprognose – in das Ermessen der Staatsanwaltschaft gestellte Antrag auf Verteidigerbestellung (§ 141 Abs. 3 StPO) sollte dann zweckmäßigerweise mit dem Antrag auf Erlass bzw. Aufrechterhaltung des Haftbefehls verbunden werden; inwieweit hierbei eine Ermessensreduzierung auf Null in Betracht kommt, ist selbst in der höchstrichterlichen Rechtsprechung umstritten.⁴⁵⁰

Im Fall einer späteren Verurteilung trägt der Verurteilte grundsätzlich die Kosten des Verfahrens, zu denen auch diejenigen einer notwendigen Verteidigung gehören, welche zunächst von staatlicher Seite verauslagt werden (§§ 465 Abs. 1, 464a StPO). Der Umstand, dass ihm somit eine *dauerhafte* Freistellung von den durch die Pflichtverteidigung entstandenen Kosten unter Umständen versagt bleibt, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden und soll außerdem auch konventionskonform sein, zumal das Kostenrecht bei Mittellosigkeit des Verurteilten andere Möglichkeiten zur Berücksichtigung der wirtschaftlichen Schwierigkeiten biete.⁴⁵¹

2013, 96 m.w.N. (Auswechslung auf Antrag, Entbehrlichkeit eines wichtigen Grundes). Zur uneinheitl. Handhabung der Belehrung in der Praxis *Thielmann*, HRRS 2013, 284 ff.

⁴⁴⁶ BT-Drucks. 16/13097, S. 19.

⁴⁴⁷ Siehe die Kritik von *Wohlers*, StV 2010, 153 m.w.N.

⁴⁴⁸ *Brocke/Heller*, StraFo 2011, 7; *Wohlers*, StV 2010, 151 f.; a.A.: *Deckers*, StraFo 2009, 443 f.; *Weider*, StV 2010, 104; *Rohne*, Notwendige Verteidigung, S. 110 ff.

⁴⁴⁹ BGH NSTZ 2014, 722 m. Anm. *Knauer*.

⁴⁵⁰ In diese Richtung tendiert der 1. Senat in st. Rspr., vgl. BGH NJW 2000, 3505; 2002, 975, 977; NSTZ-RR 2008, 49; ähnlich OLG Oldenburg NJW 2009, 3044; OLG Köln StRR 2009, 155; a.A. dagegen der 5. Senat, BGH NSTZ 2002, 380, 381 f. mit abl. Anm. *Roxin*, JZ 2002, 899 f.; so auch *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 141 Rn. 5, der aber gleichwohl davon ausgeht, dass in diesen Fällen *in der Regel* der Antrag nach Abs. 3 zu stellen sei.

⁴⁵¹ BVerfG NSTZ 2003, 319, 320 m.w.N. zum Streitstand; die Begr. des RegE zum Gesetz vom 2.7.2013, BT-Drucks. 17/12578, S. 16 sieht im Hinblick auf die RL 2012/13/EU (Belehrung und Unterrichtung) keine Veranlassung, von diesem Standpunkt abzurücken.

cc) Einschränkungen des Verteidigerzugangs

Die §§ 148 f. StPO enthalten eine grundsätzlich abschließende, also eng auszu-legendende und insbesondere nicht analogiefähige Regelung für Überwachungsmaßnahmen (§ 119 Abs. 4 Satz 1 StPO; vgl. auch die frühere Nr. 36 UVollzO sowie nunmehr z.B. §§ 34, 37 Abs. 2, 39 Abs. 4, 40 UVollzG Bln), deren Anwendungsbereich auf Straftaten des organisierten Terrorismus nach §§ 129a, 129b Abs. 1 StGB beschränkt ist.⁴⁵² Zweck der Vorschriften ist es, zu verhindern, dass Gefangene aus der Anstalt heraus ihre terroristische Tätigkeit fortsetzen können.⁴⁵³ Sie erlauben es daher bei dringendem Verdacht der Betätigung in einer terroristischen Vereinigung, den schriftlichen Verteidigerverkehr von der vorherigen Vorlage an das Gericht abhängig zu machen, mit der Folge, dass bei Verteidigerbesuchen Trennscheiben vorzusehen sind. Seit der Neufassung durch das U-HaftRändG 2009 bedarf es hierzu generell einer richterlichen Anordnung (§ 126 StPO), die anders als bisher nicht mehr zwingend zu treffen ist, sondern nunmehr ergehen „soll“.⁴⁵⁴ Zuständig für die Durchführung ist das AG, in dessen Bezirk die Anstalt liegt, wobei der betreffende Richter nicht mit dem Gegenstand der Untersuchung befasst sein darf (§ 148a StPO).

Weitergehende Einschränkungen, insbesondere solche auch des mündlichen Verkehrs, kommen nur nach der Kontaktsperreregelung in Betracht. Sie erlaubt bei extremen terroristischen Gefahrenlagen die bis zu 30-tägige und einmal erneuerbare Unterbrechung *jedweder* Verbindung von Gefangenen untereinander und mit der Außenwelt, einschließlich des Verteidigers (§§ 31, 36 EGGVG). Die – umfassenden – Rechtswirkungen dieser Kontaktsperre sind in § 34 EGGVG aufgeführt; mit Gesetz vom 4.12.1985 wurden sie durch die Möglichkeit der Beiordnung einer anwaltlichen Kontaktperson geringfügig abgemildert (§ 34a EGGVG). Der persönliche Anwendungsbereich ist zwar insofern weiter als bei §§ 148 f. StPO, als auch Personen erfasst sind, gegen die ein Haftbefehl lediglich wegen einer in § 129a StGB bezeichneten *Katalogtat* besteht. Als – abschließende⁴⁵⁵ – Ausformung und Begrenzung des allgemeinen Notstandsprinzips (§ 34 StGB, §§ 298, 904 BGB) kann die Regelung jedoch nur zum Einsatz kommen, wenn der Verdacht einer gegenwärtigen, von einer terroristischen Vereinigung ausgehenden Personengefahr besteht (§ 31 EGGVG). Zuständig für die Feststellung ist je nach Gefahrenlage die

⁴⁵² BVerfG NJW 2012, 2790; BGH NStZ 1981, 236; OLG Nürnberg StV 2001, 39; *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 148 Rn. 12; zu der bereits weiter oben thematisierten Entstehungsgeschichte siehe auch *Lüderssen/Jahn*, in: Löwe-Rosenberg, § 148, Vor Rn. 1; zur Berücksichtigungsfähigkeit organisatorischer Zwänge für den *Zeitpunkt* des Verteidigerbesuchs siehe OLG Hamm, NStZ-RR 2012, 62.

⁴⁵³ KG BeckRS 2011, 9340.

⁴⁵⁴ Siehe hierzu *Bittmann*, NStZ 2010, 16; *Wessing*, in: BeckOK-StPO, § 148 Rn. 18.

⁴⁵⁵ Die vor dem Erlass des Gesetzes ergangene Entscheidung des BGH (NJW 1977, 2172) ist also überholt, *Laufhütte*, in: KK-StPO, § 148 Rn. 2; *Vogel*, NJW 1978, 1223.

Landesregierung oder der Bundesjustizminister, wobei sie ihre Wirkung verliert, wenn sie nicht binnen zwei Wochen gerichtlich bestätigt wird (§§ 32, 35 EGGVG).

dd) Akteneinsichtsrecht

Mit der Einfügung von § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO durch das U-HaftRÄndG 2009 sollte die Rechtsprechung des EGMR zum Akteneinsichtsrecht in Haftersachen gesetzlich verankert werden.⁴⁵⁶ Hintergrund ist das ursprünglich konventionsrechtliche, längst aber auch vom BVerfG – als Ausprägung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) und ein faires Verfahren (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG) – aufgegriffene Postulat, dass Haftentscheidungen nur auf solche Tatsachen und Beweise gestützt werden dürfen, auf die der Verteidiger Zugriff nehmen konnte (Art. 5 Abs. 4, Art. 6 EMRK).⁴⁵⁷ Werden umgekehrt Aktenteile verwertet, die ihm vorenthalten wurden, so muss der Haftbefehl ggf. aufgehoben werden.⁴⁵⁸

Der Anwendungsbereich von § 147 Abs. 2 Satz 2 StPO ist eröffnet, wenn der Beschuldigte sich in Untersuchungshaft befindet oder wenn diese im Fall der vorläufigen Festnahme beantragt ist. Der Zeitraum ab Ergreifung infolge eines (Dezernats-)Haftbefehls bis zur Vorführung vor den Richter ist hier unzweifelhaft erfasst (*a fortiori*). Umstritten ist dagegen die Situation, in der zwar ein Haftbefehl vorliegt, der Betroffene jedoch noch nicht ergriffen wurde. Während das Schrifttum zunehmend auf eine Gleichbehandlung drängt, lehnt die Rechtsprechung eine solche bislang ab, weil die Hinweise nach der Festnahme und die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes unter Gewähr vollen rechtlichen Gehörs ausreichend seien.⁴⁵⁹

Das Gesetz beschränkt sich im Übrigen auf die Maßgabe, dass die haftrelevanten Informationen „in geeigneter Weise zugänglich zu machen“ sind, lediglich „in der Regel“ im Wege der (ggf. Teil-)⁴⁶⁰Akteneinsicht. In ähnlicher Weise hatte das BVerfG das Akteneinsichtsrecht in einer Grundsatzentscheidung noch mit dem Vorbehalt versehen, dass es nur insoweit bestehe, als eine mündliche Mitteilung nicht ausreiche.⁴⁶¹ Ob eine solche jemals genügen kann, erscheint jedoch fraglich, da es faktisch nicht möglich ist, die Zuverlässigkeit und Vollständigkeit dieser

⁴⁵⁶ BT-Drucks. 16/11644, S. 1, 2, 13; 16/13097, S. 2.

⁴⁵⁷ EGMR, *Lamy ./. Belgien*, StV 1993, 283; BVerfG NJW 1994, 3219, 3220.

⁴⁵⁸ BVerfG a.a.O.; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 147 Rn. 25a m.w.N.

⁴⁵⁹ BVerfG NSTZ-RR 1998, 108, 109; so auch OLG München BeckRS 2012, 14142; a.A. *Beulke/Witzigmann*, NSTZ 2011, 257 f.; differenzierend *Michalke*, NJW 2013, 2335.

⁴⁶⁰ BVerfG NJW 1994, 3219; EGMR, *F. ./. Deutschland*, NSTZ 2009, 164; *Beulke/Witzigmann*, NSTZ 2011, 258 ff.

⁴⁶¹ BVerfG NJW 1994, 3219, 3220.

zwangsläufig subjektiv gefärbten Schilderungen zu prüfen.⁴⁶² Folgerichtig hat der EGMR im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit aus Art. 5 Abs. 4 EMRK klargestellt, dass es *nicht* ausreicht, den Verteidiger lediglich mündlich über die in der Akte enthaltenen Tatsachen und Beweismittel zu informieren.⁴⁶³ Die einschränkende Gesetzesformulierung dürfte damit – außerhalb vom Sonderfall des § 115a StPO („nächster Richter“)⁴⁶⁴ – kaum je praktische Bedeutung erlangen.

Der Verteidiger ist berechtigt und in der Regel verpflichtet, seinem Mandanten mitzuteilen, was er aus den Akten erfahren hat, *es sei denn*, die Weitergabe würde zu einer konkreten Gefährdung des Untersuchungszwecks führen.⁴⁶⁵

4. Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards

Da der von einem Freiheitsentzug Betroffene nicht in gleichem Maße imstande ist, selbst für seinen Gesundheitszustand zu sorgen wie eine in Freiheit lebende Person, und das (Zusammen-)Leben in der Vollzugsanstalt erhöhte gesundheitliche Risiken mit sich bringt, obliegt dem Staat eine Fürsorgepflicht für die Gesundheit des Untersuchungsgefangenen, aus der ein Recht auf ärztliche Betreuung folgt.⁴⁶⁶

Entgegen vielfacher Appelle im Schrifttum wurde ein Anspruch auf freie Arztwahl von den Gerichten lange Zeit abgelehnt und der Betroffene auf den Anstaltsarzt verwiesen (vgl. die frühere Nr. 56 Abs. 1 Satz 1 UVollzO).⁴⁶⁷ Nachdem sich jedoch bereits in der Rechtsprechung Ansätze zu einer Tendenz abgezeichnet hatten, ihm auf seinen Wunsch hin und auf eigene Kosten die Zuziehung eines externen Arztes zu gestatten,⁴⁶⁸ ist der Gesetzgeber mit dem U-HaftRÄndG 2009 schließlich den Forderungen des CPT nachgekommen und hat ein solches Recht in § 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 StPO explizit statuiert.⁴⁶⁹ Die UVollzG der Länder tra-

⁴⁶² *Beulke/Witzigmann*, NStZ 2011, 257; *Weider*, StV 2010, 105; *Michalke*, NJW 2013, 2334.

⁴⁶³ EGMR (GrK), *Mooren ./.* *Deutschland*, StV 2008, 482; zust. *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 147 Rn. 25a.

⁴⁶⁴ Zu den hier auftretenden Problemen siehe *Weider*, StV 2010, 105.

⁴⁶⁵ Zu diesen Grenzen siehe *Michalke*, NJW 2013, 2335 f.; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 147 Rn. 21; zu Strafbarkeitsrisiken des Verteidigers (hier § 184b StGB) siehe OLG Frankfurt NJW 2013, 1107 m. abl. Anm. *König*.

⁴⁶⁶ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 119 Rn. 34; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 119 Rn. 76; siehe nunmehr speziell zum Nichtraucherenschutz BVerfG NJW 2013, 1941.

⁴⁶⁷ OLG Düsseldorf NJW 1985, 2208; StV 1988, 68; OLGSt 2000, StPO § 119 Nr. 31; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 119 Rn. 76; a.A. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 119 Rn. 131; *Paeffgen*, NStZ 1989, 422 f.; *Müller-Dietz*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 243. Für Einzelheiten siehe *Kaiser/Rebmann*, NStZ 1999, 109 ff.

⁴⁶⁸ OLG Köln NJW 1985, 1408; OLG Karlsruhe Die Justiz 1986, 52.

⁴⁶⁹ Vgl. dazu auch Nr. 37 der Empfehlung des Ministerrats über den Gebrauch der Untersuchungshaft, ihre Vollzugsbedingungen sowie Vorkehrungen gegen ihren Missbrauch

gen dieser neuen Rechtslage weitgehend Rechnung (z.B. § 22 Abs. 6 UVollzG Bln)⁴⁷⁰ und enthalten überdies – anders als noch die UVollzO – umfangreiche Vorgaben im Hinblick auf die nähere Ausgestaltung der Gesundheitsfürsorge und -vorsorge, den Umfang medizinischer Leistungen und die (gesunde) Ernährung des Häftlings (z.B. §§ 18, 20, 22 f. UVollzG Bln). Wie bisher ist gewährleistet, dass der Untersuchungshäftling alsbald nach der Aufnahme ärztlich untersucht wird (z.B. § 7 Abs. 3 UVollzG Bln; vgl. die frühere Nr. 16 Abs. 2 UVollzO) und dass im Fall besonderer Sicherungsmaßnahmen eine ärztliche Überwachung stattfindet (z.B. §§ 52 Abs. 2, 53 UVollzG Bln; vgl. die frühere Nr. 62 Abs. 4, 65 Abs. 2, 3 UVollzO).

Während sich die – wegen der Gefahr einer paternalistischen Bevormundung des Betroffenen besonders delikate⁴⁷¹ – Zulässigkeit von Zwangsmaßnahmen (insb. einer Zwangsernährung) auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge bisher nach § 101 StVollzG gerichtet hat (siehe § 178 Abs. 1 StVollzG a.F. und die ehemalige Nr. 72 UVollzO), enthalten die Landesgesetze nunmehr weitgehend inhaltsgleiche Regelungen (z.B. § 21 UVollzG Bln). Die Entscheidung über die Zulässigkeit der medizinischen Zwangsmaßnahme liegt hiernach nicht mehr beim Haftrichter (§ 178 Abs. 2 StVollzG a.F. i.V.m. § 119 Abs. 6 StPO a.F.), sondern wurde dem Anstaltsarzt übertragen (z.B. § 21 Abs. 3 UVollzG Bln).⁴⁷² Für die Durchführung körperlicher Eingriffe zu Verfahrenszwecken gelten wie gesehen die allgemeinen Bestimmungen (§§ 81a ff. StPO).

5. Protokollierung, Aufzeichnung und Publizität

Bei richterlichen Vernehmungen ist ein Urkundsbeamter zur Protokollierung hinzuzuziehen (§ 168 StPO), deren formale Einzelheiten in § 168a StPO geregelt sind (siehe oben II.D.5.a.); für die Art und Weise der Protokollierung gelten die – ebenfalls bereits im Zusammenhang mit der Polizeihaft erörterten – Hinweise in Nr. 45 Abs. 2 RiStBV entsprechend (vgl. Einf. Abs. 1 RiStBV). Obwohl die mit Gesetz vom 2.7.2013 zur Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU neu geschaffene Dokumentationspflicht hinsichtlich der „Belehrung des Beschuldigten vor seiner Vernehmung nach § 136 Abs. 1 und § 163a StPO“ systematisch unglücklich in einer die Ermittlungsbehörden (Abs. 1), also Polizei und Staatsanwaltschaft betreffenden Gesetzesvorschrift verankert wurde (§ 168b Abs. 3 StPO), sprechen nicht nur Sinn und Zweck, sondern vor allem auch der Entstehungsanlass (siehe Art. 8 der Richtlinie: „jegliche Belehrung“) und der Wortlaut der Vorschrift („Verneh-

(Recommendation Rec(2006)13 on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse); *Morgenstern*, StV 2013, 531 f.

⁴⁷⁰ Siehe auch *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 1109 ff. m.w.N.

⁴⁷¹ *Müller-Dietz*, in: Eser u.a. (Hrsg.), Kolloquium, S. 242 f.; *Paeffgen*, NStZ 1989, 423.

⁴⁷² Zum alten Recht *Schultheis*, in: KK-StPO, § 119 Rn. 83. Krit. zum Verzicht auf den Richtervorbehalt *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 119a Rn. 45 f.

mung nach § 136 Abs. 1⁴⁷³) dafür, sie – ganz wie § 187 Abs. 3 Satz 2 GVG n.F. – auch auf die richterliche Beschuldigtenvernehmung anzuwenden.⁴⁷³ Kam eine audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung bislang in Ermangelung einer gesetzlichen Regelung nur mit dem Einverständnis aller Beteiligten in Betracht, so stellt die mit Wirkung zum 1.11.2013 in § 163a Abs. 1 Satz 2 StPO n.F. neu eingefügte Verweisung auf § 58a StPO hierfür nunmehr eine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage zur Verfügung (siehe oben II.D.5.b.). Die Verhandlungen und Vernehmungen im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft sind wie bereits erläutert nicht öffentlich (§ 169 GVG).

In der Vollzugsanstalt wird über jeden Untersuchungshäftling eine Gefangenenpersonalakte geführt (z.B. §§ 45 Abs. 2, 94 Abs. 1 UVollzG SH; vgl. vormals Nr. 16 Abs. 5 Satz 3 UVollzO). Die landesrechtlichen Regelungen enthalten umfangreiche Vorschriften zu Datenerhebung, -verarbeitung und -schutz sowie zu entsprechenden Auskunfts- und Akteneinsichtsrechten (z.B. §§ 88 ff. UVollzG SH; siehe auch das JVollzDSG Bln vom 21.6.2011). Die Anordnung besonderer Sicherungsmaßnahmen oder von Disziplinarmaßnahmen wird von der Anstaltsleitung „mit einer kurzen Begründung schriftlich abgefasst“ (z.B. §§ 52 Abs. 3, 64 Abs. 4 UVollzG Bln).

E. Richterliche Kontrolle

1. Vor Anordnung bzw. Vollzug: Vermeidung rechtswidriger Haft

Für die Anordnung der Untersuchungshaft ist ausschließlich der Richter zuständig, der bei dieser Gelegenheit sämtliche Haftvoraussetzungen vollumfänglich prüft. Allerdings findet in der Regel nur im – praktisch wichtigsten – Fall der vorläufigen Festnahme (§ 128 i.V.m. § 115 StPO) und bei Erlass des Haftbefehls durch das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung (Ausnahme: § 230 Abs. 2 StPO) eine vorherige Anhörung des Betroffenen statt (§ 33 StPO). Im Übrigen ist jedoch auch beim sogenannten Dezernatshaftbefehl über die Vorführregel in § 115 StPO sichergestellt, dass unverzüglich nach der Vollstreckung des Haftbefehls im Wege der Ergreifung, also noch vor dem eigentlichen Haftvollzug in der Anstalt, rechtliches Gehör vor dem zuständigen Richter (§ 126 StPO) gewährt wird, wo erneut eine vollumfängliche Kontrolle aller Haftvoraussetzungen erfolgt.

Lediglich in den Fällen, in denen eine fristgemäße Verbringung vor das zuständige Gericht aus Zeitgründen nicht möglich ist und der Betroffene deshalb dem „nächsten Gericht“ (§ 115a StPO) vorgeführt werden muss, gelten Besonderheiten. Hier findet eine unmittelbare und persönliche Anhörung durch den allein voll ent-

⁴⁷³ Wenig aufschlussreich insoweit die Begr. zum RegE, BT-Drucks. 17/12578, S. 19, die sich nur für die Staatsanwaltschaft sowie Polizei- und Zollbeamte interessiert.

scheidungsbefugten zuständigen Richter nur auf ein entsprechendes Begehren des Beschuldigten hin statt (Abs. 4) – wobei bis dahin wegen der Sammeltransportverschubungspraxis bis zu zwei Wochen verstreichen können. Indes besteht auch unter dieser Hypothese zumindest ein sofortiges mittelbares rechtliches Gehör vor dem zuständigen Richter, da das nächste Gericht ihm die Einwendungen des Betroffenen sowie eigene Bedenken gegen die Aufrechterhaltung der Haft unverzüglich und auf schnellstem Wege kommuniziert (Satz 4). Der durch das U-HaftRÄndG 2009 eingefügte Hs. 2 stellt nunmehr außerdem klar, dass das zuständige Gericht diese Einwendungen und Bedenken unverzüglich prüfen muss.

2. Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler

a) Vorbemerkungen

aa) Nachträgliche Interventionsfelder des Richters

Aus § 120 Abs. 1 StPO folgt, dass der Fortbestand der Haftvoraussetzungen auch nach Erlass und Invollzugsetzung des Haftbefehls jederzeit von Amts wegen, insbesondere unabhängig von der Einlegung eines Rechtsbehelfs, zu kontrollieren ist. Mithin enthält jede nachfolgende Gerichtsentscheidung über die Haftverhältnisse – etwa die Aussetzung des Vollzugs oder die Anordnung haftzweckbezogener Beschränkungen, nicht hingegen die nunmehr der Anstalt übertragene Entscheidung über Maßnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung (UVollzG, siehe aber § 119a StPO) – zumindest inzidenter eine entsprechende Feststellung.

Eines ausdrücklichen, unaufgeforderten Ausspruchs hierüber bedarf es nur beim Erlass des Eröffnungsbeschlusses und bei der Urteilsfällung, wo von Amts wegen über die Haftfortdauer zu entscheiden ist (§§ 207 Abs. 4, 268b StPO). Soll die Haft vor Beginn der Hauptverhandlung die Dauer von sechs Monaten überschreiten, so ist durch die ab diesem Zeitpunkt im Dreimonatstakt von Amts wegen durchzuführende besondere Haftprüfung vor dem OLG eine regelmäßige, automatische Kontrolle gewährleistet (§§ 121, 122 StPO). Infolge der Ausdehnung der notwendigen Verteidigung durch das U-HaftRÄndG 2009 wurde § 117 Abs. 5 StPO a.F. gegenstandslos und daher gleichzeitig mit Wirkung zum 1.1.2010 abgeschafft. Die Vorschrift hatte für den Beschuldigten *ohne* Verteidiger eine Haftprüfung von Amts wegen vorgeschrieben, wenn die Untersuchungshaft drei Monate gedauert hat, ohne dass vorher Rechtsbehelfe eingelegt wurden. Als derartige (förmliche) Rechtsbehelfe kennt die StPO zum einen die Haftbeschwerde, zum anderen den Haftprüfungsantrag.⁴⁷⁴

⁴⁷⁴ Zur Möglichkeit einer – unförmlichen – „Gegenvorstellung“ *Matt*, JA 1991, 91.

bb) Auswirkungen von Rechtsverstößen auf die Haft

Rechtsverstöße im Zusammenhang mit der Anordnung oder Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung können die Rechtswidrigkeit der Untersuchungshaft zur Folge haben. Ein Anspruch auf Freilassung ist damit jedoch nicht zwangsläufig verbunden. Wenn etwa § 120 Abs. 1 StPO anordnet, dass der Haftbefehl im Fall des Fortfalls der Haftvoraussetzungen aufzuheben ist, so betrifft diese Rechtsfolge lediglich die materiellen Voraussetzungen der Haft, also Tatverdacht, Haftgrund und Verhältnismäßigkeit. Ein Haftbefehl muss hiernach im Übrigen nur aufgehoben werden, wenn die Voraussetzungen der Untersuchungshaft schlechthin fehlen; haben sie sich lediglich geändert, indem etwa an die Stelle des Haftgrundes der Verdunkelungsgefahr derjenige der Fluchtgefahr getreten ist, so kann der Haftbefehl mit anderer Begründung aufrechterhalten werden und ist lediglich entsprechend umzustellen.⁴⁷⁵

Nach überwiegender Auffassung führt eine Überschreitung der Frist des § 115 Abs. 2 StPO nicht zur Freilassung des Verhafteten.⁴⁷⁶ Zwar ordnet § 121 Abs. 2 StPO an, dass der Haftbefehl nach Ablauf von sechs Monaten aufzuheben ist, wenn nicht der Vollzug ausgesetzt oder die Haftfortdauer durch das OLG angeordnet wird. Erfolgt jedoch gleichwohl noch nach Ablauf der Frist eine Vorlage, so darf das OLG die Haft nicht wegen der Verspätung aufheben, da das Gebot in § 121 Abs. 2 StPO ausschließlich an den Haftrichter (§ 126 StPO) adressiert ist.

Beruhet die Rechtsfehlerhaftigkeit des Haftbefehls auf sonstigen formalen oder prozeduralen Verstößen, weil etwa die nach § 114 Abs. 2 erforderlichen Angaben nicht präzise genug gefasst waren oder weil dem Beschuldigten in der Vernehmung nach § 115 Abs. 3 StPO kein ausreichendes rechtliches Gehör gewährt wurde,⁴⁷⁷ so kann der betreffende Mangel grundsätzlich auch noch im Beschwerdeverfahren behoben werden – nicht aber im Verfahren nach §§ 121, 122 StPO. Hintergrund ist die eigene Sachentscheidungskompetenz des Beschwerdegerichts, die eine Befugnis zur Korrektur – insbesondere zur formalen Ergänzung, aber auch zur inhaltlichen Änderung – des trotz seiner Fehlerhaftigkeit wirksamen Haftbefehls enthält (§ 309 Abs. 2 StPO).⁴⁷⁸ Selbst dann, wenn der Mangel so gravierend ist, dass eine Behebung vor dem Beschwerdegericht nicht in Betracht kommt, weil sich etwa die

⁴⁷⁵ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 120 Rn. 3 f.; *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 120 Rn. 1.

⁴⁷⁶ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 115 Rn. 5; *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 5; krit. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 115 Rn. 7; a.A. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 115 Rn. 9.

⁴⁷⁷ Verstöße gegen sonstige, für die Vernehmung geltende Form- und Verfahrensvorschriften (§§ 115, 168 f. StPO) lassen die Haftentscheidung als solche intakt und beeinflussen allenfalls die Verwertbarkeit des Protokolls im Prozess. Mithin scheidet eine Anfechtung i.Ü. aus, siehe OLG Düsseldorf VRS 85 (1993), 430; *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 13. Zur Unzulässigkeit einer Gehörsrüge nach § 33a StPO gegen die Haftfortdaueranordnung nach Entlassung aus der Haft OLG Bamberg NStZ-RR 2014, 347.

⁴⁷⁸ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 21; *Graf*, in: KK-StPO, § 114 Rn. 3; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114 Rn. 26; OLG Celle StV 1998, 385.

den Tatverdacht begründenden Umstände auch nicht aus der Akte ergeben, erfolgt grundsätzlich keine Freilassung, sondern die Entscheidung ist aufzuheben und die Sache aufgrund des Verfahrensmangels an das AG zurückzuverweisen.⁴⁷⁹ Etwas anderes gilt jedoch bei Mängeln, die so eklatant sind, dass die Haftanordnung nicht mehr rechtsstaatlichen Anforderungen genügt. Dies ist z.B. dann der Fall, wenn jegliche Angaben zum Tatverdacht, den Strafvorschriften und den haftrelevanten Tatsachen fehlen.⁴⁸⁰ Eine Rückverweisung scheidet nach der Aufhebung des durch ein örtlich unzuständiges Gericht erlassenen Haftbefehls ebenfalls aus, wenn das zuständige Gericht nicht zum Bezirk des Beschwerdegerichts gehört.⁴⁸¹

Selbst derart elementare Mängel lassen jedoch die Wirksamkeit des Haftbefehls unberührt.⁴⁸² Eine anfängliche Nichtigkeit wird lediglich bei schwersten Verstößen gegen § 114 Abs. 2 Nr. 1 StPO (z.B. völlige Unerkennbarkeit des Adressaten) erwogen sowie im Fall des Fehlens einer ausdrücklichen, schriftlichen und richterlichen Haftanordnung.⁴⁸³ Praktische Relevanz entfaltet die Nichtigkeit – im Vergleich zur bloßen Rechtswidrigkeit – nur insofern, als sie eine Freilassungsbefugnis des nächsten Richters (analog § 115a Abs. 2 Satz 3 StPO) begründet und die Rechtmäßigkeit der Ergreifung des Beschuldigten jedenfalls dann entfallen lässt, wenn nicht die Voraussetzungen nach § 127 StPO vorliegen.

Da Form- und Verfahrensfehler also nur in den seltensten Fällen in eine Freilassung münden, steht bei der Entscheidung über die Einlegung von Rechtsbehelfen die Angreifbarkeit der *materiellen* Haftvoraussetzungen klar im Vordergrund.⁴⁸⁴

b) Haftprüfungsantrag und (Haft-)Beschwerde

aa) Haftprüfungsantrag

Solange der Beschuldigte sich in Untersuchungshaft befindet, kann er jederzeit – und beliebig oft – die förmliche Prüfung durch das nach § 126 StPO zuständige Gericht beantragen, ob der Haftbefehl aufzuheben oder sein Vollzug auszusetzen ist (§ 117 Abs. 1 StPO). Antragsberechtigt ist also nur der Beschuldigte, gegen den die Untersuchungshaft tatsächlich vollzogen wird, sowie sein Verteidiger und ggf. der gesetzliche Vertreter (§ 118b i.V.m. §§ 297 f. StPO). Da das Gesetz für den Antrag keine bestimmte Form vorschreibt, muss er nicht schriftlich oder zu Proto-

⁴⁷⁹ KG StV 1994, 318; OLG-Brandenburg NStZ-RR 1997, 107.

⁴⁸⁰ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 114 Rn. 27; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 41; OLG Oldenburg StV 2006, 535; LG Zweibrücken NJW 2009, 1828; BVerfG StV 2005, 643.

⁴⁸¹ KG StV 1998, 384; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 309 Rn. 6.

⁴⁸² Exemplarisch OLG Karlsruhe NStZ 1986, 134, 135; siehe auch OLG Celle StV 1998, 385; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 21.

⁴⁸³ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 4, 21 Fn. 53.

⁴⁸⁴ Siehe nur *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 731.

koll der Geschäftsstelle des zuständigen oder in § 118b i.V.m. § 299 StPO bezeichneten Gerichts erklärt werden, sondern kann auch mündlich – etwa im Rahmen der richterlichen Vernehmung nach §§ 115 Abs. 3, 115a Abs. 2 StPO – gestellt werden.

Auf Antrag des Beschuldigten findet grundsätzlich eine mündliche Verhandlung statt (sog. mündliche Haftprüfung). Ein Anspruch hierauf besteht nur dann nicht, wenn die Haft bereits zu einem früheren Zeitpunkt nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung aufrechterhalten wurde *und* nicht insgesamt mindestens drei Monate und seit der letzten mündlichen Verhandlung mindestens zwei Monate gedauert hat (Sperrfrist, § 118 Abs. 3 StPO). Gleiches gilt, wenn die Hauptverhandlung bereits im Gange ist oder ein freiheitsentziehendes Urteil vorliegt (§ 118 Abs. 4 StPO). In den zuletzt genannten Fällen sowie dann, wenn der Beschuldigte keinen entsprechenden Antrag stellt, steht die Durchführung der mündlichen Verhandlung im Ermessen des Gerichts (§ 118 Abs. 1 StPO). Sieht es hiervon ab, ergeht die Entscheidung nach Aktenlage. Findet eine mündliche Verhandlung statt, so ist sie unverzüglich durchzuführen und muss binnen zwei Wochen nach dem Eingang des Antrags anberaumt werden, sofern der Beschuldigte sich nicht mit einer späteren Ansetzung einverstanden erklärt (§ 118 Abs. 5 StPO); die Fristüberschreitung führt zwar nicht zur Freilassung, kann jedoch im Wege einer Untätigkeitsbeschwerde angegriffen werden.⁴⁸⁵ Die Staatsanwaltschaft, der Beschuldigte und sein Verteidiger sind von Ort und Zeit des Termins formlos zu benachrichtigen (§ 118a Abs. 1 StPO). Die Öffentlichkeit ist zur Verhandlung nicht zugelassen.⁴⁸⁶ Deren primäres Ziel ist die Anhörung der Beteiligten, allen voran des Beschuldigten, dem Gelegenheit gegeben werden soll, sich persönlich vor dem Haftrichter zu verteidigen.⁴⁸⁷ Seine Anwesenheit ist daher obligatorisch, es sei denn, er verzichtet hierauf oder der Vorführung aus der Haftanstalt stehen nicht zu beseitigende Hindernisse, namentlich die weite Entfernung oder sein Gesundheitszustand entgegen (§ 118a Abs. 2 Satz 1 StPO). Das Gericht ist an den Verzicht des Beschuldigten nicht gebunden.⁴⁸⁸ Im Übrigen sind die Hinderungsgründe eng auszulegen, wobei ggf. eine Durchführung der mündlichen Verhandlung in der Vollzugsanstalt in Erwägung zu ziehen ist.⁴⁸⁹

Konnte die mündliche Verhandlung nicht im physischen Beisein des Beschuldigten stattfinden, so musste bislang ein – erforderlichenfalls eigens zu diesem Zwecke zu bestellender – Verteidiger dessen Rechte in der Verhandlung wahrnehmen (§ 118a Abs. 2 Sätze 2–4 StPO a.F.). Mit der Neufassung der Vorschriften durch Gesetz vom 25.4.2013 hat das Gericht mit Wirkung zum 1.11.2013 alternativ dazu die Möglichkeit, bei Vorliegen eines Hinderungsgrundes nach eigenem Ermessen

⁴⁸⁵ *Graf*, in: KK-StPO, § 118 Rn. 6; OLG Braunschweig StV 2005, 39.

⁴⁸⁶ *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, § 118a Rn. 3; *Graf*, in: KK-StPO, § 118a Rn. 4.

⁴⁸⁷ *Graf*, in: KK-StPO, § 118a Rn. 2; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 118a Rn. 3.

⁴⁸⁸ *Graf*, in: KK-StPO, § 118a Rn. 2; *Wankel*, in: KMR, § 118a Rn. 2.

⁴⁸⁹ *Graf*, in: KK-StPO, § 118a Rn. 2; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 118a Rn. 3.

eine Videosimultanübertragung der Verhandlung anzuordnen und auf diese Weise eine Verteidigerbestellung überflüssig zu machen.⁴⁹⁰

Ist der Beschuldigte bei der Verhandlung zugegen, so ist die Anwesenheit des Verteidigers fakultativ. Auch die Staatsanwaltschaft braucht nicht vertreten zu sein. Abgesehen von der zwingenden Anhörung aller anwesenden Beteiligten stehen Art und Umfang der Beweisaufnahme (Freibeweis) im Ermessen des Gerichts (§ 118a Abs. 3 StPO). Da § 244 StPO nicht gilt, stellen Beweisanträge bloße Anregungen dar, an die das Gericht nicht gebunden ist und die es nicht bescheiden muss.⁴⁹¹ Die Verhandlung ist zu protokollieren (118a Abs. 3 i. V. m. §§ 271–273 StPO). Die Entscheidung ergeht durch begründeten (§ 34 StPO) Beschluss. Im Fall der Durchführung einer mündlichen Verhandlung ist sie grundsätzlich an deren Ende zu verkünden; ist dies nicht möglich, so muss sie binnen einer Woche erlassen werden (§ 118a Abs. 4 StPO). Der Beschluss ist nach allgemeinen Grundsätzen im Wege der Beschwerde und weiteren Beschwerde anfechtbar (§§ 304 ff., 310 StPO).

bb) (Haft-)Beschwerde

Die Beschwerde, die vorbehaltlich einer abweichenden Regelung gegen *alle* gerichtlichen Beschlüsse und richterlichen Verfügungen zulässig ist, wird als „Haftbeschwerde“ bezeichnet, wenn sie sich gegen den Haftbefehl oder eine die Haftfortdauer betreffende Entscheidung richtet und auf die Aufhebung des Haftbefehls oder seiner Vollziehung zielt.⁴⁹² Ihre normative Sonderstellung resultiert aus der Existenz zahlreicher, die Rechtsschutzmöglichkeiten erweiternder Spezialvorschriften (§§ 304 Abs. 4, 5, 305 Satz 2, 310 Abs. 1 StPO; siehe auch 118 Abs. 2 StPO), welche daran anknüpfen, dass „die Verhaftung“ betroffen ist. Wegen des angeblichen Ausnahmecharakters dieser Regelungen soll die Formulierung – außer bei § 305 StPO⁴⁹³ – eng auszulegen sein: Erfasst sind nicht etwa alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft, sondern nur solche Beschlüsse, „mit denen unmittelbar entschieden wird, ob der Beschuldigte in Haft zu nehmen oder zu halten ist“.⁴⁹⁴ Während die Unmittelbarkeit nunmehr auch bei der Beschwerde gegen den noch nicht oder nicht mehr vollzogenen Haftbefehl bejaht

⁴⁹⁰ Die Neufassung basiert auf dem BR-Gesetzesentwurf vom 24.3.2010 (BT-Drucks. 17/1224, siehe insb. S. 8, 13). Gegen diesen hatte die BRAK in ihrer Stellungnahme Nr. 30/2010 erhebliche inhaltliche Bedenken formuliert und insbesondere ein Zustimmungserfordernis des Beschuldigten eingefordert (S. 5). Abl. auch die Stellungnahme von *Bockemühl* (BRAK) anlässlich der am 14.1.2013 vom BT-Rechtsausschuss durchgeführten Anhörung.

⁴⁹¹ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 118a Rn. 6; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 118a Rn. 5.

⁴⁹² *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 117 Rn. 10.

⁴⁹³ *Krauß*, in: BeckOK-StPO, § 119 Rn. 44; OLG Karlsruhe StV 1997, 312.

⁴⁹⁴ BGHSt 26, 270; krit. *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 34 f., 45; *Matt*, JA 1991, 87 ff.; *Vormbaum*, FS für Dencker, S. 352 ff.

wird,⁴⁹⁵ soll es hieran nicht nur bei der Anfechtung bloßer Modalitäten des Haftvollzugs, sondern auch bei der Beschwerde gegen haftvermeidende Auflagen⁴⁹⁶ sowie bei dem auf die Ausscheidung einzelner Tatvorwürfe oder Haftgründe gerichteten Rechtsschutzbegehren⁴⁹⁷ fehlen. Dort verbleibt es daher nach h.M. bei dem allgemeinen Beschwerderegime; die weitere Beschwerde scheidet aus (§ 310 Abs. 2 StPO).⁴⁹⁸

Zulässiger Gegenstand der Haftbeschwerde ist anders als bei der Haftprüfung nicht die Haft als solche, sondern die zuletzt ergangene, den Bestand des Haftbefehls betreffende gerichtliche Entscheidung.⁴⁹⁹ Dabei kann es sich auch um einen im Rahmen eines förmlichen Haftprüfungsverfahrens (§ 117 StPO) erlassenen Beschluss handeln, mit dem die Fortdauer der Untersuchungshaft angeordnet wurde. Vorbehaltlich der Möglichkeit einer „weiteren Beschwerde“ (§ 310 StPO) kann jede konkrete Haftentscheidung nur *einmal* im Wege der Beschwerde angefochten werden; die wiederholte Beschwerde ist ggf. in einen Haftprüfungsantrag umzuwandeln.⁵⁰⁰ Abweichend von den sonst für die Beschwerde geltenden Grundsätzen ist die Haftbeschwerde auch gegen erstinstanzliche Entscheidungen des OLG (§ 304 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 StPO), gegen Verfügungen des Ermittlungsrichters des BGH und des OLG (§ 304 Abs. 5 StPO) sowie gegen Entscheidungen des erkennenden Gerichts (§ 305 Satz 2 StPO) zulässig. Im Gegensatz zur Haftprüfung ist sie unabhängig davon anwendbar, ob der Beschuldigte sich tatsächlich in Haft befindet; die Haftbeschwerde kommt also auch dann in Betracht, wenn der Haftbefehl noch gar nicht vollstreckt wird oder seine Vollziehung ausgesetzt wurde.⁵⁰¹

Die in §§ 296 ff. StPO geregelte Berechtigung zur Einlegung der Haftbeschwerde (i.e.S.) steht dem Beschuldigten, seinem gesetzlichen Vertreter sowie dem Verteidiger zu; von der Staatsanwaltschaft kann sie zwar auch zu seinen Gunsten eingelegt werden, wofür jedoch vor der Anklageerhebung wegen § 120 Abs. 3 StPO kaum je ein praktischer Bedarf besteht.⁵⁰² Die – nicht fristgebundene – Haftbeschwerde ist schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle des Gerichts einzu legen, von dem die angefochtene Entscheidung stammt (§ 306 Abs. 1 StPO). Dabei

⁴⁹⁵ OLG Hamm NJW 1981, 294; OLG Hamburg StV 1994, 323; *Matt*, NJW 1991, 1801.

⁴⁹⁶ BGHSt 25, 120; OLG Bremen StV 2001, 689; a.A. *Matt*, NJW 1991, 1803; *ders.*, JA 1991, 89; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 116 Rn. 22, 24.

⁴⁹⁷ BGHSt 34, 34; 47, 249.

⁴⁹⁸ Vgl. *Matt*, JA 1991, 85, der diese Fälle von „der“ Haftbeschwerde“ abgrenzt.

⁴⁹⁹ OLG Hamburg StV 1994, 323; OLG Düsseldorf MDR 1995, 950; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 114 Rn. 33; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 117 Rn. 8.

⁵⁰⁰ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 62; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 117 Rn. 8; *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 24; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 117 Rn. 16.

⁵⁰¹ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 117 Rn. 8; OLG Hamm NSTZ-RR 2001, 254.

⁵⁰² *Matt*, JA 1991, 85.

gelten zugunsten des inhaftierten Beschuldigten die Erleichterungen in § 299 StPO.⁵⁰³

Die Einlegung der Beschwerde hat keine Suspensivwirkung; es kann jedoch gerichtlich angeordnet werden, dass die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung vorläufig auszusetzen ist (§ 307 Abs. 1, 2 StPO). Das Beschwerdeverfahren ist zweistufig ausgestaltet: In einem ersten Schritt entscheidet das Gericht, dessen Entscheidung angegriffen wird, nach Lage der Akten über die Begründetheit der Beschwerde (§ 306 Abs. 2 StPO). Hilft es der Beschwerde nicht ab, so leitet es die Sache sofort, spätestens vor Ablauf von drei Tagen, an das Beschwerdegericht weiter. Im Gegensatz zur Haftprüfung hat die Beschwerde einen Devolutiveffekt, sodass im Regelfall die Strafkammer des LG zuständig ist (§ 73 GVG).⁵⁰⁴ Anders als bei sonstigen Beschwerdeverfahren (§ 309 Abs. 1 StPO: Schriftlichkeit) steht es hier im Ermessen des Gerichts, auf Antrag des Beschuldigten oder von Amts wegen die Durchführung einer mündlichen Verhandlung anzuordnen (§ 118 Abs. 2 StPO).

Da der Betroffene Anspruch auf eine „zweifache Kollegialentscheidung“ haben soll, kann die Beschwerdeentscheidung ihrerseits im Wege der weiteren Beschwerde angegriffen werden (§ 310 Abs. 1 StPO). Nachdem die Beschwerdeentscheidung in der Regel vom LG stammen wird, ist im Normalfall das OLG zuständig.⁵⁰⁵ Für das Verfahren gelten die allgemeinen Vorschriften über die Beschwerde.

Mit der Anklage geht die Zuständigkeit für Haftentscheidungen auf das mit der Sache befasste Gericht über (§ 126 Abs. 2 StPO), und der bisherige Instanzenzug wird beendet. Anhängige Haftbeschwerden werden mithin unzulässig und sind in einen Haftprüfungsantrag umzudeuten, über den das Prozessgericht zu befinden hat, bevor – gegen dessen Entscheidung – wiederum Beschwerde eingelegt werden kann.⁵⁰⁶

Nach allgemeinen Grundsätzen (§§ 296, 301 StPO) steht auch der Staatsanwaltschaft das Recht zur Beschwerde – und ggf. zur weiteren Beschwerde – gegen gerichtliche Haftentscheidungen zu; die „verhaftungsspezifischen“ Sonderregelungen in §§ 304 Abs. 4, 5, 305, 310 Abs. 1 StPO sind dabei auch zu ihren Gunsten an-

⁵⁰³ Zum grundsätzlichen Vorrang des besonderen Haftprüfungsverfahrens nach §§ 121, 122 StPO gegenüber der Haftbeschwerde siehe *Schultheis*, NSTZ 2014, 141 m.w.N.

⁵⁰⁴ Wurde der Haftbefehl vom OLG-Ermittlungsrichter (§ 169 Abs. 1 Satz 1 StPO) erlassen, so ist das OLG zuständig (§ 120 Abs. 3 Satz 2 GVG); stammt er vom Ermittlungsrichter des BGH (§ 169 Abs. 1 Satz 2 StPO), so entscheidet der BGH (§ 135 Abs. 2 GVG).

⁵⁰⁵ Gegen eine Beschwerdeentscheidung des OLG ist die weitere Beschwerde zum BGH nur im Fall der erstinstanzlichen Zuständigkeit des OLG nach § 120 Abs. 3 StPO möglich, da der Betroffene im Übrigen – d.h. bei erstinstanzlicher Zuständigkeit des LG – bereits in den Genuss zweier Kollegialentscheidungen gekommen ist (vgl. § 310 Abs. 1 StPO). Gegen Beschwerdeentscheidungen des BGH findet keine weitere Beschwerde statt; weiterführend *Vormbaum*, FS für Dencker, S. 348 f.

⁵⁰⁶ *Posthoff*, in: HK-StPO, § 117 Rn. 15; OLG Frankfurt NJW 1985, 1233.

wendbar.⁵⁰⁷ Der Grundsatz, wonach die Beschwerde keinen Suspensiveffekt hat (§ 307 Abs. 1 StPO), gilt bei der Aufhebung des Haftbefehls (§ 120 Abs. 1 StPO) – nicht jedoch bei der bloßen *Aussetzung* seiner Vollziehung nach § 116 StPO – uneingeschränkt: § 120 Abs. 2 StPO bestimmt ausdrücklich, dass die Freilassung in diesem Fall nicht durch die Einlegung eines Rechtsmittels aufgehalten werden darf; er schließt als vorrangige Spezialvorschrift die Möglichkeit aus, auf Grundlage von § 307 Abs. 2 StPO die Vollziehung der angefochtenen (Freilassungs-)Entscheidung auszusetzen.⁵⁰⁸ Ein auf die Aufrechterhaltung der Haft gerichteter Eilrechtsbehelf der Staatsanwaltschaft gegen die *Aufhebung* des Haftbefehls existiert mithin nicht.

cc) Verhältnis der beiden Rechtsbehelfe zueinander

Die (Haft-)Beschwerde ist im Verhältnis zur Haftprüfung subsidiär (§ 117 Abs. 2 Satz 1 StPO). Dies bedeutet, dass sie gegen den Haftbefehl oder eine andere, die Haftfortdauer betreffende Entscheidung *neben* dem vorher, nachher oder gleichzeitig gestellten Haftprüfungsantrag unzulässig ist bzw. wird, *soweit* auch mit ihr die Aufhebung des Haftbefehls (§ 120 StPO) oder seiner Vollziehung (§ 116 StPO) angestrebt wird („Gleichzeitigkeitsverbot“/„Sperrwirkung“).⁵⁰⁹ So sollen abweichende Entscheidungen der verschiedenen Instanzen verhindert werden.⁵¹⁰ Da die einmal eingetretene Unzulässigkeit nicht mehr beseitigt werden kann, bleibt die Beschwerde selbst im Fall der späteren Rücknahme des Haftprüfungsantrags oder der Beendigung des Haftprüfungsverfahrens unzulässig.⁵¹¹ Der lediglich hilfsweise, für den Fall der Erfolglosigkeit der Beschwerde gestellte – also aufschiebend bedingte – Haftprüfungsantrag soll deren Zulässigkeit dagegen unberührt lassen.⁵¹²

Die mündliche Haftprüfung nach §§ 117 Abs. 1, 118 Abs. 1 StPO ist derjenige Rechtsbehelf, von dem in der Praxis mit Abstand am häufigsten Gebrauch gemacht wird und der die größten Erfolgsaussichten im Sinne einer Haftentlassung verspricht. Der Haftprüfungsantrag ist der Haftbeschwerde daher unter verteidigungstaktischen Gesichtspunkten regelmäßig vorzuziehen.⁵¹³ Da auch die im Rahmen der Haftprüfung ergangenen Entscheidungen im Wege der Beschwerde (§§ 304, 310

⁵⁰⁷ H.M.; a.A. bzgl. § 310 StPO *Matt*, in: Löwe-Rosenberg, § 310 Rn. 18–28.

⁵⁰⁸ *Engelhardt*, in: KK-StPO, § 307 Rn. 2; *Schultheis*, in: KK-StPO, § 120 Rn. 19; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 120 Rn. 30; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 120 Rn. 12.

⁵⁰⁹ *Wankel*, in: KMR, § 117 Rn. 17.

⁵¹⁰ *Matt*, JA 1991, 86.

⁵¹¹ *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 117 Rn. 20; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 117 Rn. 20; OLG Düsseldorf StV 1991, 526; OLG Karlsruhe StV 1994, 324; a.A. *Matt*, JA 1991, 87.

⁵¹² *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 117 Rn. 14; OLG Oldenburg MDR 1986, 163; a.A. OLG Zweibrücken JurBüro 1982, 1857; *Graf*, in: KK-StPO, § 117 Rn. 3.

⁵¹³ *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 735 m.w.N.; *Matt*, JA 1991, 86, 92.

StPO) anfechtbar sind (§ 117 Abs. 2 Satz 2 StPO), wird die Zweispurigkeit der Rechtsbehelfe bisweilen als „verwirrend und überflüssig“ kritisiert.⁵¹⁴

dd) Prüfungsumfang, Kontrolldichte und Entscheidungsgrundlage

Die gerichtliche Kontrolle der Untersuchungshaft und sämtlicher in ihrem Zusammenhang ergehenden Entscheidungen ist vollumfänglich – egal, ob sie durch einen Rechtsbehelf veranlasst wird oder von Amts wegen erfolgt. Eine wie auch immer geartete Bindung an die im bisherigen Verfahren vorgenommenen tatsächlichen oder rechtlichen Bewertungen besteht also nicht. Abzustellen ist stets auf die aktuellen Verhältnisse zum „Jetzt-Zeitpunkt“. Sowohl in der Beschwerdeinstanz als auch bei der Haftfortdauerentscheidung im Anschluss an einen Haftprüfungstermin kann der Haftbefehl abgeändert und aktualisiert werden; insbesondere können Haftgründe, Straftatbestände und die Tatsachengrundlage ausgewechselt oder ergänzt werden, ohne dass ein vollständig neuer Haftbefehl formuliert werden müsste.⁵¹⁵ Gegenstand der Prüfung ist damit im Ergebnis selbst bei der Beschwerde weniger die Rechtmäßigkeit der bisherigen Haft(entscheidungen), als vielmehr das Vorliegen der materiellen Haftvoraussetzungen im Moment der jetzigen Entscheidung.⁵¹⁶

Bei der Haftprüfung ist der Prüfungsumfang nicht etwa auf neue Tatsachen beschränkt; vielmehr wird in jedem Haftprüfungstermin die Sach- und Rechtslage umfassend nach neuestem Kenntnis- und Ermittlungsstand bewertet.⁵¹⁷ Gleiches gilt für die Kontrolle im Rahmen der Beschwerde (vgl. §§ 308 Abs. 2, 309 Abs. 2 StPO). Auch wenn hier oftmals Rechtsfragen im Vordergrund stehen werden, ist das Beschwerdegericht – als neue Tatsacheninstanz – nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, die haftrechtliche Situation aufgrund der gesamten Aktenlage selbstständig neu zu bewerten, ohne dabei in irgendeiner Weise an die angegriffene Entscheidung gebunden zu sein.⁵¹⁸ Besonderheiten beim Kontrollumfang gelten lediglich bei der nachträglichen Überprüfung von Haftentscheidungen, die das Prozessgericht in der Hauptverhandlung getroffen hat. Soweit ihnen die Ergebnisse der Beweisaufnahme (§ 261 StPO) zugrunde liegen, welche dem Beschwerdegericht

⁵¹⁴ *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 65; a.A. *Matt*, JA 1991, 91.

⁵¹⁵ *Wankel*, in: KMR, § 117 Rn. 12; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 117 Rn. 38, 41.

⁵¹⁶ *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 853; *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 390 ff.

⁵¹⁷ *Wankel*, in: KMR, § 117 Rn. 1; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 117 Rn. 9; *Graf*, in: KK-StPO, § 117 Rn. 11; zur Verneinung des dringenden Tatverdachts im Rahmen der Kontrolle gemäß § 121 StPO siehe z.B. OLG Köln StV 1999, 156 (§ 29 BtMG und § 261 StGB); zur Ablehnung der Erforderlichkeit der Haft trotz Annahme eines Haftgrundes siehe etwa KG StV 2014, 26.

⁵¹⁸ *Wankel*, in: KMR, § 117 Rn. 12, 15, 22; zur Verneinung des dringenden Tatverdachts in der Beschwerdeinstanz siehe z.B. BGH StV 2008, 84 (§ 129a StGB).

aus den Akten nicht ersichtlich sind, darf es in die Beurteilung des dringenden Tatverdachts – zugunsten wie zulasten des Beschuldigten – nur eingreifen, wenn die angefochtene Entscheidung grob fehlerhaft oder deren Begründung in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht nicht vertretbar erscheint.⁵¹⁹

Im Rahmen des Haftprüfungsverfahrens kann der Richter vor seiner Entscheidung zusätzliche Ermittlungen anstellen oder anstellen lassen, wenn damit keine ins Gewicht fallende Verzögerung verbunden ist.⁵²⁰ Im Übrigen ist er zur Vorbereitung *künftiger* Haftentscheidungen befugt, einzelne Ermittlungen anzuordnen (§ 117 Abs. 3 StPO), wenn er sich hiervon für den inhaftierten Beschuldigten günstige Erkenntnisse (§§ 116, 120 Abs. 1 StPO) verspricht.⁵²¹ Nach h.M. ist eine solche Ermittlungsanordnung nicht nur für den beauftragten oder ersuchten Richter, sondern – unter Durchbrechung der allgemeinen Systematik von StPO und GVG – auch für die Staatsanwaltschaft bindend.⁵²² Im Beschwerdeverfahren gilt § 117 Abs. 3 StPO analog und ergänzt damit die Handlungsspielräume des Beschwerdegerichts, das gemäß § 308 Abs. 2 StPO auch im Hinblick auf das *laufende* Verfahren Ermittlungen selbst vornehmen oder anordnen kann.⁵²³ Die Anordnung nach § 308 Abs. 2 StPO entfaltet jedoch nur gegenüber dem beauftragten und dem ersuchten Richter Bindungswirkung; im Verhältnis zu Staatsanwaltschaft und Polizei stellt sie sich unstreitig lediglich als unverbindliches Ersuchen dar.⁵²⁴

c) Kontrolle des Haftvollzugs und sonstiger haftrelevanter Entscheidungen

aa) § 119 Abs. 5 StPO versus Beschwerde

Beschränkungen, die der Verwirklichung der Haftzwecke dienen, werden grundsätzlich vom Richter angeordnet und durchgeführt (§ 119 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 Satz 1 StPO). Hiergegen kann im Normalfall Beschwerde (§§ 304 ff. StPO) eingelegt werden; eine weitere Beschwerde (§ 310 StPO) scheidet dagegen aus, da nach dem Unmittelbarkeitskriterium nicht „die Verhaftung“ betroffen ist.⁵²⁵

⁵¹⁹ BGH StV 1991, 525; 2004, 143; NJW 2013, 247; Beschl. vom 28.8.2014, Az.: StB 22/14 (juris); OLG Jena StV 2005, 559; *Graf*, in: KK-StPO, § 112 Rn. 7; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 112 Rn. 20; *Schultheis*, NStZ 2014, 141 m.w.N.

⁵²⁰ *Graf*, in: KK-StPO, § 117 Rn. 10; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 117 Rn. 9; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 117 Rn. 27; *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 117 Rn. 6.

⁵²¹ *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 117 Rn. 11; *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 117 Rn. 29; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 117 Rn. 23.

⁵²² *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 117 Rn. 15; *Graf*, in: KK-StPO, § 117 Rn. 12; *Posthoff*, in: HK-StPO, § 117 Rn. 23; *Wankel*, in: KMR, § 117 Rn. 26; a.A. (Anregung): *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 117 Rn. 30; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 117 Rn. 11.

⁵²³ Zur Analogie siehe OLG Hamburg wistra 2002, 275; *Wankel*, in: KMR, § 117 Rn. 26.

⁵²⁴ *Meyer-Göfner/Schmitt*, StPO, § 308 Rn. 6; KG JR 1967, 69.

⁵²⁵ OLG Köln NStZ-RR 2012, 93; *Schultheis*, NStZ 2013, 91.

Soweit die Beschwerde nicht statthaft ist, kann eine gerichtliche Entscheidung (§ 126 StPO) beantragt werden (§ 119 Abs. 5 StPO). Dies betrifft zum einen die Fälle, in denen der richterliche Beschluss ausnahmsweise nicht der Beschwerde unterliegt (vgl. § 304 Abs. 4, 5 StPO: OLG und BGH). Zum anderen fallen hierunter die vorläufigen Anordnungen und Ausführungsmaßnahmen von Staatsanwaltschaft und Vollzugsanstalt (§ 119 Abs. 1 Satz 4, Abs. 2 StPO); in diesem Fall ist die gerichtliche Entscheidung ihrerseits beschwerdefähig (§ 304 StPO). Die Übertragung der Ausführung *als solche* ist dagegen unanfechtbar (§ 119 Abs. 2 Satz 3 StPO).

bb) § 119a StPO versus §§ 23 ff. EGGVG

Beschränkungen, die nicht die Verwirklichung der Haftzwecke betreffen, sondern den Haftvollzug i.e.S., namentlich die Anstaltssicherheit und -ordnung, werden von der Anstalt auf Grundlage der UVollzG getroffen. Gegen diese behördlichen Entscheidungen oder Maßnahmen kann eine gerichtliche Entscheidung (§ 126 StPO) beantragt werden (§ 119a Abs. 1 StPO), die ihrerseits der Beschwerde (§§ 304 ff.; siehe § 119a Abs. 3 StPO), nicht jedoch der weiteren Beschwerde unterliegt (§ 310 Abs. 2 StPO). Gleiches gilt für den Fall, dass eine beantragte Behördenentscheidung nicht binnen drei Wochen erlassen wird (§ 119a Abs. 1 Satz 2 StPO).⁵²⁶

Ob gegen Allgemeinverfügungen der Anstaltsleitung, also abstrakt-generelle Regelungen mit unmittelbarer Außenwirkung, die wegen ihres Organisationscharakters über den individuellen Interessenbereich einzelner Inhaftierter hinausgehen und die allgemeinen Haftverhältnisse in der Anstalt betreffen (z.B. Besuchsregelung), der Antrag nach § 119a StPO oder der subsidiäre Rechtsweg nach § 23 EGGVG eröffnet ist, wird unterschiedlich beurteilt.⁵²⁷

cc) Rechtsschutz gegen sonstige haftrelevante Entscheidungen

Sonstige gerichtliche Entscheidungen im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft – etwa die Verweigerung der Benachrichtigung nach § 114c StPO oder die Ablehnung der mündlichen Verhandlung nach § 118 StPO⁵²⁸ – sind in der Re-

⁵²⁶ Die Fristlänge – zumal im Hinblick auf die maximal einwöchige Haft nach § 127b Abs. 2 StPO – als verfassungswidrig abl. *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 119a, Rn 11 f. Zur Unzulässigkeit des Verwaltungsrechtswegs VG Augsburg BeckRS 2013, 52637. Weiterführend zum gerichtlichen Rechtsschutz nach § 119a StPO gegen Maßnahmen im Untersuchungshaftvollzug *Grube*, StV 2013, 534 ff.

⁵²⁷ Für § 23 EGGVG OLG Hamm NStZ-RR 2012, 62; offenbar weitergehend für dessen Anwendbarkeit auch bei Unterlassungen der Anstaltsleitung *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 119a Rn. 18a; a.A. (Verdrängung durch § 119a StPO n.F.) *Schultheis*, NStZ 2013, 91; so i.E. auch KG NStZ-RR 2011, 388; vgl. auch OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2001, 286 zur Anfechtbarkeit vergleichbarer Anordnungen in der Strafhaft nach § 109 StVollzG.

⁵²⁸ *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 18 m.w.N.

gel im Wege der Beschwerde (§ 304 StPO) anfechtbar; ein Recht auf weitere Beschwerde besteht dagegen nicht (§ 310 Abs. 2 StPO). Gleiches gilt für im weiteren Sinne haftrelevante Entscheidungen (z.B. die Ablehnung der Bestellung eines Verteidigers, § 141 Abs. 4 StPO),⁵²⁹ sofern keine dem allgemeinen Beschwerderecht vorgehenden Sonderregelungen existieren (z.B. Unanfechtbarkeit der gerichtlichen Feststellung der Kontaktsperrevoraussetzungen nach § 35 EGGVG; dafür Anfechtbarkeit von Einzelmaßnahmen nach § 37 EGGVG). Verweigert die im Vorverfahren dafür zuständige Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht und befindet sich der Beschuldigte nicht auf freiem Fuß, so kann eine gerichtliche Entscheidung durch das nach § 162 StPO zuständige Gericht beantragt werden. Die Beschwerdeverfahren gelten dabei weitgehend entsprechend (§ 147 Abs. 5 StPO).

d) Verfassungsbeschwerde als außerordentlicher Rechtsbehelf

Nach Rechtswegerschöpfung und Ergreifung aller übrigen nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Korrekturmöglichkeiten (Subsidiarität)⁵³⁰ besteht die Möglichkeit, gegen Untersuchungshaftbeschlüsse eine Verfassungsbeschwerde zum BVerfG einzulegen. Ungeachtet der hohen Zulässigkeithürden und der Beschränkung des Prüfungsmaßstabs auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts übernimmt das BVerfG in seiner Rechtsprechung zu den §§ 112 ff. StPO faktisch die Funktionen eines Revisionsgerichts.⁵³¹ Hintergrund ist die hohe Eingriffsintensität der Maßnahme, die beschränkte Rolle des BGH im Haftrechtsschutzsystem, das Fehlen einer auf die Rechtskontrolle beschränkten Revisionsmöglichkeit – sowie die Tatsache, dass gegen OLG-Haftprüfungsentscheidungen (§ 121 f. StPO) von vornherein kein Rechtsbehelf zulässig ist. Besondere Bedeutung kommt der Rechtsprechung des BVerfG bei der Überprüfung der Dauer der Haft zu. Dabei wurden die Anforderungen an die Fachgerichte im Hinblick auf die Annahme der Verhältnismäßigkeit, die Beachtung des Beschleunigungsgebots und die Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen in den letzten Jahren signifikant verschärft.⁵³²

⁵²⁹ *Wessing*, in: BeckOK-StPO, § 141 Rn. 11; *Meyer-Göbner/Schmitt*, StPO, § 141 Rn. 10.

⁵³⁰ Z.B. BVerfG StV 1992, 235 zum Vorrang des Haftprüfungsantrags (§ 117 StPO).

⁵³¹ *Bleckmann*, NJW 1995, 2195 f.

⁵³² Siehe insb. BVerfG StV 2006, 73; 2008, 198; 2008, 421 (Verletzungen von Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG wegen Missachtung des Beschleunigungsgebots); *Hilger*, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 8, 34a; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, § 30 Rn. 55; *Paefßgen*, in: SK-StPO, § 121 Rn. 15a; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 814a m.w.N.

3. Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation

a) Überprüfung im Rahmen des konkreten Strafverfahrens

aa) Haft-Rechtswidrigkeit als unzulässiger Zwang?

Anders als das LG Bad Kreuznach, das bereits im Fall der objektiven Rechtswidrigkeit der Untersuchungshaft ein Verwertungsverbot für die während ihrer Dauer gemachten Äußerungen des Beschuldigten annimmt, begründet die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung nach Auffassung des BGH erst dann einen unzulässigen Vernehmungszwang i.S.v. § 136a Abs. 1 Satz 2 StPO, wenn die Untersuchungshaft gezielt als Mittel zur Herbeiführung einer Aussage angewandt worden ist, also auf das „Ob“ oder „Wie“ einer Aussage gerichtet war. Hierfür müsse feststehen, dass die entsprechende Haftentscheidung auch subjektiv im Bewusstsein des Fehlens ihrer Voraussetzungen getroffen oder herbeigeführt worden ist, um den Beschuldigten aussagewillig zu machen.⁵³³

Es gilt damit das bereits zur Polizeihaft gezogene Fazit: Auch wenn die Rechtswidrigkeit der Anordnung oder Fortdauer – also des „Ob“ und „Ob noch“/„Wie lange“ – der Untersuchungshaft zu einem Verwertungsverbot gemäß § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO für die während ihrer Dauer gemachten Äußerungen führen kann,⁵³⁴ dürfte es sich hierbei unter Zugrundelegung des strengen Maßstabs des BGH (Finalitätskriterium) eher um ein theoretisches Szenario handeln.⁵³⁵ In der Praxis kommen Verwertungsverbote mithin in erster Linie dort in Betracht, wo es weniger um die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung als solche geht, als vielmehr um ihren konkreten Ablauf und bei ihrer Gelegenheit erfolgte Verstöße („Wie“ der Haft). Neben den in § 136a StPO geregelten vernehmungsspezifischen Beeinträchtigungen der Willensfreiheit – etwa durch Täuschung, Drohung oder einen über die Inhaftierung als solche hinausgehenden Zwang – ist dabei vor allem an ungeschriebene Verwertungsverbote zu denken.

bb) Ungeschriebene Verwertungsverbote bei sonstigen Verstößen

Abgesehen von den Folgen vernehmungs- und belehrungsspezifischer Verstöße (vgl. insb. §§ 136 f. sowie §§ 114a, 114b StPO), für die das zur vorläufigen Festnahme Ausgeführte entsprechend gilt, werden im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft vor allem die – in der Rechtsprechung des BGH auffällig häufig vertretenen – Fälle diskutiert, in denen der Gefangene außerhalb einer „Vernehmung“ i.S.v. §§ 136 f. StPO heimlich ausgehört wird, um ihn der Tat zu überführen. Hierbei geht es zum einen um Situationen, in denen Gespräche des Beschuldigten

⁵³³ BGH StV 1996, 73 entg. LG Bad Kreuznach StV 1993, 629.

⁵³⁴ Vgl. BGH NSTZ 1988, 233, 234.

⁵³⁵ So auch *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 405.

mit Dritten – oder Selbstgespräche – ohne sein Wissen abgehört und/oder aufgezeichnet werden, um entweder eine Stimmidentifizierung oder eine unmittelbare Kenntnisnahme vom Inhalt der Äußerungen zu ermöglichen (direktes, staatlich veranlassenes Abhören).⁵³⁶ Zum anderen handelt es sich um Fälle, in denen Dritte private Mitteilungen des Beschuldigten über die ihm zur Last gelegte Straftat erlangen und dieses Wissen an die Strafverfolgungsbehörden weitergeben (indirekte, staatlich veranlasste oder ausgenutzte Ausforschung).⁵³⁷ Soweit der BGH in diesen beiden Fallkonstellationen Verwertungsverbote diskutiert und angenommen hat, wurde uneinheitlich entweder auf das Fehlen einer Ermächtigungsgrundlage, § 136 oder § 136a StPO, auf rechtsstaatliche Erwägungen, den Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit oder den Grundsatz des fairen Verfahrens abgestellt – ohne dass sich dieser Kasuistik ein klares und kohärentes Gesamtkonzept für die insoweit vorzunehmende Abwägung entnehmen ließe.⁵³⁸ Um die damit in der Praxis verbundenen Unsicherheiten aufzulösen, wird in der Literatur vorgeschlagen, bei der erforderlichen Gesamtschau den Gesichtspunkt des staatlich veranlassenen Vertrauensmissbrauchs als Orientierungshilfe und einheitlichen Beurteilungsmaßstab für die Frage eines im Grundsatz des fairen Verfahrens (Art. 1, 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 EMRK) zu verankern, selbstständigen Beweisverwertungsverbots heranzuziehen und ihn in Sonderfällen um das aus der Menschenwürde abgeleitete Verbot der Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung zu ergänzen.⁵³⁹

Auch sonstige Verstöße können im Einzelfall zur Unverwertbarkeit der im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft erlangten Beweise führen. Sieht man von der unzulässigen Beschlagnahme von Verteidigerpost ab (§ 97 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 53 Abs. 1 Nr. 3 und § 148 Abs. 1 StPO), die unstreitig ein Verwertungsverbot der hierdurch erlangten Beweisgegenstände nach sich zieht,⁵⁴⁰ wird es auch hier in aller Regel um das beweisrechtliche Schicksal von selbstbelastenden Äußerungen gehen. Werden nach der Ergreifung des per Haftbefehl gesuchten Beschuldigten ent-

⁵³⁶ BGH NJW 1986, 2261 (heimliche Aufzeichnung eines Gesprächs mit Anstaltspersonal ohne Rechtsgrundlage – Verwertungsverbot); NSZ 1994, 295 (heimliche Stimmabhörung durch geöffnete Türe – differenzierende Beurteilung); NSZ 1999, 145 (heimliche Aufzeichnung eines Angehörigengesprächs in einem sichtbar überwachten Besuchsraum – kein Verwertungsverbot); NSZ 2005, 700 (heimliche Aufzeichnung eines Selbstgesprächs im Krankenhaus – Verwertungsverbot); NSStZ 2009, 519 (heimliche Überwachung eines Ehegattengesprächs in scheinbar nicht überwachtem Raum – Verwertungsverbot).

⁵³⁷ BGH NSZ 1989, 32 (Aushorchung durch Mitgefangenen aus eigenem Antrieb – kein Verwertungsverbot); NSZ 1989, 33 (Aushorchen durch polizeilich beauftragten Mithäftling – Verwertungsverbot); NSZ 1999, 147 (Aushorchung durch einen Mithäftling, der sich als Wahrsager ausgab und schon seit mehreren Jahren mit der Polizei zusammenarbeitete – Verwertungsverbot); NSZ 2007, 714 (Aushorchung durch verdeckten Ermittler zur Umgehung des Schweigerechts – Verwertungsverbot).

⁵³⁸ *Roxin*, FS für Geppert, S. 555 ff.

⁵³⁹ A. a. O., S. 564 ff.

⁵⁴⁰ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 97 Rn. 36 ff., 46 ff.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 102 ff.; BGHSt 18, 227; zur Erstreckung des Beschlagnahmeverbots auf sonstige Verteidigungsunterlagen BGH StV 1988, 468; zur Ausnahme vom Beschlagnahmeverbot nach § 148a Abs. 1 Satz 2 StPO siehe BGH StV 1990, 146.

gegen der in §§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 1 StPO normierten Pflicht zu der – hier eng verstandenen – „unverzüglichen“ Vorführung zunächst weitere Ermittlungen (insb. eine Vernehmung zur Sache) durchgeführt, so kann dieser Verstoß ein Verwertungsverbot nach sich ziehen.⁵⁴¹ Entsprechendes gilt, wenn die Verteidigung während der Haft in anderer Weise auf unzumutbare Weise beeinträchtigt und dadurch (selbst-)belastendes Beweismaterial gewonnen wird. Wie bei der vorläufigen Festnahme ist ein Verwertungsverbot dort unproblematisch anzunehmen, wo der Wunsch des Beschuldigten, vor der Vernehmung Rücksprache mit einem Verteidiger zu halten, in unzulässiger Weise übergangen wird.⁵⁴² Wurde der Verteidiger entgegen § 168 Abs. 5 StPO nicht vom Vernehmungstermin benachrichtigt, so unterliegt das unter Verletzung des Anwesenheitsrechts des Verteidigers gewonnene Beweisergebnis ebenfalls unstreitig einem Verwertungsverbot.⁵⁴³ Gleichgestellt werden muss nunmehr der Fall, dass der Anspruch auf Verteidigerbeistand dadurch vereitelt wird, dass entgegen §§ 140 Abs. 1 Nr. 4, 141 Abs. 3 Satz 4 StPO nicht unverzüglich nach Haftbeginn ein Verteidiger bestellt wird, sondern erst noch weitere Ermittlungen durchgeführt werden.⁵⁴⁴ Dagegen führen Protokollierungsfehler, etwa die verspätete Herstellung des Vernehmungsprotokolls (§ 168a Abs. 2 StPO), für sich genommen nicht zur Unverwertbarkeit der Vernehmungsergebnisse, sondern mindern lediglich ihren Beweiswert (§ 261 StPO).⁵⁴⁵

Aktenteile, in die der Verteidiger keine Einsicht nehmen konnte, dürfen zwar bei der Haftentscheidung nicht verwertet werden (vgl. § 147 Abs. 2 StPO); wird der für die Verurteilung relevante Akteninhalt jedoch im weiteren Verlauf des Verfahrens offengelegt, so ist er der gerichtlichen Verwertung im Prozess zugänglich. Da selbst der Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 1 StPO (Nichtmitteilung des Tatvorwurfs) kein Verwertungsverbot nach sich zieht, muss auch die Verwertung früherer, in Unkenntnis des Akteninhalts zustande gekommener selbstbelastender Äußerungen möglich bleiben, sofern nicht ausnahmsweise besondere Umstände hinzutreten (etwa gezielte Verschleierung des eigentlichen Tatvorwurfs), die das Gewicht einer „Täuschung“ i.S.v. § 136a StPO erreichen.⁵⁴⁶

⁵⁴¹ BGH StV 1995, 283; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 115a Rn. 3; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 338; a.A. *Graf*, in: KK-StPO, § 115 Rn. 5. Nach neuester Rspr. soll ein solches Verwertungsverbot bei bewusstem Unterlassen der Vorführung zwecks Umgehung der Verteidigerbestellung durch den Haftrichter in Betracht kommen, nicht jedoch dann, wenn „die Beamten [...] in bloßer Verkennung des § 115 Abs. 1 StPO bestrebt waren, dem zuständigen Gericht eine tragfähige Grundlage für seine Entscheidung über den Vollzug der Untersuchungshaft zu vermitteln“, BGH NSTz 2014, 722 m. Anm. *Knauer*; krit. *Beukelmann*, NJW-Spezial 2014, 760.

⁵⁴² BGH NSTz 1993, 142; *Roxin*, JZ 1993, 426.

⁵⁴³ *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168c Rn. 22 ff.; *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 258; BGH NSTz 1990, 136; NSTz 1989, 282.

⁵⁴⁴ *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 320 ff.; so wohl auch *Wohlers*, StV 2010, 156.

⁵⁴⁵ *Griesbaum*, in: KK-StPO, § 168a Rn. 8, 14; *Paeffgen*, in: SK-StPO, § 115 Rn. 10.

⁵⁴⁶ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, § 136a Rn. 16; *Gleiß*, in: Löwe-Rosenberg, § 136 Rn. 103.

cc) Sonderfall: Berücksichtigung konventionswidriger Haft bei Strafausspruch

Da nicht nur der Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 EMRK (überlanges *Verfahren*), sondern auch die Verletzung von Art. 5 Abs. 3 EMRK (überlange *Haft*) über die Anrechnung nach § 51 Abs. 1 StGB hinaus im Wege der „Vollstreckungslösung“ zu kompensieren ist, muss das erkennende Gericht die Konventionswidrigkeit der Haftdauer ggf. von Amts wegen prüfen und ihr im Fall einer Verurteilung durch einen gesonderten – über die Wiedergutmachung einer etwaigen Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK hinausgehenden – Strafabschlag Rechnung tragen.⁵⁴⁷ Wenngleich die Folgen von verfahrensrechtlichen Verstößen in der StPO grundsätzlich abschließend geregelt sind (insb. §§ 337 f. StPO) und eine Ausdehnung der Vollstreckungslösung auf Bereiche ausscheidet, in denen ihre Anwendung nicht durch völkervertrags- oder verfassungsrechtliche Vorgaben geboten ist,⁵⁴⁸ erscheint eine Übertragung dieser Grundsätze auf sonstige Fälle der Rechts(staats)widrigkeit der Haft (z.B. Verstöße gegen Art. 5 Abs. 1–2, 4 EMRK) zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen.⁵⁴⁹ Soweit man dem folgt, müsste das erkennende Gericht im Fall einer Verurteilung – und ungeachtet der Ablehnung eines Verwertungsverbots – von Amts wegen stets auch die Frage der Rechtmäßigkeit der Haft klären.⁵⁵⁰

b) Rechtsschutzmöglichkeiten außerhalb des konkreten Strafverfahrens

aa) Nachträgliche Feststellung der Rechtswidrigkeit

Im Regelfall erlauben es weder Haftprüfung und Haftbeschwerde noch die gerichtliche Geltendmachung von Beweisverwertungsverboten, die Rechtswidrigkeit der Anordnung oder Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft retrospektiv, d.h. in Bezug auf einen in der Vergangenheit liegenden Zeitraum, geltend zu machen: Während es bei Ersteren im Ergebnis darauf ankommt, ob die Haftvoraussetzungen aktuell, im Moment der gerichtlichen Entscheidung, vorliegen, kann bei Letzteren die Frage der objektiven Rechtswidrigkeit der Haft zumeist dahingestellt bleiben, da diese nach Auffassung des BGH nur bei Hinzutreten besonderer Umstände (Finalitätskriterium) einen „unzulässigen Zwang“ i.S.v. § 136a StPO darstellt.

Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG gebietet es jedoch wegen der Schwere des in der Untersuchungshaft liegenden Grundrechtseingriffs, dass der Betroffene auch losgelöst von einer aktuellen Beschwerde oder einer Wiederholungsgefahr eine nachträgliche gerichtliche Überprüfung der Maß-

⁵⁴⁷ BGH StV 2009, 692; siehe auch BGH (Gr. Sen.), NStZ 2008, 234.

⁵⁴⁸ BGH (3. Senat), StraFo 2012, 239.

⁵⁴⁹ So für Verstöße gegen die Belehrung nach Art. 36 Abs. 1 WÜK BGH (5. Senat), StV 2008, 5; a.A. BGH (3. Senat), StV 2008, 172; BGH (4. Senat) StV 2011, 603.

⁵⁵⁰ Dies fordern *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 404 ff. und *Schlothauer/Weider*, Untersuchungshaft, Rn. 855.

nahme erwirken kann.⁵⁵¹ Nach neuerer Rechtsprechung kommt es insoweit nicht mehr darauf an, ob der fragliche Grundrechtseingriff seiner Natur nach auf eine so kurze Zeitspanne beschränkt war, dass ein Rechtsschutz vor Erledigung typischerweise nicht zu erlangen war.⁵⁵² Folglich darf die Haftbeschwerde im Fall der zwischenzeitlichen Aufhebung des Haftbefehls nicht wegen prozessualer Überholung als unzulässig verworfen werden, sondern es ist die Rechtmäßigkeit der erledigten Maßnahme zu prüfen und ggf. deren Rechtswidrigkeit festzustellen.⁵⁵³

Nicht abschließend geklärt ist, was gilt, wenn der Haftbefehl sich *nicht* durch zwischenzeitliche Aufhebung (§ 120 StPO) erledigt hat. Für eine abweichende Beurteilung besteht jedenfalls dann kein sachlicher Grund, wenn die Erledigung auf einer rechtskräftigen Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe beruht.⁵⁵⁴ Darüber hinaus spricht alles dafür, dem Betroffenen – erst recht – auch schon *vor* Beendigung der Untersuchungshaft die Überprüfung zwischenzeitlich überholter Haftentscheidungen entsprechend der Beschwerdegrundsätze zu erlauben.⁵⁵⁵ Im Hinblick auf prozessual überholte Maßnahmen im Haftvollzug ist dies allgemein anerkannt, wenn ein berechtigtes Interesse besteht (analog §§ 119 Abs. 5, 119a StPO).⁵⁵⁶

bb) Entschädigungsanspruch wegen ungerechtfertigter Haft

Im Fall eines Freispruchs oder einer Verfahrenseinstellung steht dem Beschuldigten, gegen den Untersuchungshaft vollstreckt oder Auflagen nach § 116 StPO angeordnet wurden (§ 2 Abs. 1, 2 Nr. 3 StrEG), vorbehaltlich der §§ 3 ff., 12 StrEG ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch zu, ohne dass es hierfür auf die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen ankommt (zum Verfahren: §§ 8 ff. StrEG).⁵⁵⁷ Wenn teilweise vertreten wird, der Anspruch sei im Fall der Rechtswidrigkeit der Haft wegen des Vorrangs des Amtshaftungsanspruchs ausgeschlossen, so kann dem wegen der dort ungleich strengeren Voraussetzungen und der Tatsache, dass Rechtsverstöße dem Staat nicht zugutekommen dürfen, allenfalls für solche Fälle

⁵⁵¹ BVerfG StraFo 2006, 20; *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 392 ff.

⁵⁵² BVerfG StraFo 2006, 20; anders noch BVerfG NJW 1997, 2163; 2002, 2456; siehe aber auch BVerfG NJW 2013, 1941, wo das fortbestehende Rechtsschutzinteresse wiederum mit der „typischerweise kurzen Dauer der Untersuchungshaft“ begründet wird.

⁵⁵³ BVerfG StraFo 2006, 20; OLG München StV 2006, 317 m. Anm. *Kirchner*; für eine Zulässigkeit auch der weiteren Beschwerde *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 395 ff.

⁵⁵⁴ So aber OLG Hamm NSStZ 2008, 582; a.A. zu Recht *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 394 f.

⁵⁵⁵ A.A. jedoch explizit OLG Koblenz StV 2007, 589; zur Frage, bis wann der Feststellungsanspruch *spätestens* geltend zu machen ist, *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 397 ff. m.w.N.

⁵⁵⁶ *Schultheis*, in: KK-StPO, § 119 Rn. 101 m.w.N.; BVerfG HRRS 2013, Nr. 165; zur Kontrolle des Ermessens des Anstaltsarztes (im Strafvollzug) BVerfG HRRS 2013, Nr. 163.

⁵⁵⁷ Zur Entschädigung für überschießende Untersuchungshaft nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 StrEG siehe OLG Hamm, Beschl. vom 9.12.2014, Az.: 2 Ws 272/14 (juris).

gefolgt werden, in denen die Haft ohne jede Haftanordnung vollzogen wird – in denen im Ergebnis also gar keine Untersuchungshaft im Rechtssinne vorliegt.⁵⁵⁸

Da es sich abgesehen von § 116 StPO um „Freiheitsentziehung[en] aufgrund gerichtlicher Entscheidung“ handelt, können anders als bei der vorläufigen Festnahme nicht nur *kausale* Vermögensschäden (Verdienstausschlag, Anwaltskosten etc.),⁵⁵⁹ sondern auch immaterielle Schäden ersetzt verlangt werden; für Letztere wird seit 2009 eine Pauschale in Höhe von EUR 25 (vorher: EUR 11) pro angefangenem Tag gewährt (§ 7 StrEG). Die Geltendmachung weiterer Ansprüche aus Amtshaftung oder Art. 5 Abs. 5 EMRK bleibt dem Betroffenen unbenommen.⁵⁶⁰

cc) Schadenersatzanspruch wegen rechtswidriger Haft

Richterliche Entscheidungen im Zusammenhang mit der Anordnung oder Fortdauer der Untersuchungshaft fallen nicht unter das Spruchrichterprivileg in § 839 Abs. 2 BGB.⁵⁶¹ Mithin setzt ein Amtshaftungsanspruch aus § 839 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 34 GG nicht die Erfüllung eines Straftatbestands voraus. Ungeachtet dessen folgt aus dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, dass einem Richter der insoweit erforderliche Schuldvorwurf nur bei besonders groben Verstößen gemacht werden kann, was im Ergebnis einer Haftung nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entspricht. Weitere Restriktionen ergeben sich daraus, dass richterliche und staatsanwaltschaftliche Amtshandlungen im Zusammenhang mit der Anordnung oder Aufrechterhaltung der Haft nicht uneingeschränkt auf ihre sachliche Richtigkeit, sondern nur auf ihre Vertretbarkeit hin kontrolliert werden (Beurteilungsspielraum).⁵⁶² Trotz dieser hohen Hürden wurden vereinzelt Ersatzansprüche wegen amtspflichtwidriger Haftantragstellungen der Staatsanwaltschaft gewährt.⁵⁶³ Soweit Verstöße durch die Anstalt im Haftvollzug gerügt werden, gelten die soeben skizzierten Einschränkungen nicht.⁵⁶⁴

⁵⁵⁸ Vgl. *Cornelius*, in: BeckOK-StPO, § 2 StrEG Rn. 1; KG, Beschl. vom 3.7.2000, Az.: 1 AR 746/00 (juris); BGH NJW 1998, 751; lediglich missverständlich („Entschädigung für rechtmäßige Akte“) BGH NJW 1988, 1141; NJW 1990, 397, wo jedoch ein Umkehrschluss im Sinne eines Ausschlusses bei Rechtswidrigkeit gerade nicht gezogen wird; a.A. als hier aber ausdrücklich *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 409; OLG Düsseldorf StraFo 2000, 429.

⁵⁵⁹ Ersetzt wird nur derjenige Schaden, der *allein* auf dieser Maßnahme beruht und nicht etwa durch das Strafverfahren als solches verursacht wurde, BGH NJW 1988, 1141.

⁵⁶⁰ *Cornelius*, in: BeckOK-StPO, § 7 StrEG Rn. 10 m.w.N.

⁵⁶¹ *Papier*, in: MüKo-BGB, § 839 Rn. 326 m.w.N.; a.A. *Park/Schlothauer*, FS für Widmaier, S. 408.

⁵⁶² *Reinert*, in: BeckOK-BGB, § 839 Rn. 98; BGH NJW 1959, 35; 2011, 1072; 2003, 3693; 1998, 751; OLG Nürnberg BeckRS 2011, 6831.

⁵⁶³ BGH NJW 2003, 3693 (Nichtvorlage aller für die Beurteilung des Tatverdachts nötigen Beweise); 1998, 751 (Unvertretbarkeit der Annahme eines dringenden Tatverdachts).

⁵⁶⁴ Vgl. etwa OLG Celle NJW-RR 2004, 380 (Unzumutbarkeit der Unterbringung).

Ungleich großzügiger sind die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 5 EMRK. Er gewährt bei konventionswidrigen Freiheitsentziehungen einen verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruch, der im Zivilrechtsweg vor den nationalen Gerichten einzuklagen ist und selbstständig neben den Ansprüchen aus StrEG oder Amtshaftung besteht. Er ist auf vollen Schadensersatz einschließlich Schmerzensgeld gerichtet und umfasst ggf. auch eine Entschädigung für die Art und Weise der Haft. Den innerstaatlichen Behörden kommt dabei jedoch ein weites Ermessen zu.⁵⁶⁵

Nur am Rande sei auf die 2011 eingeführten §§ 198 f. GVG hingewiesen, die zur Absicherung des Rechts auf ein Urteil innerhalb angemessener Frist (Art. 6 Abs. 1 EMRK) einen Entschädigungsanspruch bei unangemessener Dauer des Strafverfahrens vorsehen.⁵⁶⁶ Dieser Anspruch ist jedoch gegenüber der Berücksichtigung der Verzögerung im Wege eines Strafabschlags (sog. Vollstreckungslösung)⁵⁶⁷ subsidiär, vgl. § 199 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 198 Abs. 2 GVG. Da es im Übrigen allein auf die Dauer des Strafverfahrens und nicht auf die der Untersuchungshaft ankommt, weist die Regelung keinen spezifisch haftrechtlichen Gehalt auf.

dd) Strafanzeige wegen Freiheitsberaubung (§ 239 StGB)

Die Untersuchungshaft erfüllt zwar den objektiven Tatbestand der Freiheitsberaubung und ist nur insoweit durch die §§ 112 ff. StPO gerechtfertigt, als deren gesetzliche Voraussetzungen vorliegen.⁵⁶⁸ Abgesehen von den Beweisschwierigkeiten, die sich aus dem Vorsatzerfordernis ergeben (*in dubio*-Grundsatz) und ungeachtet der nicht abschließend geklärten Streitfrage, ob auch formale Mängel oder entwürdigende Begleitumstände für die Beurteilung der Strafbarkeit nach § 239 StGB relevant sein können, wird eine Strafbarkeit des Richters oder Staatsanwalts in aller Regel an der sogenannten Sperrwirkung der Rechtsbeugung scheitern. Dieser Grundsatz besagt, dass eine Bestrafung wegen Taten, die in innerem Zusammenhang mit der Leitung oder Entscheidung einer Rechtssache stehen (hier: § 239 StGB) nur dann in Betracht kommt, wenn die (Haft-)Entscheidung zugleich die von der Rechtsprechung äußerst restriktiv gehandhabten Voraussetzungen einer Rechtsbeugung (§ 339 StGB) erfüllt.⁵⁶⁹ Anderenfalls nämlich würde die in dieser Vorschrift zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Entscheidung, nur die *vorsätzlich falsche* Rechtsanwendung unter Strafe zu stellen, unterlaufen.⁵⁷⁰

⁵⁶⁵ BGH NJW 1993, 2927; OLG Celle NJW-RR 2004, 380; *Strafner*, StV 2010, 275.

⁵⁶⁶ ÜVerfBesG vom 24.11.2011 (BGBl. I S. 2302), in Kraft getreten am 3.12.2011.

⁵⁶⁷ BGH (Gr. Sen.), NStZ 2008, 234.

⁵⁶⁸ Vgl. BGH NJW 1952, 1024, 1025.

⁵⁶⁹ Zu den Maßstäben, die insoweit im Zusammenhang mit der staatsanwaltschaftlichen Haftantragstellung und der richterlichen Haftanordnung zu stellen sind, siehe BGH, Urt. vom 11.4.2013, Az.: 5 StR 261/12 (juris) = BGH HRRS 2013, Nr. 511.

⁵⁷⁰ Ganz h.M., siehe *Uebele*, in: MüKo-StGB, § 339 Rn. 71 ff. m.w.N.

Dritter Teil

Rechtsvergleich

I. Grundlagen

A. Übergesetzliche Vorgaben

1. Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen

a) Inkorporiertes Verfassungsrecht versus Grundrechtskatalog

Im Gegensatz zum GG, das die Grundrechte an vorderster Stelle exponiert, verzichtet der Textkörper der französischen Verfassung von 1958 auf einen entsprechenden Katalog.¹ Seit einer Leitentscheidung des C. const. von 1971 ist jedoch unter anderem die DDHC als vollwertiges Verfassungsrecht anerkannt. Sie bildet gemeinsam mit den ausdrücklich-textuellen Vorgaben einen *bloc de constitutionnalité*, welcher den übergeordneten Bezugsrahmen für sämtliches staatliches Handeln darstellt. Mithin existieren in beiden Rechtsordnungen subjektiv-grundrechtliche Gewährleistungen mit Verfassungsrang, die alle Staatsgewalt inklusive Gesetzgebung binden. Wegen der Modellfunktion, die der universellen Erklärung von 1789 bei der Ausarbeitung des GG zuwuchs, sind sprachliche und inhaltliche Parallelen zwischen beiden Grundrechtsüberlieferungen unverkennbar; die Übereinstimmungen dürfen jedoch angesichts der unterschiedlichen historischen Entstehungszusammenhänge (Revolution versus Wiederaufbau) nicht überbewertet werden.² Dem feierlich-proklamatorischen Charakter der Déclaration steht im mehr als eineinhalb Jahrhunderte jüngeren GG ein Grundrechtskonzept gegenüber, das durch seinen technischen Präzisionsgrad (z.B. unterschiedliche Formen von Gesetzesvorbehalten), seine subtile Struktur (z.B. „Schranken-Schranken“) und seine ausgefeilte Dogmatik (z.B. Schutzbereich – Eingriff – Rechtfertigung) besticht.

Das durch die föderalstaatliche Struktur bedingte Nebeneinander von Bundes- und Landesverfassungsrecht findet in der zentralistischen Staatsordnung Frankreichs keine Entsprechung; da jedoch die in den deutschen Landesverfassungen vorgesehenen Grundrechte nicht in stande sind, für bundesgesetzlich geregelte Ma-

¹ Wo nicht anders angegeben, entspricht der Gang der rechtsvergleichenden Darstellung dem Aufbau der Landesberichte (siehe dazu Einleitung, III.). Mithin konnte von entsprechenden Querverweisungen abgesehen werden.

² Ausführlicher zum vorliegend nicht weiter zu vertiefenden Verhältnis dieser beiden Grund- bzw. Menschenrechtsquellen *Hofmann*, NJW 1989, 3177 ff., insb. 3183 f.

terien abweichende – großzügigere oder strengere – Maßstäbe zu formulieren (Art. 31 GG), ergeben sich aus dieser zusätzlichen innerstaatlichen Grundrechtsebene zumindest für das Strafprozessrecht (i.e.S.) keine sachlichen Unterschiede.

b) Eingeschränkte versus umfassende verfassungsgerichtliche Kontrolle

Während das GG mit dem BVerfG bewusst eine starke Verfassungsgerichtsbarkeit als seine „Hüterin“ auch und gerade gegenüber dem Gesetzgeber eingesetzt hat, entwickelte sich der C. const. in der „legizentristischen“, richterskeptischen Rechtstradition Frankreichs erst allmählich von der ihm ursprünglich zugeordneten Rolle als bloßer Wächter der Zuständigkeitsverteilung zwischen Legislative und Exekutive (zugunsten Letzterer) zu einer (quasi-)verfassungsgerichtlichen Kontrollinstanz mit grundrechtsschützender Funktion (zugunsten des Einzelnen). Anders als das BVerfG, das den mit unmittelbarer Rechtsverbindlichkeit ausgestatteten Grundrechtskatalog des GG von Beginn an zum Ausgangspunkt einer ausgreifenden Grundrechtsjudikatur nehmen konnte, musste sich der C. const. seinen materiellen Prüfungsmaßstab durch die richterrechtliche Einbeziehung der in der Präambel genannten Rechtsquellen erst selbst kreieren. Auch nach der bahnbrechenden Entscheidung *Liberté d'association* (1971) waren der Entfaltung seiner Kontrollaktivitäten wegen des eingeschränkten Zugangs zu seiner Rechtsprechung enge Grenzen gesetzt: Herkömmlicherweise konnte der C. const. nur ex ante – also vor Abschluss des Gesetzgebungsverfahrens – zur Überprüfung noch nicht verkündeter Gesetze angerufen werden; seit 1974 immerhin auch durch die Opposition.

Da eine Kontrolle bereits in Kraft getretener Gesetze anders als im deutschen Recht per se ausschied, waren nicht nur vorkonstitutionelle Rechtsakte – und damit wesentliche Teile des Strafprozessrechts³ –, sondern auch solche Gesetze, die dem C. const. nicht vor ihrem Inkrafttreten vorgelegt worden waren, einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle von vornherein entzogen. Das 2010 eingeführte QPC-Verfahren, das funktional der konkreten Normenkontrolle im Wege der Richtervorlage nach Art. 100 Abs. 1 GG entspricht,⁴ hat insoweit einen radikalen Bruch vollzogen, indem es erstmals die Möglichkeit einer nachträglichen Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit formeller Gesetze auf Initiative des Einzelnen geschaffen hat. Von ihr wurde seither – insbesondere auf dem Gebiet des Strafprozessrechts und der Regelung freiheitsentziehender Maßnahmen – reger Gebrauch gemacht.

Das Verwerfungsmonopol, das beide Verfassungsgerichte im Hinblick auf formelle Gesetze innehaben, darf freilich nicht den Blick darauf verstellen, dass auch den einfachen Gerichten im Rahmen des Vorlageverfahrens eine wichtige (Vor-)

³ Das erste Buch des CPP, in dem insb. das Ermittlungsverfahren geregelt ist, war bereits am 31.12.1957 durch Gesetz n° 57-1426 verabschiedet worden.

⁴ Siehe auch *Gundel*, EuR 2012, 213, 215.

Prüfungskompetenz zusteht: Eine Vorlage findet nur statt, wenn das Prozessgericht Zweifel an der Verfassungskonformität einer Vorschrift hat. In Frankreich ist die fachgerichtliche Filterfunktion insofern besonders stark ausgeprägt, als eine Weiterleitung der Vorfrage an den C. const. außerdem voraussetzt, dass das für den jeweiligen Rechtsweg zuständige oberste Gericht – im Rahmen der ordentlichen Gerichtsbarkeit also die Cour de cassation – die Zweifel des Instanzgerichts teilt.

Ungeachtet der erheblichen Aufwertung, die der verfassungsgerichtliche Grundrechtsschutz in Frankreich durch die Einführung der QPC erfahren hat, erweist sich vor allem das Fehlen eines Individualrechtsbehelfs zum C. const. als Hindernis für die Erlangung einer grundrechtsschützenden Bedeutung, die mit der Rolle seines deutschen Pendant vergleichbar wäre. Dank der Verfassungsbeschwerde, die den auch zahlenmäßig wichtigsten Rechtsbehelf zum BVerfG darstellt, kann Letzteres bei der Überprüfung der Verfassungskonformität von Einzelfallentscheidungen auch und gerade auf dem Gebiet des Haftrechts entscheidende Impulse für eine Durchdringung der *Gesetzesanwendung* mit einheitlichen grundrechtlichen Vorgaben setzen, wohingegen eine entsprechende verfassungsgerichtliche Kontrollinstanz für die Entscheidungen von Exekutive und Judikative in Frankreich fehlt.

c) *Übergesetzlicher versus einfachesgesetzlicher Rang der EMRK*

Frankreich und Deutschland gehören beide zu den Erstunterzeichnerstaaten der EMRK. Während diese jedoch in Deutschland kurz nach der Unterzeichnung ratifiziert wurde und damit bereits seit ihrem Inkrafttreten 1953 vollwertiger Bestandteil des innerstaatlichen Rechts ist, erfolgte die Ratifikation in Frankreich erst 1974, die Anerkennung des Individualbeschwerderechts gar erst 1981.

In der französischen Normenhierarchie sind die konventionsrechtlichen Garantien oberhalb der Gesetze, jedoch unterhalb der Verfassung angesiedelt; in Deutschland haben sie dagegen formal lediglich den Rang einfachen Bundesrechts. Eine unmittelbare innerstaatliche Bindung des Gesetzgebers an die EMRK-Vorschriften besteht mithin nur nach französischem Recht. Diese Bindung kann jedoch vor dem C. const. nicht eingeklagt werden, da die verfassungsgerichtliche Kontrolle – in beiden Ländern – nicht am Maßstab der EMRK, sondern nur anhand der nationalen Grundrechte und sonstigen Bestimmungen mit Verfassungsrang erfolgt. Im Gegensatz zum französischen Verfassungsgericht, das in seiner Jurisprudenz jede inhaltliche Auseinandersetzung mit den konventionsrechtlichen Vorgaben beharrlich vermeidet und lediglich anhand der seinen Entscheidungen beigefügten Begleitmaterialien (*dossier documentaire*) das Vorhandensein faktischer Einflüsse zu erkennen gibt, fließen die konventionsrechtlichen Standards in die Interpretation der deutschen Grundrechte zumindest indirekt mit normativ bindender Wirkung ein: Indem das BVerfG dem GG die verfassungsrechtliche Pflicht entnimmt, die EMRK im Rahmen des methodologisch und verfassungsrechtlich Vertretbaren als „Auslegungshilfe“ für die Anwendung der deutschen Grundrechte heranzuziehen,

folgt aus der Konventionswidrigkeit eines deutschen Hoheitsakts im Regelfall zugleich dessen – mittelbare – Verfassungswidrigkeit, die auch vor dem BVerfG im Wege der herkömmlichen Rechtsbehelfe geltend gemacht werden kann. Konsequenterweise erkennt zwar das BVerfG, nicht jedoch der C. const. eine spätere EGMR-Rechtsprechung als „neue Umstände“ an, die geeignet sind, die entgegenstehende Rechtskraft früherer Entscheidungen zu überwinden.

Die unterschiedlichen Konzeptionen, die den beiden Rechtsordnungen bei der Ausgestaltung des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes und der Integration der EMRK in das nationale Grundrechtsgefüge zugrunde liegen, haben weitreichende Folgen. Im deutschen Recht wird die Menschenrechtskonformität hoheitlichen Handelns regelmäßig einheitlich anhand der im Lichte der Konventionsgarantien auszulegenden nationalen Grundrechte beurteilt. Für formelles Bundesrecht besteht dabei ein die Gefahr widersprüchlicher Interpretationen bannendes Verwerfungsmonopol des BVerfG. Deshalb und wegen des bloßen Gesetzesrangs der EMRK kann die Konventionswidrigkeit einer bundesgesetzlichen Bestimmung vor den einfachen Gerichten nur im Wege einer auf ihre Verfassungswidrigkeit gestützten Vorlage zum BVerfG durchgesetzt werden. In Frankreich dagegen bilden die Grundrechte des *bloc de constitutionnalité* und die mit übergesetzlichem Rang ausgestatteten EMRK-Garantien trotz offenkundiger inhaltlicher Überschneidungen zwei selbstständig nebeneinander stehende und – auch prozessual – unabhängig voneinander zu verwirklichende Prüfungsmaßstäbe. Da ein Individualrechtsbehelf zum C. const. fehlt, obliegt die Gewährung eines gerichtlichen Grundrechtsschutzes im konkreten Fall traditionell in erster Linie den Fachgerichten. Nachdem ein Verwerfungsmonopol des C. const. nur für *verfassungswidrige* Gesetze besteht und die Konventionswidrigkeit für die Beurteilung der Verfassungskonformität ohne Belang ist, erlaubt die Heranziehung der übergesetzlichen EMRK den einfachen Gerichten die Nichtanwendung konventionswidriger Gesetze im Einzelfall. Seit der Schaffung der QPC tritt die damit einhergehende Gefahr normativer Widersprüche umso deutlicher zutage: Zwar müssen die einfachen Gerichte im Fall einer gleichzeitigen Rüge der Verfassungswidrigkeit *und* Konventionswidrigkeit eines Gesetzes nun zunächst über die Vorlage an den C. const. zwecks Klärung seiner Verfassungsmäßigkeit befinden. Erachtet dieser die Vorschrift jedoch im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens für verfassungskonform, so ist das Prozessgericht anschließend nicht gehindert, ihre Anwendung wegen einer EMRK-Verletzung zu verweigern. – Dass es sich dabei nicht nur um ein theoretisches Szenario handelt, haben die kollidierenden Entscheidungen von C. const. und Cour de cassation im Vorfeld der *garde à vue*-Reform 2010/2011 eindrucksvoll belegt.

Im Ergebnis führt die vom BVerfG statuierte Verfassungspflicht zur konventionskonformen Auslegung der GG-Grundrechte dazu, dass den EMRK-Garantien ein mittelbarer Verfassungsrang zuteilwird, der hinter der übergesetzlichen Position, die sie in Frankreich innehaben, kaum zurückbleibt. Zugleich wird auf diese Weise ein weitgehender Gleichlauf der beiden Prüfungsmaßstäbe erzielt, der die im

französischen Recht drohenden Normkonflikte vermeidet.⁵ Auf der anderen Seite sind die Einflüsse der EMRK in Frankreich – sowohl in der Praxis als auch in der Wissenschaft – insofern unmittelbarer, als sie sich dort „ungefiltert“, d.h. ohne die Zwischenschaltung der nationalen Grundrechtsebene entfalten können.

2. Verfassungsrechtlicher Schutz der persönlichen Freiheit

a) Entstehungsgeschichtliche, systematische und strukturelle Parallelen

Die Vorstellung eines menschenrechtlichen Schutzes der körperlichen Bewegungsfreiheit hat in beiden Ländern eine lange Tradition, die ihrerseits ideengeschichtlich von den englischen *habeas corpus*-Prinzipien beeinflusst ist. Herausragende Bedeutung kommt auf kontinentaleuropäischer Ebene den in der DDHC proklamierten Garantien gegen willkürliche Verhaftung zu. Sie genießen heute in Frankreich Verfassungsrang. In Deutschland dienten sie als Vorbild für die Ausgestaltung und Formulierung des Freiheitsgrundrechts.⁶

Über die gemeinsame historische Verwurzelung hinaus lässt sich in beiden Ländern eine gewisse Entwicklungskontinuität beim verfassungsrechtlichen Schutz dieses Grundrechts feststellen. In Frankreich ist diese Beständigkeit wegen der Fortgeltung der DDHC besonders stark ausgeprägt, in Deutschland wird sie bei einer Gegenüberstellung von § 138 PKV und Art. 114 WRV einerseits und Art. 104 GG andererseits ersichtlich. Vor dem Hintergrund der Negierungen des Freiheitsgrundrechts im 20. Jahrhundert hat das Schutzniveau in den aktuellen (Nachkriegs-)Verfassungen beider Länder eine spürbare Aufwertung erfahren. Das GG kombiniert die zentralen Schutzmechanismen von PKV (Richtervorbehalt) und WRV (Gesetzesvorbehalt) und ergänzt sie um zusätzliche verfahrensrechtliche Absicherungen; Art. 66 C geht über die DDHC-Garantien zugunsten des Rechts auf *sûreté* hinaus, indem er die ordentliche Gerichtsbarkeit zur Hüterin der individuellen Freiheit erhebt.

Die Schlüsselrolle, die beide Rechtsordnungen dem Richter als Garanten des Freiheitsschutzes im konkreten Fall zuweisen, wird in verfassungssystematischer Hinsicht darin deutlich, dass die *habeas corpus*-Vorschriften in den die Gerichtsbarkeit betreffenden Verfassungsabschnitten niedergelegt sind. Während der besondere Stellenwert, der gerade dem Schutz der Bewegungsfreiheit beigemessen wird, in Frankreich in dem Umstand zutage tritt, dass es sich bei Art. 66 C um die *einzig*e ausdrücklich in der Verfassung selbst normierte grundrechtliche Gewährleistung (i.e.S.) handelt, wird er in Deutschland daran ersichtlich, dass das GG diesem Grundrecht zwei gesonderte Artikel widmet und darin für freiheitsentziehende Eingriffe besonders detaillierte Vorgaben niederlegt. Ungeachtet dieser strukturel-

⁵ So auch *Mellech*, Rezeption, S. 52–56.

⁶ Vgl. z.B. Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG und Art. 7 Satz 1 DDHC.

len Parallelen werden bei einem Vergleich der inhaltlichen Ausgestaltung des Schutzes neben grundlegenden Gemeinsamkeiten auch große Unterschiede sichtbar.

b) *Gemeinsamkeiten und Unterschiede bei der inhaltlichen Ausgestaltung*

Die Verfassungsordnungen beider Länder teilen die Grundannahme, dass Freiheitsentziehungen nur in den gesetzlichen Fällen und Formen zulässig sind, einer richterlichen Kontrolle im Einzelfall bedürfen und verhältnismäßig sein müssen.

aa) Gesetzesvorbehalt in Form eines Vorbehalts des förmlichen Gesetzes

Im Hinblick auf den für Freiheitsentziehungen angeordneten Parlamentsvorbehalt gelten weitgehend übereinstimmende Grundsätze, zumal Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG die Formulierung in Art. 7 DDHC nahezu wörtlich aufgegriffen hat.

In beiden Ländern wird es für zulässig erachtet, die nähere Ausgestaltung der Haftmodalitäten dem Ordnungsgeber zu übertragen. Während das französische Recht von dieser Möglichkeit einer ergänzenden Exekutivrechtsetzung für den Vollzug der *détention provisoire* in weitem Umfang Gebrauch macht, ist für die Durchführung der Untersuchungshaft in Deutschland infolge der Föderalismusreform von 2006 nicht mehr die UVollzO – als Sammlung allgemeiner Verwaltungsanordnungen – maßgeblich, sondern es gelten die unlängst an ihrer Stelle als förmliche (Landes-)Gesetze erlassenen UVollzG. Auch in Frankreich ist seit 2009 eine Aufwertung des Gesetzesvorbehalts für den Haftvollzug zu beobachten.

bb) Strikter Richtervorbehalt versus Kontrolle der ordentlichen Gerichtsbarkeit

Signifikante Unterschiede bestehen dagegen bei der Konzeption des verfassungsrechtlichen Richtervorbehalts. Im Gegensatz zu der minutiösen Regelung in Art. 104 Abs. 2, 3 GG begnügt sich Art. 66 Abs. 2 C damit, die *liberté individuelle* – mit der nach heute h.M. ausschließlich die Bewegungsfreiheit (*sûreté*) gemeint ist – unter die Obhut der *autorité judiciaire* zu stellen. Unter Einbeziehung der verfassungsgerichtlichen Auslegung der beiden *habeas corpus*-Regelungen ergibt sich, dass der deutsche Richtervorbehalt ungleich strengere Anforderungen stellt als sein französisches Pendant.

In personeller Hinsicht setzt das GG die Intervention eines unabhängigen Richters voraus, wohingegen die *autorité judiciaire* als ordentliche Gerichtsbarkeit auch die Staatsanwälte umfasst; Art. 66 Abs. 2 C ist hier nur insofern enger, als er eine Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte aus historischen Gründen ausschließt. In sachlicher Hinsicht enthält Art. 104 Abs. 2, 3 GG einen Grundsatz der vorgängigen richterlichen Entscheidung, der dem französischen Recht fremd ist: Während die

nichtrichterliche Veranlassung einer Freiheitsentziehung nach deutschem Recht nur zulässig ist, wenn ihr Zweck anderenfalls nicht erreicht werden kann, ist es für Art. 66 Abs. 2 C ohne Belang, ob die Intervention der *autorité judiciaire* vor oder nach Beginn der Haft stattfindet. Außerdem formuliert das GG präzise zeitliche Vorgaben für die nachträgliche Einholung der richterlichen Entscheidung, die im französischen Verfassungstext keine Entsprechung haben: Sie muss in Deutschland stets unverzüglich erfolgen, jedenfalls aber vor Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages; von der Ermächtigung in Art. 115c Abs. 2 Nr. 2 GG, für den Verteidigungsfall eine abweichende, maximal 120-stündige Höchstfrist festzusetzen, hat der Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht. Der C. const. lässt es dagegen genügen, wenn die Staatsanwaltschaft von der polizeilichen Festnahme unverzüglich informiert wird und die Maßnahme auf diese Weise kontrollieren kann; spätestens nach 48 Stunden fordert auch er allerdings eine Überprüfung durch den Richter. Schließlich divergieren die Vorgaben im Hinblick auf Verfahren und Inhalt der nachträglichen richterlichen Entscheidung. Art. 104 Abs. 3 GG gebietet bei strafprozessualen Festnahmen ohne vorherigen Haftbefehl, dass der Ergriffene dem Richter persönlich vorgeführt wird, der ihm die Festnahmegründe eröffnen, ihn vernehmen und ihm Gelegenheit zu Einwendungen geben muss; anschließend ist der Richter vor die strikte Alternative zwischen dem Erlass eines schriftlichen und begründeten Haftbefehls – also der Anordnung von Untersuchungshaft – oder der Freilassung gestellt. Das französische Verfassungsrecht hingegen überlässt die Ausgestaltung des Verfahrens bei der nachträglichen Intervention der *autorité judiciaire* dem Gesetzgeber; anlässlich der vor Ablauf von 48 Stunden gebotenen richterlichen Überprüfung kommt anders als in Deutschland auch eine Verlängerung der ursprünglichen (polizeilichen) Maßnahme in Betracht.

Aus diesen divergierenden *habeas corpus*-Modellen ergeben sich gravierende Unterschiede für den potenziellen Anwendungsbereich und die zulässige Dauer einer strafprozessualen Polizeihaft. Diese ist in Deutschland wegen des Grundsatzes der vorgängigen richterlichen Entscheidung von vornherein auf Eilfälle beschränkt und kann nur so lange aufrechterhalten werden, wie die unverzüglich gebotene Vorführung vor den Richter durch sachliche Gründe gehindert ist, unter keinen Umständen jedoch länger als bis zum Ablauf des auf die Festnahme folgenden Tages. In Frankreich dagegen besteht weder eine Einschränkung auf Eilfälle noch muss unverzüglich ein Richter eingeschaltet werden; außerdem kommt eine richterliche Verlängerung der Polizeihaft über 48 Stunden hinaus in Betracht.⁷

⁷ Vgl. auch die rechtsvergleichende Studie des Sénat, *Garde à vue*, S. 10, wonach das Fehlen verfassungsrechtlicher Vorschriften über die Polizeihaft („absence de dispositions constitutionnelles sur la garde à vue“) im Vergleich zu sechs anderen europäischen Rechtsordnungen eine der Eigenarten der frz. Gesetzgebung („singularités de la législation française“) ist.

cc) Unterschiedliche Handhabung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

Dem für sämtliche strafprozessualen Eingriffsmaßnahmen geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird in beiden Ländern bei Freiheitsentziehungen besonderes Gewicht beigemessen. Das BVerfG leitet ihn direkt aus dem jeweils einschlägigen Grundrecht, vorliegend also aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, ab und betont dabei, dass wegen des hohen Rangs des Freiheitsgrundrechts nur besonders gewichtige Gründe als legitime Eingriffsziele in Betracht kommen. Es wacht nicht nur darüber, dass der Gesetzgeber dem Grundsatz bei der inhaltlichen Ausgestaltung der Eingriffsermächtigungen Rechnung trägt, sondern auch die Polizei und die zur Entscheidung und Überprüfung berufenen Gerichte bei der Anordnung und Aufrechterhaltung der Maßnahme. Prüfungsmaßstab ist dabei stets die Frage, ob die Freiheitsentziehung einen legitimen Zweck verfolgt und zur Erreichung dieses Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen ist. Während dem Gesetzgeber insoweit eine gewisse Einschätzungsprärogative zugestanden wird, findet bei der Kontrolle der Rechtsanwendung im Einzelfall eine uneingeschränkte gerichtliche Nachprüfung durch BGH und BVerfG statt.

Im französischen Verfassungsrecht enthält Art. 9 DDHC für die Anordnung und Durchführung strafprozessualer Freiheitsentziehungen eine ausdrückliche Regelung des in der Unschuldsvermutung wurzelnden, haftrechtlichen Verhältnismäßigkeitsprinzips. Da der C. const. jedoch nur zur Überprüfung von Gesetzen berufen ist, beschränkt sich seine Kontrolle auf die Wahrung dieses Grundsatzes durch den Gesetzgeber. Eine dem vierstufigen Ansatz des BVerfG entsprechende Prüfung im Detail findet nicht statt. Allerdings hat der C. const. im Zusammenhang mit der *garde à vue* angedeutet, dass er auf die nach dem Gesetz erforderliche abstrakte Schwere des die Freiheitsentziehung veranlassenden Tatvorwurfs ein besonderes Augenmerk legt. In diesem Sinne hat er nun auch klargestellt, dass das strafprozessuale Sonderpolizeihaftregime für Schwereverbrechen nicht an Wirtschaftsstraftaten geknüpft werden darf, die weder Sicherheit noch Würde oder Leben von Personen schützen. Die Cour de cassation übt sich bei der konkret-individuellen Kontrolle der Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in größtmöglicher Zurückhaltung, indem sie die Beurteilung der Gründe und der Erforderlichkeit von Anordnung und Dauer strafprozessualer Freiheitsentziehungen als tatsächliche Fragen einstuft, die in sehr weitem Umfang dem jedenfalls revisionsgerichtlich, teilweise sogar instanzgerichtlich nicht nachprüfaren Ermessen der unmittelbar mit der Maßnahme befassten *autorité judiciaire* überlassen bleiben.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, wo der Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Begründung und Überprüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der Anordnung, Dauer und Durchführung einer Freiheitsentziehung im konkreten Fall eminente Bedeutung zukommt, reduziert sich der Grundsatz im französischen Recht weitgehend auf seine formal-gesetzlichen Ausprägungen und entzieht sich im Übrigen einer nachträglichen Rechtskontrolle.

dd) Zusätzliche verfahrensrechtliche Garantien nach Art. 104 GG

Die grundgesetzliche Ausgestaltung des *habeas corpus* unterscheidet sich schließlich insofern von ihrer französischen Parallelregelung in Art. 66 C und der DDHC, als sie die drei zentralen Schutzmechanismen (Gesetzesvorbehalt, Richtervorbehalt und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) zugunsten festgehaltener Personen durch weitere ausdrücklich mit Verfassungsrang versehene Garantien komplettiert. Neben den in Abs. 3 normierten Konkretisierungen des Anspruchs auf rechtliches Gehör vor dem zur nachträglichen Entscheidung über die Freiheitsentziehung berufenen Haftrichter statuiert Art. 104 GG ein absolutes Missbrauchsverbot gegenüber festgehaltenen Personen (Abs. 1 Satz 2) und eine Pflicht zur unverzüglichen Benachrichtigung Dritter von richterlichen Entscheidungen über die Anordnung oder Fortdauer einer Freiheitsentziehung (Abs. 3).

c) Haftspezifische Garantien im weiteren Sinne

Während die Unschuldsvermutung im französischen Recht ausdrücklich mit Verfassungsrang versehen ist (Art. 9 DDHC), führt das BVerfG diesen auf das im Rechtsstaatsprinzip und der allgemeinen Handlungsfreiheit verankerte Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren zurück (Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG).⁸

Ähnlich wie das BVerfG, das diesem *fair trial*-Recht weitere ungeschriebene Verfahrens(grund)rechte entnimmt, leitet der C. const. aus dem neuerdings in Art. 16 DDHC verorteten Konzept der *droits de la défense* vergleichbare zusätzliche Garantien ab (z.B. Recht auf Verteidigerbeistand, Schweigerecht und Belehrung). Im Gegensatz zum deutschen Recht, das dem Beschuldigten diese Verteidigungsrechte unterschiedslos und maßnahmeübergreifend in sämtlichen Stadien des Vorverfahrens einräumt, war ihre Gewährung in Frankreich im polizeilichen Ermittlungsverfahren bis vor Kurzem – in verfassungskonformer Weise – an das Betroffensein von einer Freiheitsentziehung (*garde à vue*) gekoppelt. Erst die unionsrechtlich veranlasste Neuregelung der *audition libre* mit dem Reformgesetz vom 27.5.2014 hat dieses eigenartige Exklusivitätsverhältnis aufgebrochen.

Im Übrigen bestehen insoweit strukturelle Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen, als die konventionsrechtlichen Konzepte in Deutschland weitgehend von den Grundrechten und Verfassungsgrundsätzen des GG rezipiert bzw. absorbiert werden, während sie in Frankreich selbstständig neben dem *bloc de constitutionnalité* stehen. Sowohl die Cour de cassation als auch das französische Schrifttum orientieren sich daher in sehr viel stärkerem Maße unmittelbar an den übergesetzlichen Vorgaben in Art. 6 EMRK als die deutschen Gerichte, die sie vorwiegend nur mittelbar im Wege einer konventionskonformen Auslegung der nationalen Grundrechte heranziehen.

⁸ Weiterführend der Vergleich von *Henrion*, *Présomption d'innocence*, Rn. 324 ff.

3. Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafgewalt des Gesetzgebers

Die für den potenziellen Anwendungsbereich strafprozessualer Freiheitsentziehungen relevante Frage, inwieweit dem Staat bei der Definition der als strafwürdig erachteten Verhaltensweisen von der Verfassung Grenzen gezogen sind, wird von den Verfassungsgerichten beider Länder im Sinne eines weitreichenden inhaltlichen Gestaltungsspielraums des parlamentarischen Gesetzgebers entschieden.

a) *Formelle Grenzen: Gesetzlichkeitsprinzip und Bestimmtheitsgrundsatz*

In formeller Hinsicht ist dieser Gestaltungsspielraum in beiden Rechtsordnungen durch das Gesetzlichkeitsprinzip (*légalité formelle*) und den in ihm enthaltenen Bestimmtheitsgrundsatz (*légalité matérielle*) eingeschränkt (Art. 8 DDHC; Art. 103 Abs. 2 GG). Der Gesetzlichkeitsgrundsatz schließt als Parlamentsvorbehalt eine Übertragung der Strafgewalt auf den Ordnungsgeber aus; lediglich Übertretungstatbestände (*contraventions*) werden in Frankreich in Form von Exekutivverordnungen (*règlements*) normiert (Art. 34, 37 C; Art. 111-2 CP) – diese können jedoch wegen des haftrechtlichen Gesetzesvorbehalts weder Freiheitsstrafen noch strafprozessuale Freiheitsentziehungen nach sich ziehen und dürfen daher vorliegend vernachlässigt werden. Hingegen steht der Parlamentsvorbehalt der Formulierung verwaltungsrechtsakzessorischer Straftatbestände prinzipiell nicht im Wege.

Der Bestimmtheitsgrundsatz qualifiziert den Gesetzesvorbehalt zwar insofern, als die Voraussetzungen der Strafbarkeit im Gesetz selbst klar und eindeutig formuliert sein müssen, schließt jedoch die Verwendung unbestimmter und auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe nicht aus. Während das BVerfG bislang noch keine kernstrafrechtliche Bestimmung wegen Verstoßes gegen Art. 103 Abs. 2 GG aufgehoben hat und etwaig festgestellte Verletzungen stets das Zusammenspiel von gesetzlichen und untergesetzlichen Regelungen betrafen, existieren mehrere Entscheidungen des C. const., in denen die Formulierung von Straftatbeständen im CP für zu unbestimmt befunden und diese daher für nichtig erklärt wurden.

b) *Inhaltlich-materielle Grenzen: Verhältnismäßigkeit und Schuldprinzip*

In inhaltlich-materieller Hinsicht messen die Verfassungsgerichte beider Länder die Ausübung der Strafgesetzgebungskompetenz vornehmlich am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Während das BVerfG dieses Kriterium den einschlägigen Grundrechten entnimmt, bedient sich der C. const. auch hier der Bestimmung über das Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 8 DDHC), die explizit vorsieht, dass das Gesetz nur unbedingt und offensichtlich notwendige Strafen festsetzen darf; nicht herangezogen wird von den französischen Verfassungsrichtern dagegen Art. 5 DDHC, der ausdrücklich klarstellt, dass das Gesetz nur sozialschädliche Verhaltensweisen verbieten darf.

Die methodischen Vorgehensweisen bei der Prüfung divergieren zwar insofern, als das BVerfG sämtliche Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Einzelnen argumentativ würdigt, wohingegen der C. const. sich in aller Regel mit der Feststellung begnügt, dass kein Verfassungsverstoß vorliegt. Prüfungsmaßstab und gerichtliche Kontrolldichte stimmen indes im Ergebnis überein, da beide Gerichte dem Gesetzgeber einen weiten Einschätzungs- bzw. Gestaltungsspielraum (*pouvoir d'appréciation*) zugestehen und dessen Ausübung nur in begrenztem Umfang daraufhin überprüfen, ob eine Pönalisierung schlechthin unangemessen (*disproportion manifeste*), also offensichtlich fehlerhaft ist (*erreur manifeste d'appréciation*). Die in der deutschen Wissenschaft erarbeiteten Rechtsgutslehren, die darauf zielen, das kriminalpolitische Ermessen des Gesetzgebers im Wege einer Konkretisierung der Verhältnismäßigkeitsprüfung weitergehenden Bindungen zu unterwerfen, kennen im französischen Schrifttum ebenso wenig eine Entsprechung wie die Idee eines subsidiären bzw. *ultima ratio*-Charakters des Strafrechts. Da das BVerfG sich jedoch weigert, den Rechtsgutskonzepten normative Relevanz beizumessen, ergeben sich aus der in der deutschen Lehre erreichten Diskusstiefe letztlich kaum Unterschiede für die verfassungsgerichtliche Praxis. Anders als das BVerfG, das noch keine Strafvorschrift wegen Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes für nichtig erklärt hat, existieren in der Rechtsprechung des C. const. immerhin zwei Fälle, in denen gesetzliche Pönalisierungen bzw. deren Art und Weise als unverhältnismäßig erachtet wurden.

Der Schuldgrundsatz (*principe de la responsabilité personnelle*), der in Deutschland im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG), in Frankreich in der Unschuldsvermutung und im Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 8, 9 DDHC) enthalten ist, zieht in beiden Ländern weniger der Strafgesetzgebungskompetenz, als vielmehr der gerichtlichen Rechtsanwendung Grenzen. So sind etwa verschuldensunabhängig formulierte Strafnormen in verfassungskonformer Auslegung um ein Schuldnerfordernis zu ergänzen. Gesetzliche Schuldvermutungen werden zwar im französischen Strafrecht – anders als in Deutschland, wo entsprechende Ordnungswidrigkeitstatbestände korrigierend ausgelegt werden – nicht generell als unzulässig erachtet. Sie beschränken sich aber soweit ersichtlich auf den Bereich der Übertretungen.

c) Konsequenzen für die Reichweite des materiellen Strafrechts

Bei einer kursorischen Gegenüberstellung der Art und Weise, in der die Strafgesetzgeber von ihrem verfassungsrechtlich bzw. verfassungsgerichtlich eingeräumten Gestaltungsspielraum Gebrauch machen, fällt zunächst auf, dass in beiden Rechtsordnungen eine zunehmende Vorverlagerung der als strafwürdig erachteten Verhaltensweisen zu beobachten ist. Vielfach werden Verhaltensweisen unter Strafe gestellt, die mitunter noch weit im Vorfeld eines Schadenseintritts bzw. des – für die Abgrenzung vom grundsätzlich straflosen Vorbereitungsstadium der Tat maßgeblichen – Versuchsbeginns gelegen sind. Besonders deutlich zeigt sich dies bei

den in beiden Ländern unlängst erfolgten Reformen im Terrorismusstrafrecht. Im Schrifttum werden die in Deutschland als Vorfeldkriminalisierungen bzw. abstrakte Gefährdungsdelikte, in Frankreich als *infractions obstacles* oder *infractions de prévention* bezeichneten Straftatbestände – und die mit ihnen verbundene „Umfunktionierung“ des Strafrechts hin zu einem „Präventionsstrafrecht“ – als kriminalpolitische Entscheidungen des Gesetzgebers grundsätzlich hingenommen. Angesichts ihres ausufernden Gebrauchs wird ihre strafrechtsdogmatische, kriminalpolitische und teils auch verfassungsrechtliche Legitimität allerdings zunehmend infrage gestellt.

Als spezifisches Charakteristikum des französischen Strafrechts erscheint schließlich der Umstand, dass Verstöße gegen individualisierte Verhaltensanweisungen, die entweder von den Verwaltungsbehörden auf präventiv-polizeilicher Grundlage (z.B. Stadionverbot; versamlungsrechtliche Anordnungen) oder von den Strafverfolgungsorganen und Gerichten auf strafprozessrechtlicher Basis (z.B. Sicherungsmaßregeln; körperbezogene Zwangsmaßnahmen) im Einzelfall ausgesprochen wurden, vom Gesetzgeber in beachtlichem Umfang mit kriminalstrafrechtlichen Sanktionen belegt werden. Bei entsprechender Verdachtslage ist daher in Frankreich der Rückgriff auf das strafprozessuale Eingriffsinstrumentarium zulässig, wohingegen es in Deutschland zumeist bei der Anwendung des Polizeirechts bleibt.

Während die Zunahme präventiver Elemente im materiellen Strafrecht in Deutschland zu Überschneidungen im Anwendungsbereich der strafprozessualen Freiheitsentziehungen und des polizeirechtlichen Gewahrsams geführt hat, kompensieren die beiden soeben aufgezeigten Phänomene (Vorverlagerung des Strafrechts *und* Ungehorsamskriminalisierungen) in Frankreich das weitgehende Fehlen freiheitsentziehender Eingriffsbefugnisse im Vorfeld eines Tatverdachts.

B. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen

1. Gewaltenteilungsbasierter Dualismus

a) Grundsatz: Präventives Polizeirecht versus repressives Strafprozessrecht

Die funktionale Unterscheidung zwischen einem auf die Strafverfolgung zielenden Strafprozessrecht (*finalité répressive/police judiciaire*) und einem die Gefahrenabwehr bezweckenden (Verwaltungs-)Polizeirecht (*finalité préventive/police administrative*) prägt sowohl die französische als auch die deutsche sicherheitsrechtliche Grundarchitektur.⁹ Der das Nebeneinander von Polizeirecht und Strafprozessrecht und damit die Abgrenzung zwischen dem Rechtsweg zu den Verwal-

⁹ Wittzack, Vollzugspolizeien, S. 143–145.

tungsgerichten und zur ordentlichen Gerichtsbarkeit bestimmende Dualismus (*dichotomie policière*) wurzelt in beiden Ländern im Gewaltenteilungsgrundsatz. Während er sich jedoch in der föderalstaatlichen Kompetenzordnung des GG in erster Linie auf die in Art. 70, 74 GG niedergelegte Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund (Strafrecht und Gerichtsverfassung) und Ländern (allgemeines Polizeirecht) zurückführen lässt (vertikale Gewaltenteilung), steht im zentralistischen Staatsgefüge Frankreichs die Abgrenzung zwischen den Aufgaben der ersten und dritten Gewalt (*principe de la séparation des autorités administratives et judiciaires*) im Vordergrund (horizontale Gewaltenteilung).

Im Gegensatz zum deutschen Recht, in dem die in der bundesgesetzlichen StPO und den insgesamt 16 Landespolizeigesetzen normierten Zwangsmaßnahmen und Grundrechtseingriffe grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinanderstehen und eine vergleichbare Regelungsdichte und Eingriffstiefe aufweisen, zeichnet sich das französische Sicherheitsrecht insofern durch eine Asymmetrie aus, als der Kodifikation der strafprozessualen Befugnisse im CPP kein entsprechend geschlossener „Code de police (administrative)“ gegenübersteht und die verwaltungspolizeilichen Zwangsbefugnisse im Vergleich zu den strafverfahrensrechtlichen Ermächtigungsgrundlagen insgesamt einen eher punktuell-fragmentarischen Charakter haben. Anders als in Deutschland, wo die präventiv-polizeilichen Befugnisse wegen des Vorrangs der Schadensvermeidung gegenüber der lediglich nachträglichen strafrechtlichen Ahndung im Zweifel mitunter sogar zu eingriffsintensiveren Maßnahmen ermächtigen als ihre strafverfahrensrechtlichen Pendanten (*eingriffsziel-spezifische Perspektive*; vgl. Art. 13 Abs. 3–5 GG), herrscht in Frankreich im Gegenteil die Überzeugung vor, dass staatlicher Zwang grundsätzlich erst dann zulässig sein sollte, wenn dessen Adressat bereits gegen ein strafbewehrtes Verbot verstoßen hat bzw. ein solcher Verstoß zumindest in Form eines entsprechenden Tatverdachts im Raum steht (*eingriffsadressatenspezifische Perspektive*; arg.: Art. 4, 5 DDHC).¹⁰

Auch wenn dieses als freiheitsschonendstes Modell verstandene *régime répressif* in erster Linie auf einem der deutschen Rechtskultur fremden, historisch bedingten Argwohn gegenüber der Exekutive und den Verwaltungsgerichten – und umgekehrt einem entsprechend hohen Vertrauen in die *autorité judiciaire* – gründet, so eint beide Länder die Vorstellung, dass die schützenden Formen und Wertungen des Strafverfahrens nicht durch das Polizeirecht umgangen werden dürfen. Während allerdings die Gefahr einer exzessiven Ingebrauchnahme der polizeirechtlichen Befugnisse unter Umgehung der strafprozessualen Garantien strukturbedingt vor allem im deutschen Sicherheitsrecht angelegt ist, wohnt dem französischen Recht wegen der Lückenhaftigkeit der verwaltungspolizeilichen Ermächtigungsgrundlagen eine gegenläufige Tendenz zum übermäßigen Rückgriff auf das strafprozessuale Instrumentarium auch zu anderen als repressiven Zwecken inne.

¹⁰ Vgl. a.a.O., S. 144.

b) Relativierungen: Präventive Elemente im Strafprozessrecht

Ebenso wie das deutsche Recht den Dualismus Prävention – Polizeirecht (– Landesrecht) versus Repression – Strafprozessrecht (– Bundesrecht) nicht vollständig einhält, ist auch die französische *dichotomie policière* mit ihrer Gegenüberstellung von Prävention – *police administrative* – Verwaltungsrecht einerseits und Repression – *police judiciaire* – CPP andererseits nicht in letzter Konsequenz verwirklicht. Zwar wird – abgesehen von der in Deutschland diskutierten analogen Heranziehung der landespolizeilichen Bestimmungen über den unmittelbaren Zwang zur Schließung von Regelungslücken im Strafverfahrensrecht – der Einsatz präventiv-polizeilicher Befugnisse zu Strafverfolgungszwecken in beiden Ländern als unzulässig erachtet. Auch scheidet die Normierung repressiver Eingriffsziele im (Verwaltungs- bzw. Landes-)Polizeirecht von Verfassungen wegen. Umgekehrt ist jedoch das strafprozessuale Eingriffsinstrumentarium durch eine unterschiedlich stark ausgeprägte Permeabilität zugunsten gefahrenabwehrrechtlicher Belange gekennzeichnet.

Wegen der dienenden Funktion des Verfahrensrechts und seiner damit einhergehenden Akzessorietät ist diese Durchlässigkeit in dem Umfang materiell-rechtlich – also durch prozessrechtsexterne Faktoren – prädeterniert, wie präventive, d.h. auf die Verhinderung künftiger Rechtsgutsschädigungen gerichtete Straftatbestände (Vorfeldkriminalisierungen bzw. abstrakte Gefährdungsdelikte; *infractions obstacles* bzw. *infractions de prévention*) in zunehmendem Maße das materielle Strafrecht beider Rechtsordnungen durchdringen. Aufgrund der Existenz weitreichender „Ungehorsamskriminalisierungen“ (Strafbewehrung von Verstößen gegen hoheitliche, insb. präventiv-polizeiliche Einzelanordnungen; siehe Art. R. 610-5 CPP), die im deutschen Recht keine Entsprechung kennen (vgl. z.B. Art. 4 BayLStVG),¹¹ ist das insoweit zu beobachtende Phänomen einer reflexartig-mittelbaren Umfunktionalisierung (auch) des Strafprozessrechts in Frankreich besonders stark ausgeprägt.

Am unmittelbarsten und augenscheinlichsten kommt die prinzipielle Offenheit des Strafverfahrensrechts für präventive Erwägung jedoch darin zum Ausdruck, dass es in beiden Ländern für verfassungsrechtlich zulässig erachtet wird, auch die strafprozessualen Vorschriften selbst durch präventiv-polizeiliche Zwecke anzureichern (prozessrechtsinterne Faktoren). Das BVerfG lässt solche präventiven Elemente – deren „Fremdkörpercharakter“ zu betonen das Schrifttum nicht müde wird – im Hinblick auf die föderalstaatliche Kompetenzverteilung (Art. 70, 74 Abs. 1 Nr. 1 GG) jedoch nur ausnahmsweise und punktuell-annexartig unter der einschränkenden Voraussetzung zu, dass sie in notwendigem (Sach-)Zusammenhang zum bundesgesetzlich geregelten Strafprozessrecht stehen; ein solcher Zusammenhang ist bei Ermittlungsmaßnahmen, die keinen repressiven Zwecken (inkl. Verfolgungsvorsorge) dienen, von vornherein nur dann denkbar, wenn sie an

¹¹ Vgl. a.a.O., S. 280.

den Verdacht einer strafbaren Anlasstat anknüpfen. Ungleich großzügiger ist dagegen der Ansatz des französischen Verfassungsgerichts. Dieses betont in ständiger Rechtsprechung, dass Repression *und* Prävention gleichermaßen zu den Aufgaben des Strafprozessrechts gehören. Die Normierung präventiv-polizeilicher Maßnahmen im CPP wird wegen der dem Betroffenen auf diese Weise zusätzlich eröffneten Garantien (insb. Kontrollzuständigkeit der *autorité judiciaire* anstelle der Verwaltungsbehörden) selbst dort nicht beanstandet, wo der für die Strafverfolgung eigentlich erforderliche Verdacht einer Straftat fehlt (Art. 78-2, 78-2-4 CPP); die Staatsanwaltschaft wird sogar ausdrücklich auch mit Präventionsaufgaben betraut (Art. 35 Abs. 2, 39-2 CPP). Einen etwaigen Ausnahmecharakter präventiver Elemente im Strafverfahrensrecht postuliert weder der C. const. noch das – insoweit zumindest in weiten Teilen indifferente – Schrifttum. Die in beiden Ländern festzustellende Vermischung repressiver und präventiver Belange kann mithin im französischen Strafprozessrecht besonders deutlich – und unverhohlen – zutage treten, während ihr in Deutschland nicht nur der vor allem in der Lehre betonte Gedanke der Systemkohärenz, sondern auch die föderale Kompetenzordnung Grenzen zieht.

2. Illustration: Freiheitsentziehungen

Die soeben skizzierten Konvergenzen und Divergenzen in dem beiden Rechtsordnungen zugrunde liegenden sicherheitsrechtlichen Dualismus wirken fort in der normativen Konzeption der Freiheitsentziehungen im Zusammenhang mit der Verhinderung oder Verfolgung nicht rechtskräftig abgeurteilter Straftaten.

a) *Régime répressif versus Kombinationsmodell*

Im Gegensatz zum deutschen Recht, das neben den strafprozessualen Festnahme- und Festhaltebefugnissen – und über diverse bereichsspezifische, präventiv-polizeiliche Freiheitsentziehungen (insb. im Aufenthalts-, Gesundheits- und Unterbringungsrecht) hinaus – in sämtlichen (Landes- und Bundes-)Polizeigesetzen als Standardmaßnahme einen allgemeinen gefahrenabwehrrechtlichen Sicherheitsgewahrsam zur Verhinderung künftiger und Beendigung andauernder Straftaten kennt, verzichtet das französische Recht auf einen entsprechenden situationsunabhängigen Präventivgewahrsam. Die beiden zentralen strafprozessualen Inhaftierungsermächtigungen der *garde à vue* und der *détention provisoire*, die beide an den Verdacht einer begangenen Straftat anknüpfen, werden vielmehr nur punktuell durch kontextgebundene verwaltungspolizeiliche Maßnahmen ergänzt. Abgesehen von dem Sonderfall der im CPP selbst geregelten Sistierung zum Zwecke der möglicherweise auch präventiv-polizeilich motivierten Identitätsfeststellung Unbekannter lässt das französische Recht Freiheitsentziehungen außerhalb eines Strafverfahrens und unabhängig vom Vorliegen eines Tatverdachts nur gegenüber Ausländern, Geisteskranken und alkoholisierten Personen zu. Obschon die

Einführung eines dem deutschen Verhinderungsgewahrsam entsprechenden Instruments *de lege ferenda* wohl nicht von vornherein aus verfassungsrechtlichen Gründen ausscheiden würde, stünde ein solches Institut doch in recht eklatantem Widerspruch zu der die französische Rechtskultur prägenden Vorliebe für ein *régime répressif* und dem historisch begründeten Misstrauen gegenüber präventiven Verhaftungen, denen kein Straftatverdacht zugrunde liegt (*arrestations préventives*). Abgesehen von einer soweit ersichtlich ohne jedes Echo gebliebenen Gesetzesinitiative aus dem Jahr 2003 wird dessen Einführung auch nicht diskutiert.

Die Vorstellung von einem gleichberechtigten Nebeneinander der strafprozessualen Inhaftierungsbefugnisse und des gefahrenabwehrrechtlichen Sicherungsgewahrsams, die das deutsche Recht kennzeichnet und sogar in Art. 104 Abs. 3, 4 GG zum Ausdruck kommt, ist sowohl aus verfassungs- als auch aus konventionsrechtlichen Gründen zugunsten der strafverfahrensrechtlichen Befugnisse zu relativieren. Um Wertungswidersprüche zum Strafprozessrecht und seinen schützenden Formen zu vermeiden, ist der Präventivgewahrsam nur als kurzfristige, *maximal* 14-tägige Maßnahme zulässig; eine längerfristige Inhaftierung vermeintlicher Krimineller kommt nur in Betracht, wenn sich deren Gefährlichkeit wenigstens in Form des Verdachts einer rechtswidrigen Straftat nach außen manifestiert hat. Weitergehende Einschränkungen ergeben sich speziell für den Verhinderungsgewahrsam aus der EMRK. Während nämlich die Inhaftierung Tatverdächtiger ohne Weiteres, d.h. ungeachtet ihres eigentlichen Motivs, auf Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK gestützt werden kann und die situationsspezifischen präventiv-polizeilichen Festhaltebefugnisse gegenüber Ausländern (lit. f), alkoholisierten, ansteckend oder geistig kranken Personen (lit. e) und identifizierungspflichtigen Unbekannten (lit. b) unproblematisch auf einen der in Art. 5 Abs. 1 EMRK niedergelegten Haftgründe zurückgeführt werden können, scheidet eine Rechtfertigung des Verhinderungsgewahrsams nach lit. c aus; eine solche nach lit. b kommt nur ausnahmsweise bei entsprechend konventionskonform-restriktiver Auslegung der einschlägigen (i.d.R. landes-)polizeirechtlichen Ermächtigungsgrundlagen in Betracht.

b) Präventive Elemente bei strafprozessualen Freiheitsentziehungen

Den strafprozessualen Freiheitsentziehungen des deutschen und französischen Rechts wohnen in unterschiedlichem Ausmaß präventive Komponenten inne. Auffällig ist zunächst, dass die im Vorgriff auf eine entsprechende Sicherungsmaßregel (§§ 61, 63 f. StGB) als eindeutig präventiv-polizeiliche Maßnahme konzipierte einstweilige Unterbringung (§ 126a StPO) von aller Wahrscheinlichkeit nach schuldunfähigen oder eingeschränkt schuldfähigen Personen, die der Begehung einer rechtswidrigen Tat verdächtig sind, im französischen Strafprozessrecht keine unmittelbare Entsprechung hat. Da dort allerdings der für die Anordnung und Aufrechterhaltung strafprozessualer Freiheitsentziehungen (und ihrer Surrogate) erforderliche Tatverdacht bis zum Abschluss eines eigens auf die Feststellung der

Unzurechnungsfähigkeit (Art. 122-1 Abs. 1 CP) gerichteten – und als Ersatzprozess ausgestalteten – Spezialverfahrens (*procédure d'irresponsabilité pénale*, Art. 706-119 ff. CPP) fingiert wird (*e contrario* Art. 177 Abs. 2, 706-126 CPP), kommt so lange selbst gegenüber vermeintlich schuldunfähigen Personen der Vollzug der *détention provisoire* oder gerichtlicher Kontrollauflagen (z.B. Art. 138 Nr. 10 CPP: stationäre Behandlung) in Betracht; *détention provisoire* und *contrôle judiciaire* sind auf diese Weise also imstande, die allgemeinheitsschützende Präventivfunktion des § 126a StPO mit zu erfüllen (zur Hospitalisierung Inhaftierter siehe Art. L. 3214-1 ff. CSP). Ungeachtet der jederzeit nach allgemeinen Grundsätzen bestehenden Möglichkeit der zwangsweisen Unterbringung Geisteskranker auf präventiv-polizeilicher Grundlage (Art. L. 3213-1 ff. CSP) können nach positivem Abschluss des Schuldunfähigkeitsfeststellungsverfahrens (*déclaration d'irresponsabilité pénale*) auch von dem mit der Sache befassten Strafrichter Sicherungsmaßnahmen (Anstaltsunterbringung etc.) angeordnet werden (Art. 706-135 ff. CPP).¹²

Auch abgesehen von dem soeben skizzierten Sonderfall der Behandlung vermeintlich Unzurechnungsfähiger zeichnet sich das Haftrecht beider Länder durch eine signifikante Mitberücksichtigung präventiv-polizeilicher Belange aus.

Hinsichtlich der Anordnungsvoraussetzungen der Freiheitsentziehungen kennen beide Rechtsordnungen im Zusammenhang mit der Justizhaft den Haftgrund der Wiederholungsgefahr, der im Übrigen auch den auf die Beendigung der Straftat gerichteten Haftgrund der Fortsetzungsgefahr umfasst. Bei der *détention provisoire* – die seit jeher nicht nur als Instrument zur Sicherung der Wahrheitsfindung (*nécessités de l'instruction*), sondern zugleich auch als präventiv-polizeiliche Sicherungsmaßnahme (*mesure de sûreté*) fungiert (Art. 137 CPP) – ist die Haftanordnung außerdem zum Schutz des Beschuldigten selbst sowie zum Zwecke der Beendigung einer schwerwiegenden Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung zulässig. Während in Deutschland die auf den Haftgrund der Wiederholungsgefahr gestützte „Sicherungshaft“ von der herrschenden Lehre selbst 50 Jahre nach ihrer Einführung noch immer als Fremdkörper im Untersuchungshaftrecht wahrgenommen und nicht selten, jedenfalls in dieser Form, abgelehnt wird, steht die Natur der *détention provisoire* als *mesure de sûreté* in Frankreich im Grunde außer Diskussion.

Weniger deutlich treten die präventiv-polizeilichen Züge bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Anordnungsvoraussetzungen der Polizeihaft zutage. Die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO übernimmt hier nur insofern mittelbar gefahrenabwehrrechtliche Funktionen, als sie zur Sicherung des Unterbringungsbefehls oder einer auf die Wiederholungsgefahr gestützten Untersuchungshaft erfolgt. Auch die *garde à vue* war zumindest herkömmlich – im Gegensatz zur *détention provisoire* – nicht als „Sicherungsmaßnahme“ konzipiert, sondern kam gemäß Art. 63 Abs. 1,

¹² Vgl. oben Teil 1, III.B.2.a.bb.

77, 154 CPP a.F. ausschließlich für die vormals freilich nicht näher definierten „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ in Betracht. 2011 ist jedoch in Art. 62-2 Nr. 6 CPP die verwaltungspolizeiliche Finalität der Straftatbeendigung hinzugetreten.

Im Gegensatz zum deutschen Recht werden präventiv-polizeiliche Gesichtspunkte in Frankreich nicht nur bei den Anordnungsvoraussetzungen der Haft relevant, sondern sie erlauben auch spezifische Modifikationen hinsichtlich der Dauer der Freiheitsentziehung und der dem Betroffenen gewährten Verteidigungsrechte. Gefahrenabwehrrechtlich motivierte Ausnahmeverlängerungsmöglichkeiten, die dem deutschen Haftrecht fremd sind (vgl. umgekehrt § 122a StPO, der die „Sicherungshaft“ sogar einer verkürzten Höchstdauer unterwirft), existieren sowohl für die *détention provisoire* (Art. 145-1 Abs. 3, 145-2 Abs. 3 CPP) als auch für die *garde à vue* (Art. 706-88-1 CPP). Anders als bei der *détention provisoire* (vgl. aber immerhin Art. 117 CPP) kann bei der *garde à vue* außerdem der Anwaltszugang der festgehaltenen Person aus gefahrenabwehrrechtlichen Gründen eingeschränkt werden (Art. 63-4-2, 706-88 Abs. 6 CPP). Eine ausdrückliche Kontaktsperreregelung nach Art der §§ 31 ff. EGGVG, die in außerordentlichen Notstandssituationen die Unterbindung *jedweden* Kontakts des Untersuchungshäftlings nach außen erlaubt, fehlt dagegen in Frankreich (vgl. Art. 145-4 Abs. 1 Satz 2 CPP, wonach der Verteidigerkontakt vom Kommunikationsverbot nicht erfasst ist).

Die aus der Unschuldsvermutung – bzw. dem in ihr angelegten Verbot der Vorwegnahme von Urteilstwirkungen – und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abzuleitenden Grenzen, die dem Gesetzgeber bei der Berücksichtigung präventiver Belange im Haftrecht gesteckt sind, verlaufen in Frankreich und Deutschland unterschiedlich. Zwar besteht in beiden Ländern weitgehend Konsens darüber, dass die Unschuldsvermutung als solche dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr – trotz seiner spezialpräventiven Kolorierung – nicht entgegensteht, da das Ziel der Gefahrenabwehr kein Alleinstellungsmerkmal der Strafe ist und es keine Ungefährlichkeitsvermutung gibt. Während jedoch in Deutschland die Definition des Anwendungsbereichs dieses präventiven Haftmotivs aus Gründen der Verhältnismäßigkeit – und der föderalen Zuständigkeitsverteilung – auf Straftaten mit einer gewissen abstrakten *und* konkreten Mindestschwere zu beschränken ist, unterliegt der französische Gesetzgeber keinen entsprechenden Bindungen. Bei näherem Hinsehen verliert diese Divergenz indes insofern an Gewicht, als das BVerfG die verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Qualität der Anlassstrafat inzwischen deutlich zurückgefahren hat und umgekehrt die *détention provisoire* jedenfalls in der gerichtlichen Voruntersuchung ohnehin nur bei Delikten mit einer bestimmten – abstrakten – Mindestschwere in Betracht kommt.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen in beiden Rechtsordnungen darüber, ob und inwieweit bereits die lediglich vorläufige Inhaftierung zu Zwecken der Behandlung, Besserung und gesellschaftlichen Wiedereingliederung des Beschuldigten eingesetzt werden darf. Im Gegensatz zum deutschen Modell, das der Un-

schuldsvormutung jedenfalls bei fehlendem Einverständnis des Betroffenen ein striktes Resozialisierungsverbot entnimmt und davon ausgeht, dass eine positive Spezialprävention der Strafe vorbehalten bleiben muss, ist die Idee eines (*pré-*) *traitement* und einer (*ré-*) *insertion sociale* dem von *Ancel's* Lehren der *défense sociale nouvelle* geprägten französischen Haftrecht – allen voran den Haftsurrogaten, darüber hinaus aber offenbar auch der Ausgestaltung des Haftvollzugs¹³ – nicht fremd. Dass schließlich der Gedanke der Generalprävention bei der französischen Justizhaft unumwundener zutage tritt als im deutschen Recht (siehe dort aber den funktional verwandten Haftgrund der „Schwere der Tat“), belegt die Existenz eines der Beruhigung der Öffentlichkeit dienenden – und damit positiv-generalpräventiv gefärbten – Haftgrundes des *trouble à l'ordre public*.

C. Strafprozessrechtlicher Rahmen

1. Überblick

a) Dualistisches versus einheitliches Vorverfahren

Obwohl das inquisitorisch angelegte französische Strafverfahren in Gestalt vor allem des napoleonischen CIC den deutschen Strafprozess erheblich geprägt hat¹⁴ und beide Rechtsordnungen übereinstimmend die Wahrheitsfindung als sein Grundanliegen definieren, bestehen im Hinblick auf die Ausgestaltung des Vorverfahrens grundlegende Unterschiede. Der seit nunmehr 40 Jahren einheitlichen Konzeption des deutschen Ermittlungsverfahrens und seiner homogenen Rollenverteilung zwischen Staatsanwaltschaft, Polizei, Ermittlungsrichter und Beschuldigtem steht im französischen *avant-procès pénal* mit seiner Untergliederung in ein polizeiliches Ermittlungsverfahren und eine gerichtliche Voruntersuchung ein dualistisches Modell gegenüber, bei dem die Abläufe, Zuständigkeiten und vor allem die Rechtsstellung der Verfahrensbeteiligten je nach Prozessstadium beträchtlich divergieren.

Hebt man auf die grundsätzliche Rollenverteilung der Beteiligten ab, so treten beim Vergleich des Vorverfahrens der StPO mit dem polizeilichen Ermittlungsverfahren (*enquête*) zumindest auf den ersten Blick beachtliche Parallelen zutage.¹⁵ Die Ermittlungen werden hier wie dort von einer hierarchisch gegliederten Staatsanwaltschaft geleitet. Diese bedient sich zu deren Durchführung der ihren Weisungen unterstehenden Beamten des Polizeidienstes, welche in Eilfällen über besonders weitreichende Befugnisse verfügen. Ein Richter – in Deutschland der

¹³ Siehe nur *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 387: „Le régime pénitentiaire est dans l'ensemble le même pour les prévenus et pour les condamnés“ (H.d.d.A.).

¹⁴ Vgl. etwa *Gergen*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 40 ff.

¹⁵ Vgl. auch *Satzger*, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 103.

Ermittlungsrichter, in Frankreich der Grundrechte- und Haftrichter – interveniert nur punktuell, namentlich dann, wenn gegenüber dem Verdächtigen bestimmte strafprozessuale Grundrechtseingriffe angeordnet werden sollen.

Bei genauerer Betrachtung werden allerdings deutliche Unterschiede sichtbar. So ist die zentralstaatlich organisierte französische Staatsanwaltschaft in stärkerem Maße Einflüssen der Exekutive ausgesetzt als ihr deutsches Pendant; andererseits hat sie nicht nur wegen ihres Strafverfolgungsermessens, sondern auch in Abgrenzung zu den richterlichen Kompetenzen in der *enquête* eine ungleich mächtigere Verfahrensposition inne, zumal sie im Wege der sogenannten Echtzeitbehandlung enger und direkter als die deutschen Staatsanwälte in die polizeiliche Ermittlungstätigkeit eingebunden ist. Anwendungsbereich (Begriff der flagranten Tat), Dauer (bis zu 16 Tage) und Reichweite (exklusive Spezialbefugnisse) des Flagranzverfahrens sind ungleich bedeutsamer als die Eilkompetenzen, die den deutschen Polizeibeamten bei Gefahr im Verzug zustehen. Im Gegensatz zum Ermittlungsrichter, dessen grundsätzliche Intervention die StPO bei fast allen strafprozessualen Grundrechtseingriffen in Form von Richtervorbehalten vorsieht, tritt der Grundrechte- und Haftrichter in der *enquête* nur ausnahmsweise bei besonders eingriffsintensiven Maßnahmen auf den Plan (z.B. Ausnahmeverlängerung der *garde à vue* über 48 Stunden hinaus). Im Übrigen obliegen die Kontrolle des Verfahrens und die Anordnung bedeutsamerer Ermittlungshandlungen dem Staatsanwalt, der in seiner Eigenschaft als *magistrat du parquet* ebenso wie der Richter (*magistrat du siège*) Bestandteil der für den Schutz der Freiheitsrechte zuständigen *autorité judiciaire* ist (vgl. Art. 66 Abs. 2 C). Der vielleicht gravierendste strukturelle Unterschied zwischen der französischen *enquête* und dem deutschen Ermittlungsverfahren betrifft schließlich die Rechtsstellung des Verdächtigen: Wird deren wiewohl vergleichsweise ausführliche Regelung im deutschen Recht (siehe insb. die in §§ 136 f., 137 ff., 147 StPO konkretisierten Beschuldigtenrechte) vom Schrifttum angesichts der Schwerpunktverschiebungen von der Hauptverhandlung in das Vorverfahren häufig als unzureichend kritisiert, so fehlt eine solche im polizeilichen Ermittlungsverfahren Frankreichs ganz. Der Verdächtige wird hier im Wesentlichen dem einfachen Zeugen gleichgestellt und war bis 2014 einzig dann, wenn er sich in Polizeihaft befand, mit nennenswerten Verteidigungsrechten (insb. Schweigerechtsbelehrung, Recht auf einen Anwalt, beschränktes Akteneinsichtsrecht) ausgestattet. Obschon der CPP seit dem Gesetz vom 27.5.2014 nunmehr auch für den *suspect libre* einige Garantien vorsieht, wenn dieser sich auf eine „freie Vernehmung“ (*audition libre*) einlässt, fehlt es nach wie vor an einer maßnahmeübergreifenden Normierung von Verfahrensrechten zugunsten des Verdächtigen. Das Garantiegefälle zwischen *suspect libre* und *gardé à vue* besteht also in abgeschwächter Form fort.

Hintergrund sowohl des weitgehenden Fehlens von Richtervorbehalten als auch der lediglich punktuellen, weil an bestimmte, eng umrissene Verfahrenssituationen (bis 2014 ausschließlich *garde à vue*; seither außerdem *audition libre*, nicht jedoch

andere strafprozessuale Maßnahmen) geknüpften Einräumung von Garantien zugunsten des (inhaftierten) Verdächtigen ist die überkommene Vorstellung des französischen Gesetzgebers, dass nicht das polizeiliche Ermittlungsverfahren, sondern die gerichtliche Voruntersuchung den eigentlichen Schwerpunkt des Vorverfahrens bildet. Nur in ihrem Rahmen können bereits vor Prozessbeginn die gravierendsten Grundrechtseingriffe – allen voran die längerfristige Inhaftierung der *détention provisoire* – zum Einsatz kommen; im Gegenzug erlangt der Beschuldigte durch die *mise en examen* eine mit substanziellen Verfahrensgarantien verbundene Parteistellung und die Ermittlungen werden nicht mehr durch die Staatsanwaltschaft geführt, sondern durch einen unabhängigen Untersuchungsrichter, der die Funktionen, die im deutschen Vorverfahren der Staatsanwalt (Leitung der Ermittlungen) und der Ermittlungsrichter (Kontrolle der Ermittlungen) übernehmen, in sich vereint. – Nachdem heute jedoch nur mehr in ca. 2 % aller Verfahren eine gerichtliche Voruntersuchung stattfindet und das polizeiliche Ermittlungsverfahren sich entgegen dem gesetzlichen Leitbild zu dem zentralen Abschnitt des französischen Vor- und Strafverfahrens entwickelt hat, mehren sich die Stimmen, welche die asymmetrisch-verzerrte Zweigliedrigkeit in ihrer aktuellen Form ablehnen und eine tiefgreifende Umgestaltung des Vorverfahrens fordern. Jüngsten rechtspolitischen Vorstößen, die auf eine solche große Reform gezielt hatten, war indes kein Erfolg beschieden. Gegenwärtig werden nur mehr punktuelle Änderungen diskutiert.

Obschon ein aussagekräftiger Vergleich beider Rechtsordnungen angesichts der grundlegend unterschiedlichen strukturellen Ausgestaltung der Vorverfahrenstypen – deutsches Einheitsmodell versus französischer Dualismus – schwerfällt, lassen sich doch einige übergeordnete, gemeinsame Entwicklungstendenzen feststellen.

Auffälligster übergreifender Trend ist die in beiden Ländern sowohl auf normativer als auch auf faktischer Ebene zu beobachtende „Verpolizeilichung“ und „Verstaatsanwaltschaftlichung“ des (Ermittlungs-)Verfahrens. Dabei entspricht dem zunehmenden quantitativen und qualitativen Bedeutungsverlust der untersuchungsrichterlich geprägten *instruction* zugunsten der von Polizei und Staatsanwalt dominierten *enquête* die in Deutschland insgeheim festzustellende Verschiebung des eigentlichen Schwerpunkts des Verfahrens von der Hauptverhandlung in das Vorverfahren. Beiden Rechtsordnungen ist insoweit die im Schrifttum erhobene Klage gemeinsam, dass der Gesetzgeber den geänderten Verfahrensrealitäten insbesondere im Hinblick auf die Ausgestaltung der Rechtsstellung des Verdächtigen bzw. Beschuldigten nicht hinreichend Rechnung trägt. Die normative Aufwertung der polizeilichen und staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsbefugnisse wird durch eine faktische Infragestellung der Rolle des Richters komplettiert: Sie manifestiert sich in Frankreich nicht nur in der Abnahme der Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung, sondern auch darin, dass selbst dort, wo eine *instruction* stattfindet, die eigentliche Ermittlungsarbeit im Wege sogenannter Ermittlungersuchen (*commissions rogatoires*) den Polizeibeamten übertragen wird. In Deutschland wird der Richtervorbehalt dagegen häufig durch die exzessive Inanspruchnahme von Eil-

kompetenzen ausgehebelt; im Übrigen leidet seine faktische Effektivität an einer struktur- und ressourcenbedingten Überforderung der Richter.

Als gewisse Gegentendenz zeichnen sich inzwischen jedoch in beiden Ländern Bemühungen ab, die auf eine Stärkung der Rolle des Richters und einen Ausbau der Rechte des Verdächtigen zielen. In Deutschland ist es vor allem die Rechtsprechung des BVerfG, die mit ihren strengen Auslegungsvorgaben für das Kriterium der „Gefahr im Verzug“ missbräuchlichen Umgehungen des Richtervorbehalts entgegengetreten ist und die Schaffung der organisatorischen Vorkehrungen zu seiner effektiven Umsetzung in der Praxis (z.B. Einrichtung von richterlichen Bereitschaftsdiensten) veranlasst hat. In Frankreich hat der Gesetzgeber vor einigen Jahren der janusköpfigen Institution des Untersuchungsrichters mit dem Grundrechte- und Haftrichter einen „externen Kontrolleur“ an die Seite gestellt, der nach dem Muster des deutschen Ermittlungsrichters nicht selbst an den Ermittlungen beteiligt ist und mangels eigenen Interesses am Ausgang des Verfahrens eine größere Objektivität garantieren soll. Vor allem europarechtlichen Impulsen ist es schließlich geschuldet, dass die Rechte des Verdächtigen in Deutschland allgemein aufgewertet wurden und in Frankreich nun endlich auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung Eingang in das (polizeiliche) Ermittlungsverfahren gefunden haben. Die ursprüngliche Entscheidung des Gesetzgebers, diese Rechte in der *enquête* exklusiv an die *garde à vue* zu koppeln, verlieh dieser freiheitsentziehenden Maßnahme allerdings eine eigenartige Doppelnatur, die nicht frei von Widersprüchen war. Dieses Paradoxon wurde erst auf unionsrechtliche Veranlassung durch die garantiemäßige Aufwertung der *audition libre* mit dem Gesetz vom 27.5.2014 korrigiert.

Insgesamt wirkt das französische Ermittlungsverfahren mit seinem teilweise nur unzulänglich koordinierten Nebeneinander von gerichtlicher Voruntersuchung und polizeilichem Ermittlungsverfahren, der Untergliederung der *enquête* in ein Flagranzverfahren und ein Vorermittlungsverfahren, den mannigfachen Rechtsstellungen, die der Verdächtige je nach Verfahrensstadium unter Umständen innehat – vom einfachen Verdächtigen (Zeugen) in oder außerhalb der *audition libre* über die Eigenschaft als *gardé à vue* bis hin zum unterstützten Zeugen und schließlich dem förmlich Beschuldigten – auf der einen Seite ausdifferenzierter und formalisierter. Auf deren anderen Seite ist es komplexer, unübersichtlicher und damit manipulationsanfälliger als das deutsche Einheitsmodell, das nur ein Vorverfahren und einen Beschuldigtenstatus kennt.

b) Zur Bedeutung besonderer Verfahrensarten

Abgesehen davon, dass das französische Konsensualverfahren des „Erscheinens vor Gericht nach vorherigem Schuldeingeständnis“ (*comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* – CRPC) einen zusätzlichen Anwendungsfall – nicht jedoch einen zusätzlichen Haftgrund – der *détention provisoire* außerhalb des gerichtlichen Verfahrens eröffnet, spielen im Zusammenhang mit vorläufigen Frei-

heitsentziehungen vor allem die auf eine zügige Aburteilung gerichteten Schnellverfahren – in Frankreich das „unmittelbare Erscheinen vor Gericht“ (*comparution immédiate*), in Deutschland das „beschleunigte Verfahren“ – eine besondere Rolle. Sowohl diese Rolle als auch die Bedeutung der Schnellverfahren divergieren indes zwischen den beiden Rechtsordnungen.

Obwohl beiden Schnellverfahrensarten die übereinstimmende Zielvorstellung eines der Tat auf dem Fuße folgenden Urteils und damit der Wunsch nach einer sofortigen Reaktionsmöglichkeit zugrunde liegt, variiert die qualitative und quantitative Bedeutung beträchtlich. Während das beschleunigte Verfahren des deutschen Rechts vor allem bei einfacherer Kriminalität in Betracht kommt, indem es den Ausspruch einer maximal einjährigen Freiheitsstrafe durch den Amtsrichter zulässt, erfasst das bei allen Vergehen mit einer Mindesthöchststrafe von über sechs Monaten anwendbare Verfahren der *comparution immédiate* auch und gerade Fälle mittlerer und schwerer Kriminalität. Das französische Korrekionalgericht kann die gesamte Spannbreite des gesetzlichen Strafrahmens ausschöpfen, der bis zu einer Freiheitsstrafe von zehn Jahren reichen kann. Die anteilige Anwendungshäufigkeit des Schnellverfahrens ist in Frankreich (2011: 7,9 % der TGI-Verfahren) mehr als dreimal so hoch wie in Deutschland (2,5 % der AG-Verfahren).

Nachdem eine zügige Aburteilung im Rahmen des Schnellverfahrens in beiden Rechtsordnungen die Anwesenheit des – im Idealfall *in flagranti* ergriffenen – Betroffenen voraussetzt, bietet sich seine Durchführung vor allem im Anschluss an eine Inhaftierung an. Die Anbindung des Schnellverfahrens an eine vorherige Freiheitsentziehung ist in Frankreich allerdings enger als in Deutschland, denn die *garde à vue* gilt als ungeschriebene Grundlage der *comparution immédiate*, wohingegen es für die Einleitung des beschleunigten Verfahrens normativ ohne Belang ist, ob zuvor eine entsprechende Festhalte- bzw. Vorführsituation bestanden hat. Unabhängig davon hat der deutsche Gesetzgeber 1997 mit der Hauptverhandlungshaft einen zusätzlichen, speziell auf dieses Schnellverfahren zugeschnittenen Festnahme- und Haftgrund geschaffen, um zu dessen stärkerer Nutzung in der Praxis anzuregen. Während umgekehrt im französischen Recht zwar für die polizeilichen Festnahme- und Festhaltebefugnisse (namentlich die *garde à vue*) keine gesetzlichen Sonderregelungen vorgesehen sind, existieren schnellverfahrensspezifische Erweiterungen des Anwendungsbereichs der *détention provisoire*, die funktional mit dem Hauptverhandlungshaftbefehl (§ 127b Abs. 2 StPO) vergleichbar sind, allerdings anders als dieser keinen zusätzlichen Haftgrund normieren.

Die normativen und faktischen Verschränkungen, die in beiden Ländern zwischen dem Haftrecht und der Ausgestaltung von Einleitung und Durchführung der Schnellverfahren bestehen, ermöglichen in der Praxis eine nahtlose Verkettung der Abläufe. Kraft dieser Verkettung gehen die Ergreifung des Tatverdächtigen, die darauffolgende Polizeihaft, die anschließend ggf. zwischengeschaltete Kurzjustizhaft und schließlich der Urteilsspruch unmittelbar ineinander über. Zwischen

der Beendigung des polizeilichen Gewahrsams und der Verkündung der Strafe liegen somit, zumindest bei optimalem Verlauf der Dinge, nur wenige Stunden.

2. Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren

a) Bedeutung vorprozessualer Geständnisse und Rechtsfolgen des Schweigens

Die Verwertung von Geständnissen unterliegt in beiden Rechtsordnungen dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung; ihr Beweiswert nimmt heute also zumindest in normativer Hinsicht keine Sonderstellung mehr unter den Beweismitteln ein. Wenngleich auch den deutschen Ermittlern – etwa im Zusammenhang mit dem Vorwurf einer Zweckentfremdung der Untersuchungshaft(-androhung) – teils ein bedenklicher Übereifer im Hinblick auf die Erlangung selbstbelastender Aussagen attestiert wird, so hat die das französische Schrifttum seit Jahren prägende Diskussion über einen regelrechten „Geständniskult“ (*culte de l'aveu*) bzw. eine „Geständnisreligion“ (*religion de l'aveu*), die in (dem französischen Modell) der Polizeishaft (*garde à vue*) kulminiere, in Deutschland keine Entsprechung. Obwohl verlässliche statistische Angaben fehlen, gehen Schätzungen davon aus, dass der Anteil derjenigen Personen, die auf eine Vorladung der Polizei hin nicht nur bei dieser erscheinen, sondern darüber hinaus auch Angaben zur Sache machen, in Frankreich etwa 90 % betrage, wohingegen er in Deutschland bei ca. 30 % liege.¹⁶

Der Versuch einer Ursachenforschung – bei der die Ausgestaltung der strafprozessualen Freiheitsentziehungen vorerst noch ausgeblendet bleiben soll – führt zunächst zu der Erkenntnis, dass die für den unmittelbaren Schutz der Aussagefreiheit maßgeblichen Rahmenbedingungen in beiden Prozessordnungen zwar bis vor Kurzem erheblich divergiert, sich inzwischen allerdings deutlich angenähert haben. Im deutschen Recht sind die einschlägigen Belehrungspflichten und unzulässigen Vernehmungsmethoden seit jeher in §§ 136 f. StPO für das gesamte Ermittlungsverfahren einheitlich zugunsten des „Beschuldigten“ geregelt. Für deren Anwendbarkeit ist ohne Belang, ob es sich um eine polizeiliche, staatsanwaltschaftliche oder richterliche Vernehmung handelt. Während das Fehlen einer § 136a StPO entsprechenden Bestimmung im französischen Recht schon bisher durch das ungeschriebene „Beweisredlichkeitsprinzip“ (*principe de loyauté des preuves*) kompensiert wurde, erwies es sich als ungleich misslicher, dass die Belehrungspflichten bis 2014 je nach dem Verfahrensstadium (*enquête* oder *instruction*), der Vernehmungsperson (Polizist, Staatsanwalt oder Richter) und dem Status des Verdächtigen (einfacher Verdächtiger/Zeuge, *gardé à vue*, *témoïn assisté* oder *personne mise en examen*) völlig unterschiedlich ausgestaltet waren. Angesichts der vielfältigen Gestaltungs- und Manipulationsmöglichkeiten, die das französische Recht den Ermittlern auf diese Weise eröffnete, erschien die im deutschen Recht angelegte

¹⁶ Gleß, in: Jung u.a. (Hrsg.), Code d'instruction criminelle, S. 81, 83.

Parallelproblematik einer missbräuchlichen Vorenthaltung der Beschuldigten-eigenschaft vergleichsweise trivial. Mit der Umsetzung der EU-Richtlinie auf Belehrung und Unterrichtung durch das Gesetz vom 27.5.2014 wurden die Belehrungspflichten allerdings weitgehend vereinheitlicht und der Anwendungsbereich der Schweigerechtsbelehrung verallgemeinert.

Bei den Rechtsfolgen der Ausübung des Schweigerechts bestehen dagegen nach wie vor Unterschiede: Verweigert ein Verdächtiger in der *garde à vue* die Aussage, so hindert dies die französischen Polizeibeamten offenbar nicht daran, die Vernehmung nach eigenem Ermessen gleichwohl fortzusetzen; im deutschen Recht ist ein solches Vorgehen dagegen nur dann mit dem *nemo tenetur*-Grundsatz vereinbar, wenn Anhaltspunkte für einen möglichen Meinungswechsel vorliegen. Anders als im deutschen Strafprozess, in dem jedenfalls ein vollständiges Schweigen niemals in irgendeiner Form zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden darf, steht es den französischen Gerichten frei, diesen Umstand auch zu seinen Lasten zu berücksichtigen. Die – zweifelhafte – Annahme, wonach unschuldige Personen keinen Grund zur Inanspruchnahme des Schweigerechts haben, erscheint im französischen Schrifttum weiter verbreitet als in der deutschen Literatur. Während es für die Einleitung und den Ablauf des Hauptverfahrens in Deutschland – auch nach Einführung der §§ 160b, 257c StPO – eher nebensächlich ist, ob der Beschuldigte bereits im Ermittlungsverfahren geständig war, sieht das französische Recht vor allem mit dem Konsensualverfahren der CRPC, de facto aber auch mit dem – im Vergleich zum beschleunigten Verfahren der StPO ungleich bedeutsameren – Schnellverfahren der *comparution immédiate* spezielle Verfahrensarten vor, die es im Ergebnis honorieren, wenn den Ermittlern frühzeitig die Herbeiführung eines Geständnisses gelingt.

Obwohl der *nemo tenetur*-Grundsatz in beiden Rechtsordnungen anerkannt ist, kommt ihm also im Einzelnen – zwar seit 2014 nicht mehr im Hinblick auf die Belehrungspflichten, jedoch noch immer bezüglich der Rechtsfolgen des Schweigens sowie der Auswirkungen eines Geständnisses auf die Ausgestaltung des Hauptverfahrens – eine unterschiedliche Bedeutung zu.¹⁷ Gewisse Divergenzen bestehen schließlich auch bei der Art und Weise, auf welche die im Ermittlungsverfahren gewonnenen Aussagen des Verdächtigen anschließend in den Prozess eingeführt werden können.

b) Unmittelbarkeit versus Mündlichkeit

Obgleich ein Unmittelbarkeitsgrundsatz im Sinne eines Verbots der Ersetzung unmittelbarer Beweismittel durch Beweissurrogate (vgl. § 250 Satz 2 StPO) in

¹⁷ Siehe dazu auch a.a.O., S. 79–87.

Frankreich unbekannt ist,¹⁸ werden über das Mündlichkeitsprinzip (*principe d'oralité*) zumindest ansatzweise ähnliche Zwecke verfolgt. Während dieses Prinzip bei der Verhandlung von Verbrechen vor dem Geschworenengericht eher streng gehandhabt wird, indem es die Verlesung schriftlich dokumentierter Aussagen grundsätzlich erst *nach* der Vernehmung der betroffenen Person zulässt, finden vor den im Regelfall zuständigen Korrekionalgerichten aus Praktikabilitätsgründen in sehr weitem Umfang Protokollverlesungen statt. Anders als im deutschen Strafprozess ist die – dort vorrangige – Einvernahme der Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen nicht üblich; im Gegensatz zu § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO können Beweisanträge vergleichsweise mühelos abgelehnt werden.

Auch wenn das deutsche Unmittelbarkeitsprinzip der Reproduktion und Verwertung vorprozessualer Aussagen im Wege eines direkten Rückgriffs auf schriftliche Akteninhalte deutlich restriktiver gegenübersteht als das – jedenfalls bei Vergehen – sichtlich permissive *principe d'oralité*, so existieren doch auch im deutschen Recht vielfältige Möglichkeiten zur indirekten (Einsicht in Akteninhalt; Anhörung der Vernehmungsperson mit Vorhalt als Vernehmungsbehef) und ausnahmsweise auch direkten Berücksichtigung (§§ 251 ff., insb. § 254 StPO: Verlesung richterlicher Geständnisse) von Protokollinhalten bei der Urteilsfindung. Ebenso, wie in Frankreich protokollarisch erfasste Aussagen aus dem Vorverfahren in den Prozess Eingang finden, gelingt dies im Ergebnis also auch in Deutschland; wegen des grundsätzlichen Vorrangs des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis hier allerdings nur „auf Umwegen“ bzw. als Ausnahme.

c) Beweisverwertung

Das prozessuale Schicksal von fehlerhaft zustande gekommenen Beweisen – etwa Aussagen, die während einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung oder unter Verletzung von Belehrungsvorschriften entstanden sind – richtet sich in Deutschland nach der Lehre von den Beweisverwertungsverböten, in Frankreich nach der *théorie des nullités*. Aufgrund zweier bewusst offengehaltener gesetzlicher Regelungen ist es in beiden Ländern weitgehend Sache der Rechtsprechung, über Voraussetzungen und Folgen des Ausschlusses bemakelter Beweise zu bestimmen. Während sich die StPO jedoch darauf beschränkt, vereinzelt ausdrückliche Verwertungsverböte zu normieren, stellt der CPP den Richtern immerhin – über die Normierung expliziter Nichtigkeitsgründe (*nullités textuelles*) hinaus – in den Art. 170 ff., 385, 802 einen allgemeinen Rahmen zur Verfügung. Abgesehen davon divergiert der Ausgangspunkt beider Rechtsordnungen insofern, als der BGH ungeachtet der Rechtswidrigkeit einer Beweiserhebung den Ausnahmecharakter der (ungeschriebenen) Verwertungsverböte hervorhebt, wohingegen im französischen

¹⁸ Missverständlich *Pfefferkorn*, Einführung, S. 187: „immédiateté“; siehe stattdessen *Leblois-Happe*, ZStW 126 (2014), 184.

Recht Gesetzesverstoß und Ausschluss des Beweismittels zumindest grundsätzlich – d.h. vorbehaltlich des Vorliegens der weiteren prozessualen und materiellen Annullierungsvoraussetzungen – Hand in Hand gehen.¹⁹

Die materiellen Anforderungen für die Verwerfung eines Beweises sind im deutschen Recht zwar insofern geringer, als die Annahme eines Verwertungsverbots – im Gegensatz zur französischen *annulation* – als „selbstständiges Beweisverwertungsverbot“ auch unabhängig von der Rechtswidrigkeit der Beweiserhebung in Betracht kommt. Außerdem spielt es bei „unselbstständigen Beweisverwertungsverboten“ keine Rolle, ob die Fehlerhaftigkeit der Beweiserhebung auf dem Verstoß gegen eine gesetzliche oder eine untergesetzliche Vorschrift beruht. Im Übrigen jedoch erscheinen die sachlichen Voraussetzungen für den Ausschluss eines Beweismittels im französischen Strafprozess weniger restriktiv als im deutschen Recht: Im Gegensatz zur Abwägungslehre des BGH, der zufolge ein (ungeschriebenes) Beweisverwertungsverbot nur aus übergeordnet wichtigen Gründen unter Berücksichtigung der Schwere des Verstoßes und der Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter in Betracht kommt, verlangt der CPP im Wesentlichen nur, dass eine subjektive Beschwer (*grief*) in Form einer konkreten Interessenverletzung (*atteinte aux intérêts*) vorliegt (Art. 171, 802 CPP). Anders als im deutschen Recht, in dem die stark kasuistisch geprägte Abwägung zumindest dann entbehrlich wird, wenn das Gesetz ein ausdrückliches Verwertungsverbot vorsieht, bedarf es im französischen Recht zwar seit 1993 selbst bei den *nullités textuelles* des Nachweises einer solchen Beschwer; die Cour de cassation hat jedoch mit der Figur der *nullités d'ordre public* und vor allem der *théorie du grief nécessaire* bei einer Vielzahl von Vorschriften erhebliche Erleichterungen zugunsten des Betroffenen geschaffen.

Während im Hinblick auf die prozessuale Geltendmachung der Nichtigkeit bzw. des Verwertungsverbots in Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung – also in ca. 98 % der Fälle – deutliche Parallelen bestehen, da hier auch in Frankreich das Prozessgericht inzidenter über den Ausschluss des Beweismittels entscheidet (*exception de nullité*), gelten im Rahmen der *instruction*, bei der noch im Vorfeld des eigentlichen Prozesses ein gesondertes Nichtigkeitsverfahren vor der Untersuchungskammer anzustrengen ist (*requête en annulation*), zwangsläufig Besonderheiten, die vorliegend nicht weiter vertieft zu werden brauchen. Eine die unterschiedlichen Verfahrensabschnitte übergreifende Gemeinsamkeit beider Rechtsordnungen bildet der Umstand, dass die Berufung auf den Ausschlussgrund rigiden zeitlichen Vorgaben unterworfen ist, deren Missachtung mit einer vollumfänglichen Präklusion des betreffenden Einwands sanktioniert wird. Während diese sogenannte Widerspruchslösung im deutschen Recht vom BGH außerhalb des Gesetzestextes entwickelt wurde, sieht der CPP ausdrücklich entsprechende Präklusionsregelungen vor. Unterschiede bestehen zum einen insofern, als die

¹⁹ Diese Besonderheit im Vergleich zur Rspr. des EGMR – die auch gegenüber dem dt. Recht besteht – betonen *Desportes/Lazerges-Cousquer*, *Traité*, Rn. 566.

Widerspruchslösung nur beim verteidigten Angeklagten anwendbar ist, wohingegen der CPP keine dahingehende Einschränkung formuliert und auch eine entsprechende Belehrung nur im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung explizit angeordnet wird. Zum anderen gelten die französischen Präklusionsregelungen bei allen Nichtigkeitsgründen, selbst den *nullités d'ordre public*, mit Ausnahme des Einwands der gerichtlichen Unzuständigkeit. In Deutschland hingegen findet die Widerspruchslösung nach herrschender Lehre zumindest bei denjenigen Beweisverwertungsverboten keine Anwendung, die wie § 136a StPO nicht zur Disposition des Beschuldigten stehen.

Wird dem Einwand stattgegeben, so bezieht sich die primär *maßnahmebezogene* Nichtigkeit – im Gegensatz zum *beweisbezogenen* Verwertungsverbot – auf *alle* mit der fehlerhaften Verfahrenshandlung erlangten Beweise (*nullité totale*), sofern das Gericht die Annullierung nicht auf Teile der Maßnahme beschränkt (*nullité partielle*). Ähnlich, wie der BGH einer Fernwirkung von Verwertungsverboten nach Art der *fruit of the poisonous tree*-Doktrin ablehnend gegenübersteht und nur in Ausnahmefällen eine Fortwirkung in Betracht zieht, verfährt auch die Cour de cassation mit ihrer *théorie du support nécessaire* bei der Erstreckung der Annullierung auf *Folgemaßnahmen* (*annulation par voie de conséquence*) höchst zurückhaltend.

d) Sonstige prozessuale Folgen von Verfahrensdefiziten

Um Lücken zu schließen, die sich daraus ergeben können, dass eine Annullierung strafprozessualer Maßnahmen und damit eine Unverwertbarkeit der mit ihnen erlangten Beweise in Frankreich grundsätzlich nur in Betracht kommt, wenn ein Verstoß gegen eine (über-)gesetzliche Bestimmung gerügt wird, hat die Rechtsprechung dem Gesetzlichkeitsprinzip (*principe de légalité*), das der *théorie des nullités* zugrunde liegt, ein ungeschriebenes Redlichkeitsprinzip (*principe de loyauté*) an die Seite gestellt. Dieses ermöglicht, ungeachtet seiner unklaren dogmatischen Einordnung, die Verwerfung treuwidrig erlangter Beweise. So können einerseits Situationen gehandhabt werden, die in Deutschland über die Figur der selbstständigen Verwertungsverbote gelöst werden; andererseits erlaubt es die Erfassung von Fällen, die im CPP anders als in der StPO (z.B. § 136a) nicht explizit geregelt sind.

Abgesehen von den über das „Ob“ der Verwertbarkeit eines Beweises entscheidenden Mechanismen, bei denen es sich naturgemäß um „Alles-oder-nichts-Lösungen“ handelt, werden in beiden Rechtsordnungen insbesondere für konventionell rechtlich relevante Situationen Beweiswertreduzierungen dergestalt angenommen, dass eine Verurteilung nicht alleine, sondern nur bei Hinzutreten weiterer Beweiselemente auf bestimmte „suspekte“ – d.h. zwar nicht zwingend rechtswidrige, aber gleichwohl prekäre – Beweise gestützt werden darf (*principe de corroboration*). Während die damit verbundene Einschränkung der freien Beweiswürdigung in Deutschland von der Rechtsprechung entwickelt wurde, ordnet sie im

französischen Recht das Gesetz selbst an. Anders als im deutschen Recht, wo inzwischen geklärt ist, dass diese Beweiswürdigungslösung bei Verfahrensfehlern – auch und gerade dann, wenn die engen Voraussetzungen eines Verwertungsverbots nicht erfüllt sind – ebenfalls anwendbar ist, besteht im französischen Schrifttum Uneinigkeit darüber, ob in diesem Fall das Annullierungsverfahren Vorrang hat.

Eine Kompensation von Verfahrensdefiziten im Wege eines Strafabschlags, wie sie vom BGH insbesondere bei Verstößen gegen bestimmte internationale Vorgaben (überlange Haft- oder Verfahrensdauer; ggf. Verletzung von Belehrungspflichten) in Form der richterrechtlichen „Vollstreckungslösung“ praktiziert wird, ist dem französischen Recht fremd. Kommt eine Annullierung nicht in Betracht, so wird hier anstelle einer Naturalrestitution allenfalls Geldersatz (Entschädigung) gewährt.

3. Strafprozessuale Sonderregelungen für Schwerekriminalität

Nachdem sowohl Frankreich als auch Deutschland in der Vergangenheit Gelegenheit hatten, wenig rühmliche Erfahrungen mit Ausnahmerichterbarkeiten für „Staatsfeinde“ zu sammeln, eint beide Länder heute die strikte Ablehnung jeder *législation d'exception*. Sie ist mit dem Wunsch gepaart, auch schwerster Kriminalität mit dem allgemeinen strafprozessualen Instrumentarium Herr zu werden.

Dieser rechtsstaatliche Grundkonsens hat beide Länder freilich nicht davon abgehalten, delikts(bereichs)spezifische Sondervorschriften in das allgemeine Strafprozessrecht zu integrieren. Der nach außen hin auffälligste Unterschied liegt insoweit in der unterschiedlichen Regelungstechnik, derer sich die Gesetzgeber bedient haben: Während der CPP in einem eigenen Gesetzesabschnitt, der besonderen Verfahrensarten gewidmet ist (*Livre IV: De quelques procédures particulières*), in sich geschlossene Spezialkapitel mit abweichenden Zuständigkeiten, Ermittlungsbefugnissen und Verteidigungsrechten für bestimmte Kriminalitätsformen (insb. Terrorismus- und Betäubungsmittelkriminalität; seit 2004: organisiertes Verbrechen) bereitstellt (*législation dérogatoire*), legt die StPO ein vornehmlich an den allgemeinen Kriterien der Schwere und Bedeutung der Straftaten ausgerichtetes System katalogartig definierter Einzelermächtigungen zugrunde.

Ungeachtet dieser unterschiedlichen Ansätze gibt es hier wie dort auch Anleihen bei der in der jeweils anderen Rechtsordnung vorherrschenden Regelungstechnik. Hinter dem vom französischen Gesetzgeber in der Überschrift des XXV. Titels verwendeten Begriff der „criminalité et délinquance organisées“ verbergen sich ausweislich des Katalogs in Art. 706-73 CPP auch Straftaten, die mangels kollektiver Komponente nicht dem organisierten Verbrechen zugerechnet werden können; gemeinsamer Nenner der dort zusammengefassten Delikte ist also in Wirklichkeit – ähnlich wie bei den Katalogermächtigungen der StPO – die Schwere und Komplexität der Straftaten. Umgekehrt finden sich zwar im deutschen Recht bei der Definition des Anwendungsbereichs der Eingriffsermächtigungen – trotz ver-

einzelner Akzentsetzungen zugunsten der organisierten Kriminalität – *keine* delinquenzbereichsspezifischen Vorbehalte; sowohl die abweichenden Zuständigkeitsbestimmungen als auch die Garantimodifikationsmöglichkeiten enthalten aber deutliche Bezugnahmen speziell auf Terrorismus- und Staatsschutzkriminalität. Das beiden Prozessordnungen gemeinsame Anliegen, an der Schwere der Straftaten abgestufte Eingriffsmodelle bereitzustellen, hat zu komplizierten und unübersichtlichen Regelungen geführt, deren Konsistenz vor allem in Frankreich – nicht nur von Schrifttum und Praxis, sondern auch vom Verfassungsgericht höchstselbst – zunehmend infrage gestellt wird. Während die französische Lehre die mit den besonderen Verfahrensarten einhergehende Zweigleisigkeit des Verfahrens als Reminiszenz der eigentlich abgeschafften Ausnahmestrafverfahren ablehnt, wollen Teile der deutschen Literatur in der StPO gar Ansätze eines „Feindstrafrechts“ erkennen.

Inhaltlich sind beide Länder durch ihren Verzicht auf spezifische strafprozessuale Freiheitsentziehungen für vermeintliche Schwerverbrecher gekennzeichnet. Für bestimmte Straftaten bzw. Delinquenzbereiche existieren jedoch Erweiterungen in sachlicher oder zeitlicher Hinsicht: Während vor allem im deutschen Recht der Anwendungsbereich bestimmter Haftgründe entsprechend individualisiert ist, sieht das französische Recht außerdem spezielle Verlängerungsmöglichkeiten vor. Hinzu kommt, dass in beiden Ländern die Garantien festgehaltener Personen besonderen Einschränkungsmöglichkeiten unterliegen. Anders als im deutschen Recht, wo die Modifikationen primär der Justizhaft gelten und allenfalls mittelbar die Polizeihaft betreffen, werden in Frankreich beide Freiheitsentziehungen gleichermaßen erfasst.

II. Polizeihaft

A. Grundlagen

1. Begriff, Bedeutung und Historie

Bei *garde à vue* und vorläufiger Festnahme (§ 127 StPO) handelt es sich um kurzfristige Freiheitsentziehungen gegenüber tatverdächtigen Personen, die in der Regel polizeilich, jedenfalls aber ohne vorherige richterliche Intervention angeordnet werden und normalerweise auf dem Polizeirevier, also nicht in einer Haftanstalt vollzogen werden. Dabei steht dem Betroffenen im Vergleich zur Justizhaft traditionell ein geringeres Niveau an Verteidigungsrechten und Garantien zur Verfügung. Während sich die den gesetzlichen Begrifflichkeiten zugrunde liegenden situativen und normativen Bezugspunkte unterscheiden, wohnt beiden Bezeichnungen eine gewisse Verharmlosungs- bzw. Beschönigungstendenz inne: Der Begriff der vorläufigen Festnahme umfasst trotz der insoweit etwas missverständlichen Terminologie nicht nur das Ergreifen des Verdächtigen (§ 127 StPO), sondern auch die anschließende Festhaltungssituation, also den auf die Festnahme folgenden Zeitraum des

polizeilichen Gewahrsams (vgl. § 128 StPO), der ausweislich der höchstrichterlichen Rechtsprechung insbesondere zu Ermittlungs- und Vernehmungszwecken nutzbar gemacht werden darf (Festnahme- und Festhalterrecht). Die *garde à vue* hingegen bezeichnet nur die Polizeihaft als solche, ist also begrifflich und normativ von der Erlangung der Verfügungsgewalt – etwa im Wege der Flagranzfestnahme (Art. 73 CPP) – zu unterscheiden (Festhalterrecht *ohne* Festnahmebefugnis). Obgleich der Gesetzeswortlaut einen passiven Aufsichtscharakter der Maßnahme („Im-Auge-Behalten“) suggeriert, handelt es sich in Wirklichkeit um eine aktive Ermittlungsmaßnahme, in deren Zentrum die Vernehmung des Betroffenen steht.

Die Polizeihaft gilt in beiden Ländern als Vorstufe der Justizhaft, deren Funktionen sie vielfach teilt (vgl. § 127 Abs. 2 StPO sowie Art. 62-2, 144 CPP). Als ggf. mehrtägige Freiheitsentziehung verkörpert sie eine der eingriffsintensivsten strafprozessualen Zwangsmaßnahmen, die das Gesetz der Polizei zur Verfügung stellt. Abgesehen davon divergiert ihre qualitative und quantitative Bedeutung jedoch ganz erheblich. In Deutschland muss es sich bei ihr schon wegen des verfassungsrechtlichen Grundsatzes der vorgängigen richterlichen Entscheidung (Art. 104 GG) notwendigerweise um eine auf dringliche Situationen zugeschnittene Eilmaßnahme handeln; dem französischen Recht dagegen ist eine entsprechende Restriktion sowohl auf Verfassungs- als auch auf einfachgesetzlicher Ebene fremd. Obwohl der BGH es nicht beanstandet, wenn die auf die vorläufige Festnahme folgende Festhaltephase für weitere Ermittlungen, insbesondere Vernehmungen genutzt wird, so verleiht dies der Maßnahme doch nicht den Charakter einer primär auf das Entlocken eines Geständnisses gerichteten Vernehmungs- oder Ermittlungshaft, der dem „französischen Modell“ der Polizeihaft einhellig attestiert wird. Anders als die *garde à vue*, welche nicht nur als eine der für die Wahrheitsfindung und das Schicksal des weiteren Verfahrens zentralen Phasen gilt, sondern die darüber hinaus eine der schillerndsten und umstrittensten Figuren des französischen Strafprozesses überhaupt ist, kommt der vorläufigen Festnahme keine in irgendeiner Form herausgehobene Rolle unter den diversen Ermittlungsmaßnahmen der StPO zu. Außerdem ist sie jedenfalls in strafprozessualer Hinsicht – insbesondere im Vergleich zur Untersuchungshaft – weithin unumstritten. Da im deutschen Recht die Eröffnung der vernehmungsbezogenen Verteidigungsrechte nicht an das Betroffensein von einer strafprozessualen Freiheitsentziehung, sondern an die – von einer förmlichen Entscheidung der Ermittlungsbehörden unabhängige – Beschuldigten-eigenschaft anknüpft, ist der vorläufigen Festnahme die für die *garde à vue* charakteristische „Doppelnatur“ als *mesure de contrainte* und *mesure créatrice de droits* ebenso fremd wie die Vorstellung von einem „Anspruch“ des Verdächtigen auf Polizeihaft. Zwar hat das Richtlinien-Umsetzungsgesetz vom 27.5.2014 die *garde à vue* ihrer garantieröffnenden Monopolstellung beraubt, indem es die Vernehmungsgarantien auf das Polizeiverhör außerhalb der Haft (*audition libre*) erweitert hat. Wegen des fortbestehenden Garantiegefälles zwischen den beiden Vernehmungssituationen bleibt der paradoxe Charakter der Polizeihaft dem französischen

Recht jedoch – wengleich in deutlich abgeschwächter Form – bis auf Weiteres erhalten.

Obschon über die Anwendungshäufigkeit der vorläufigen Festnahme in Deutschland mangels Verfügbarkeit statistischer Informationen keine empirisch fundierten Aussagen möglich sind, darf – zumal mit Blick auf ihre vergleichsweise untergeordnete qualitative Bedeutung – davon ausgegangen werden, dass ihre Verbreitung nicht im Ansatz das quantitative Ausmaß der *garde à vue* erreicht. Abgesehen von der beide Rechtsordnungen prägenden „Verpolizeilichungstendenz“ des Strafverfahrens sind zumindest die wesentlichen Faktoren, die in Frankreich für die Verdoppelung der offiziellen Anwendungshäufigkeit der Maßnahme zwischen 1994 (275.698 Fälle) und 2009 (580.108 Fälle; inoffiziell: knapp 800.000 Fälle) ins Feld geführt wurden – Polizeihaft als Leistungsindikator der Polizeiarbeit; Ausdehnung des Kreises der anordnungsbefugten Polizeibeamten; höchstrichterlich statuierte Anordnungspflicht in bestimmten Fällen – dem französischen Recht eigen. Auch wenn im Zusammenhang mit der *garde à vue*-Reform bzw. ihren Vorboten seit 2010 ein signifikanter zahlenmäßiger Rückgang der Maßnahme zu verzeichnen ist, so darf doch davon ausgegangen werden, dass sie im Vergleich zur vorläufigen Festnahme der StPO auch in quantitativer Hinsicht weiterhin von ungleich größerer Bedeutung ist.

Bei einer Gegenüberstellung der geschichtlichen Entwicklung der Regelungen über die Polizeihaft fällt zunächst auf, dass die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme im Vergleich zur Ursprungsfassung von 1877 kaum substanzielle Veränderungen erfahren haben, wohingegen die erst 1958 im CPP kodifizierte *garde à vue* seit ihrer gesetzlichen Normierung, genauer: seit 1993, einem ständigen, in immer kürzeren Intervallen vollzogenen Wandel unterworfen war. Dieser hat zu grundlegenden Modifikationen in der Funktion und Physiognomie des Instituts geführt²⁰ und ist 2011 in die bis dato größte Reform der Materie gemündet. War die *garde à vue* ursprünglich, zu Beginn des 20. Jahrhunderts, als garantiefreie Zone außerhalb der Gesetzestexte entstanden, um die dem Beschuldigten bei der untersuchungsrichterlichen Vernehmung zustehenden Verteidigungsrechte zu umgehen, so stellte die Maßnahme infolge der mannigfachen, größtenteils konventionsrechtlich inspirierten Reformen der vergangenen zwei Dekaden wegen ihrer besonderen Eingriffsintensität bis vor Kurzem die *einzig*e Phase des Ermittlungsverfahrens dar, in der das Gesetz dem Verdächtigen auch außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung so zentrale Verteidigungsrechte wie den Zugang zu einem Verteidiger oder eine Belehrung über das Schweigerecht eröffnete. Ergebnis und Höhepunkt dieser paradoxen Entwicklung waren die in der polizeilichen Praxis zu beobachtenden Bestrebungen, der *garde à vue* ihrerseits durch eine Vorverlagerung der Vernehmungstätigkeit in eine (haft- und garantie-), „freie Anhörung“ (*audition libre*) auszuweichen. Mit der Ausdehnung der Vernehmungsgarantien auf den *suspect libre*,

²⁰ Ähnlich Goy, Vorläufige Festnahme, S. 88, 97

die das Gesetz vom 27.5.2014 in Umsetzung der EU-Belehrungsrichtlinie vollzogen hat, ist derlei Manövern fortan der Boden entzogen.

Da die Anwendbarkeit der (vernehmungsbezogenen) Verteidigungsrechte in der StPO weder an ein bestimmtes Verfahrensstadium noch an das Vorliegen einer Freiheitsentziehung gebunden ist, sondern vielmehr allein von der objektiv zu bestimmenden Beschuldigteneigenschaft des Betroffenen abhängt, bestand für eine vergleichbare Entwicklung im deutschen Recht von vornherein kein „Anreiz“. Sieht man von eher unbedeutenden redaktionellen Änderungen und gesetzlichen Präzisierungen ab und lässt man die mittelbaren Auswirkungen von Reformen im Bereich der Untersuchungshaft (vgl. § 127 Abs. 2 StPO) und der Rechtsstellung des Beschuldigten (z.B. § 136 StPO) außer Betracht, so ist neben gewissen strukturellen Verschiebungen („Ausgliederung“ der identifizierungssichernden Officialfestnahme; Einbeziehung der einstweiligen Unterbringung in § 127 Abs. 2 StPO) vor allem eine Tendenz zur Akzentuierung des Ausnahmecharakters der Polizeishaft zu beobachten (Anpassung der Höchstdauer an die Vorgaben aus Art. 104 GG; europarechtlich motivierte Aufwertung der festnahmespezifischen Belehrungen, Benachrichtigungen und Akteneinsichtsregelungen). Sie wird zwar durch gewisse Gegenentwicklungen (insb. Schaffung einer „Hauptverhandlungshaft“ in § 127b StPO) relativiert, nicht aber als solche infrage gestellt.

Die beiden zuletzt genannten Grundlinien, in denen sich die einander widerstrebenden Belange der Effektivierung von Freiheitsschutz einerseits und Verbrechensbekämpfung andererseits manifestieren, kennzeichnen auch die französischen Reformen, treten dort allerdings ungleich stärker und facettenreicher zutage und haben so zu einer grundlegenden Umgestaltung des normativen Erscheinungsbilds der Maßnahme geführt. Zur besseren Gewährleistung des Ausnahmecharakters der *garde à vue* wurden im Verlauf der vergangenen zwei Jahrzehnte einerseits ihre gesetzlichen Anwendungsvoraussetzungen deutlich enger gefasst, indem sie heute im Einklang mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK nur mehr gegenüber Verdächtigen angeordnet werden kann, aufgrund entsprechender Vorgaben des C. const. nur noch bei Straftaten mit einer gewissen abstrakten Mindestschwere in Betracht kommt und kraft einer kriminalpolitischen Entscheidung des Gesetzgebers nicht mehr im freien Ermessen des Polizeibeamten steht, sondern an gesetzliche Haftgründe gebunden ist. In dem gleichen Anliegen wurden andererseits die Garantien und Verteidigungsrechte des Betroffenen massiv aufgewertet: Wie gesehen hat der Verdächtige in seiner Eigenschaft als *gardé à vue* – nicht zuletzt aufgrund entsprechender konventionsrechtlicher Zwänge – nunmehr bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren Zugang zu einem Verteidiger und zu bestimmten, für eine wirksame Verteidigung unabdingbaren Informationen. Außerdem wurden die gesetzlichen Schutzvorkehrungen gegen polizeiliche Übergriffe und entwürdigende Behandlungen sukzessive verschärft (z.B. Anspruch auf ärztliche Untersuchung) und bei besonders schweren Taten eine Pflicht zur Videoaufzeichnung der Vernehmung geschaffen. Umgekehrt zeigen nicht nur die Widerstände, denen die Aufwertung der

Rechtsstellung des *gardé à vue* in der Vergangenheit immer wieder begegnet ist (vgl. die zögerliche Etablierung des Anwaltszugangs seit 1993 sowie die wenig linear verlaufene Entwicklung bei der Verankerung der Schweigerechtsbelehrung seit 2000), sondern vor allem auch die Einführung und sukzessive Ausdehnung abweichender Sonderbestimmungen für spezifische Kriminalitätsformen, dass die Interessen der Strafverfolgung keineswegs einseitig vernachlässigt wurden.

Bei allen – auf die grundlegend unterschiedliche gesetzliche Ausgangslage zurückzuführenden – Divergenzen in der Entwicklung der beiden Rechtsordnungen lässt sich immerhin festhalten, dass es übereinstimmend in erster Linie konventionsrechtliche Impulse waren, welche in den vergangenen Jahrzehnten den Anstoß zu Reformen auf dem Gebiet der strafprozessualen Polizeihaft gegeben haben. Während die europarechtlich bedingten Gesetzeskorrekturen, die zunehmend auch auf EU-Richtlinien zurückgehen, in Deutschland nach wie vor eher punktueller Natur sind, haben sie in Frankreich 2014/2015 die längst überfällige Emanzipierung der Verteidigungsrechte in der *enquête* von der Polizeihaft bewirkt. Man darf gespannt sein, ob das in der Entstehung begriffene „Europäische Haftrecht“ künftig auch die deutsche Gesetzgebung vor größere reformpolitische Herausforderungen stellen wird.²¹

2. Regelungstechnik und Anwendungsbereich

Mochte der knappe und übersichtliche Charakter der Festnahmeregelungen bis zum Erlass des CPP noch als eine der Gemeinsamkeiten – und einer der Vorzüge – der „legislativen Behandlung“ der Materie in beiden Rechtsordnungen ausgewiesen werden,²² so steht der nach wie vor vergleichsweise kompakten Regelung in der StPO heute eine ausgesprochen umfangreiche, komplexe und mitunter schwer zugängliche Aufbereitung im französischen Recht gegenüber. Ursächlich für die insoweit grundlegend unterschiedlichen Entwicklungen im Verlauf des letzten halben Jahrhunderts waren im Wesentlichen drei zentrale Weichenstellungen des CPP-Gesetzgebers, die im deutschen Recht ohne Entsprechung geblieben sind:

- Am Anfang (1958) stand – *erstens* – die Grundsatzentscheidung, den Zeitraum nach der Festnahme überhaupt einer gesonderten gesetzlichen Regelung zuzuführen, womit gleichzeitig stillschweigend Abstand genommen wurde von der ursprünglichen Konzeption eines richterlich-staatsanwaltschaftlichen Vernehmungsvorbehalts, dem umgekehrt ein polizeiliches Vernehmungsverbot entsprochen hatte. Das deutsche Recht hingegen hat es bis heute bei der Fokussierung auf den Akt des Ergreifens belassen: Dass der punktuellen Festnahme regelmäßig ein der richterlichen Vorführung vorgelagerter Festhaltezustand nachfolgt,

²¹ Siehe z.B. oben Teil 2, I.B.1.a. zur konventionsrechtlichen Infragestellung des polizeirechtlichen Verhinderungsgewahrsams.

²² *Karamantzou*, Vorläufige Festnahme, S. 66.

kommt in § 128 StPO allenfalls zwischen den Zeilen zum Ausdruck. Immerhin geben die auf europäischen Druck hin mit Wirkung zum 1.1.2010 zustande gekommenen Verweisungen auf die gleichzeitig neugefassten und 2013 weiter ausgedehnten Belehrungs- und Benachrichtigungsregelungen in §§ 114a ff. StPO nunmehr deutlicher als bisher die Doppelnatur der §§ 127 ff. StPO als Festnahme- und Festhalteermächtigung zu erkennen.

- *Zweitens* errichtete der französische Gesetzgeber für die *garde à vue* schon frühzeitig ein Ausnahmeregime bei Staatssicherheitsdelikten im Zuständigkeitsbereich der Cour der sûreté de l'Etat (1963–1981). An dessen Stelle traten später die abweichenden Sondervorschriften zunächst speziell für Terrorismus- (1986; 2006) und Betäubungsmittelstrafen (1992) und sodann ein „allgemeines Sonderregime“ für organisierte Kriminalität (2004). Der StPO dagegen sind entsprechende delikts(bereichs)spezifische Spezialregelungen für die vorläufige Festnahme fremd.
- *Drittens* schließlich entschied sich der französische Gesetzgeber ab 1993 dafür, nicht nur die Eröffnung der haftspezifischen Garantien (z.B. Benachrichtigung oder ärztliche Untersuchung), sondern auch die Einräumung haftunabhängiger, insbesondere vernehmungbezogener Verteidigungsrechte (z.B. Information, Anwaltsbeistand) an die Anordnung der *garde à vue* zu koppeln; erst seit 2014/2015 stehen die entsprechenden Vernehmungsgarantien in abgeschwächter Form (keine Akteneinsicht) auch dem in „freier Vernehmung“ angehörten Verdächtigen zu. Die StPO hingegen beschränkte sich umgekehrt lange Zeit auf die Gewährleistung allgemeiner Beschuldigtenrechte (§§ 136 ff. StPO); diese wurden erst kürzlich durch speziell an die Festnahme anknüpfende Verteidigungsrechte komplettiert (Belehrungen, § 114b StPO; Benachrichtigung, § 114c StPO; Akteneinsicht, § 147 Abs. 2 StPO).

Während die Bestimmungen über die vorläufige Festnahme – vorbehaltlich der sich aus den Festnahmegründen selbst ergebenden zeitlichen Restriktionen (siehe insb. §§ 127 Abs. 1, 127b StPO: „frische Tat“) – unabhängig vom Zeitpunkt des Verfahrens immer dann anwendbar sind und einheitliche Vorgaben definieren, wenn die Polizei auf repressiv-polizeilicher Grundlage, also zumindest schwerpunktmäßig zum Zwecke der Strafverfolgung und nicht der Gefahrenabwehr tätig wird, bestanden im französischen Recht – über die bis heute für spezifische Kriminalitätsbereiche (ursprünglich: Staatsschutzdelikte; nunmehr vor allem organisierte Kriminalität) geltenden Besonderheiten hinaus – traditionell erhebliche Unterschiede zwischen den verschiedenen, allgemeinen Abschnitten des Ermittlungsverfahrens (*enquête de flagrance*, *enquête préliminaire* und *instruction*). Seit der Neuaufnahme entsprechender Verweisungsvorschriften im Rahmen der großen *garde à vue*-Reform aus 2011 sind dagegen nunmehr auch in Frankreich unabhängig vom jeweiligen Verfahrensstadium stets die einheitlichen Regelungen für das Flagranzverfahren (Art. 62-2 bis 64-1 CPP) maßgeblich (Art. 77, 154 Abs. 1 CPP).

3. Verhältnis zu anderen polizeilichen Festnahme- und Festhaltebefugnissen

a) Überblick zum institutionellen Umfeld der Polizeihaft im engeren Sinne

Sowohl die *garde à vue* als auch die vorläufige Festnahme werden von weiteren repressiv- und präventiv-polizeilichen Ermächtigungsgrundlagen flankiert, die den zuständigen Hoheitsträgern – neben Polizeibeamten z.B. auch Zollfahndungsbeamten (Art. 323 Code des douanes; § 404 AO) – in spezifischen Situationen und für eine begrenzte Dauer selbst ohne vorherige richterliche Autorisierung den physischen Zugriff auf verdächtige und/oder gefährliche Personen eröffnen – teils sogar stillschweigend im Zusammenhang mit anderen Zwangsmaßnahmen (z.B. Blutprobe: Art. 234-4 Code de la route; § 81a StPO). Während die entsprechenden strafprozessualen Befugnisnormen in der StPO eher punktuellen Charakter haben (z.B. § 164 StPO), stellt der CPP den Ermittlungsbehörden ein ganzes Bündel an Eingriffsermächtigungen zur Verfügung. Deren Verhältnis zueinander und vor allem zur *garde à vue* ist nicht immer einfach zu bestimmen, aber insofern von eminenter Bedeutung, als der Betroffene nur bei der Vernehmung im Rahmen der Polizeihaft i.e.S. sowie seit 2014/2015 auch bei der Vernehmung ohne Haft (*audition libre*) in den Genuss zentraler Verteidigungsrechte kommt (siehe unten 4.).

Abgesehen von den Konsequenzen, die sich aus den divergierenden Verfassungskonzepten bezüglich der Rolle von Richter und Staatsanwalt bei Freiheitsentziehungen ergeben (nachfolgend b.), lassen sich strukturelle Unterschiede im institutionellen Umfeld der Maßnahmen zum einen darauf zurückführen, dass der Bezugspunkt der *garde à vue* insofern enger ist als derjenige der vorläufigen Festnahme, als jene allein das polizeiliche Festhalten, also weder die vorgelagerte Phase des Ergreifens noch die der anschließenden Vorführung umfasst (c.); zum anderen bleiben dem französischen *régime répressif* – ungeachtet der funktionalen Erweiterung seiner strafprozessualen Befugnisse auf präventive Belange – die Abgrenzungsprobleme erspart, die im deutschen Recht mit der Koexistenz eines polizeirechtlichen Sicherheitsgewahrsams verbunden sind (d.). Differenzen bestehen schließlich auch wegen des unterschiedlichen Grads der institutionellen Verselbstständigung der Identifizierungssicherungshaft (e.).

b) Konsequenzen der unterschiedlichen habeas corpus-Modelle

Nachdem Art. 66 Abs. 2 C keinen Grundsatz der vorgängigen richterlichen (oder staatsanwaltschaftlichen) Entscheidung kennt, sondern es anders als im deutschen Recht gänzlich ohne Belang ist, ob die *autorité judiciaire* ihre verfassungsrechtliche Hüterfunktion vor oder nach Beginn einer Freiheitsentziehung wahrnimmt, gesteht das französische Recht den Polizeibeamten in sehr viel weiterem Umfang – insbesondere unabhängig vom Vorliegen einer Eilsituation („frische Tat“; „Gefahr im Verzug“) – die Initiative zu entsprechenden Eingriffsmaßnahmen zu. Dies macht sich nicht nur bei der *garde à vue* selbst bemerkbar, sondern zeigt sich etwa

auch darin, dass die Art. 62, 78 Abs. 2, 153 Abs. 1 CPP der Polizei ein bis zu vierstündiges Festhalterecht zum Zwecke der Anhörung von *Nichtverdächtigen* einräumen. Abgesehen von der dem Richter vorbehaltenen Möglichkeit einer ggf. längerfristigen Ordnungs- oder Beugehaft (§ 161a Abs. 2 Satz 2 StPO) steht den deutschen Polizeibeamten ein von der Beschuldigteneigenschaft bzw. den Voraussetzungen der §§ 127 ff. StPO unabhängiges, kurzfristiges Festhalterecht zu Befragungszwecken allenfalls auf präventiv-polizeilicher Grundlage, also gerade nicht zu Zwecken des Strafverfahrens zu.

Soweit das französische *régime répressif* der Polizei und den Verwaltungsbehörden überhaupt verwaltungspolizeirechtliche Freiheitsentziehungen eröffnet, besteht im Unterschied zum deutschen Recht nicht nur die Besonderheit, dass wegen Art. 66 Abs. 2 C stets die ordentlichen Gerichte zuständig sind; da die Staatsanwaltschaft ebenfalls Teil der *autorité judiciaire* ist, wird vielmehr auch diese – trotz des fehlenden strafverfahrensrechtlichen Bezugs – in die Kontrolle der entsprechenden verwaltungsrechtlichen Maßnahmen eingebunden (z.B. Art. L. 611-1-1 CESEDA).

c) Konsequenzen der unterschiedlichen Reichweite der Haftermächtigungen

Die Tatsache, dass die Regelungen zur *garde à vue* im Gegensatz zu den §§ 127 ff. StPO weder eine Befugnis zum Ergreifen verleihen noch als Rechtsgrundlage für die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung bis zur tatsächlichen Vorführung vor den zuständigen *magistrat* erforderlich sind, erklärt das Vorhandensein einer Reihe spezifischer Ermächtigungsgrundlagen. Diese decken die der französischen Polizeihaft eventuell vor- und/oder nachgelagerten Zeiträume ab.

Obwohl die *garde à vue* ursprünglich normiert wurde, um den auf jede polizeiliche Spontanfestnahme folgenden Festhaltezeitraum einer rechtlichen Regelung zuzuführen, existiert heute über die Flagranzfestnahme hinaus eine Vielzahl anderer rechtlicher und faktischer Zugriffsmöglichkeiten, welche als Grundlage bzw. Vorstufe der Polizeihaft in Betracht kommen – und im deutschen Strafprozess ohne Entsprechung sind. Der zeitliche Anwendungsbereich der Flagranzfestnahme selbst (Art. 73 CPP) ist nicht nur wegen des weiten Flagranzbegriffs (Art. 53 Abs. 1 CPP), sondern auch wegen der Eröffnung der Festnahmebefugnis während der gesamten Dauer der ggf. bis zu 16-tägigen *enquête de flagrance* (Art. 53 Abs. 2, 3 CPP) ungleich weiter als die deutsche Jedermanns-Festnahmeberechtigung bei *frischer Tat* (§ 127 Abs. 1 StPO); die Reichweite der französischen Festnahmeregelung bleibt allerdings insofern hinter der im deutschen Recht zurück, als eine dem § 127 Abs. 2 StPO entsprechende, von jeglicher Tatnähe unabhängige polizeiliche Spontanfestnahmebefugnis – vorbehaltlich speziellerer Bestimmungen²³ – fehlt.²⁴

²³ So verleiht etwa Art. 141-4 CPP beim Verdacht eines zur Haftanordnung berechtigenden Verstoßes gegen (bestimmte) gerichtliche Kontrollauflagen eine besondere Festnahmebefugnis, für die im dt. Recht wegen § 127 Abs. 2 StPO kein Bedarf besteht.

Neben dieser Flagranzfestnahme und ungeachtet der vor allem im polizeilichen Vorermittlungsverfahren (*enquête préliminaire*) relevanten Möglichkeit, den freiwillig auf der Polizeiwache erschienenen oder in anderem Zusammenhang auf die Polizeiwache gelangten Verdächtigen in *garde à vue* zu nehmen, besteht im Flagranzverfahren ein polizeiliches Anhalterecht gegenüber am Tatort (Art. 61 Abs. 1 CPP) und bei Grundstücksdurchsuchungen (Art. 56 Abs. 11 CPP) betroffenen Personen. Die in Frankreich – anders als im deutschen Strafverfahren²⁵ – auf entsprechende polizeiliche Aufforderung hin bestehende Jedermanns-Pflicht zum Erscheinen auf dem Polizeirevier kann zwar nur im Fall des Art. 61 Abs. 1 CPP ohne Weiteres zwangsweise durchgesetzt werden; im Übrigen genügt hierfür jedoch bereits eine vorherige staatsanwaltschaftliche (bzw. in der *instruction*: untersuchungsrichterliche) Erlaubnis, deren Erteilung das Gesetz an keine spezifischen Voraussetzungen knüpft. Darüber hinaus kann nicht nur der Untersuchungsrichter im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung, sondern im Fall einer Mindesthöchststrafandrohung von drei Jahren Freiheitsstrafe auch der Staatsanwalt im polizeilichen Ermittlungsverfahren ein *mandat de recherche* („Suchbefehl“) ausstellen, das ähnlich wie die Ausschreibung zur Festnahme nach § 131 Abs. 2 StPO eine polizeiliche Fahndung erlaubt, den Polizeibeamten jedoch außerdem eine eigenständige, auf die Anordnung der *garde à vue* gerichtete Befugnis zum Ergreifen des Verdächtigen verleiht – während sich die Rechtmäßigkeit der Festnahme im deutschen Recht auch in diesem Fall allein nach § 127 StPO richtet. Im Gegensatz zum Festhalterecht der *garde à vue*, das sich von der ihm ursprünglich zugrunde liegenden Flagranzfestnahmeberechtigung sichtlich emanzipiert hat und heute auch in einer Vielzahl anderer Konstellationen in Betracht kommt, setzt das Festhalterecht aus §§ 127 ff. StPO nach wie vor stets voraus, dass wenigstens einer der insbesondere in zeitlicher Hinsicht (Tatfrische; Gefahr im Verzug) äußerst restriktiv formulierten Festnahmegründe vorliegt.

Anders als im deutschen Recht, wo der Beschuldigte bei einer im Anschluss an die vorläufige Festnahme beabsichtigten Vorführung vor den Richter in jedem Fall noch vor Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages tatsächlich vor diesem erscheinen muss (Art. 104 Abs. 3 GG und §§ 128, 129 StPO), weil die entsprechende Höchstfrist einheitlich den gesamten Zeitraum der Freiheitsentziehung von der Festnahme bis zur Anhörung durch den Richter umfasst, sieht das französische Recht eigens für die Wartezeit im Gerichtskerker des Justizpalasts ein zusätzliches, maximal 20-stündiges Festhalterecht vor. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage existiert dafür erst seit 2004 (Art. 803-2 f. CPP). Kraft gesetzlicher Verweisungen gelten die *garde à vue*-Garantien (Benachrichtigung, Verteidigerbeistand, Arztkonsultation) insoweit entsprechend; darüber hinaus steht dem Anwalt der festgehaltenen Person hier seit 2011 ein vollständiges Akteneinsichtsrecht zu.

²⁴ Vgl. Goy, Vorläufige Festnahme, S. 102–105 sowie bereits Glatthaar, Polizei, S. 55.

²⁵ Vgl. aber oben Teil 2, II.A.3.c. zur präventiven, polizeirechtlichen Vorladung.

d) *Konsequenzen der unterschiedlichen Einstellungen zu polizeirechtlicher Haft*

Während das französische Verwaltungspolizeirecht – abgesehen vom Sonderfall der Identitätsfeststellungshaft – genuin präventiv-polizeiliche Freiheitsentziehungen lediglich punktuell gegenüber Ausländern, alkoholisierten und geisteskranken Personen zulässt, sieht das deutsche Recht über die im Strafprozessrecht – und im besonderen Polizeirecht (insb. Ausländer- und Unterbringungsrecht) – geregelten Inhaftierungsbefugnisse hinaus zusätzlich einen allgemeinen, situations- und adressatenunabhängigen Sicherheitsgewahrsam vor. Dieser erlaubt als Beseitigungsgewahrsam nicht nur die Beendigung laufender, sondern in seiner Ausprägung als Verhinderungsgewahrsam auch die Unterbindung künftiger Straftaten. Wegen der föderalismusbedingten Grundsatzzuständigkeit der Länder existieren neben bereichsspezifischen Sonderregelungen auf Bundesebene (BPolG, BKAG) insgesamt 16 unterschiedliche Landespolizeigesetzgebungen. Obschon diese inhaltlich, nicht zuletzt wegen der einheitlichen grundgesetzlichen Vorgaben, in mancherlei Hinsicht übereinstimmen, bestehen im Einzelnen deutliche Divergenzen – mitunter bei so zentralen Aspekten wie der zeitlichen Obergrenze der Maßnahme, die, so eine solche überhaupt im Gesetz steht, zwischen zwei und 14 Tagen variiert.

Zwar ist aufgrund der restriktiven tatbestandlichen Fassung der einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen (insb. Unmittelbarkeits- und Unerlässlichkeitskriterium), der gesetzlichen Garantien zugunsten des Betroffenen und der strikten gerichtlichen (Verhältnismäßigkeits-)Kontrolle sichergestellt, dass der dem französischen *régime répressif* per se suspekten und im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 EMRK konfliktträchtige Verhinderungsgewahrsam nicht zu einem rechtsstaatlich unerträglichen Vorbeugegewahrsam im Sinne einer „Schutzhaft“ gegenüber unliebsamen Personen degeneriert. Aus rechtsvergleichender Perspektive gleichwohl auffällig ist – neben der bundesstaatlichen Diversität der Materie, die allerdings vom GG als Ausprägung der vertikalen Gewaltenteilung gewollt ist – das im Einzelnen ungeklärte Verhältnis zu den Festnahmebefugnissen der StPO.

Wegen der unter anderem bei der Höchstdauer und den verfahrensrechtlichen Absicherungen (z.B. Belehrungen, Anwalt) bestehenden Unterschiede erscheint dies umso misslicher. Die subtile, zweckbasierte Differenzierung zwischen Prävention und Repression, welche der Unterscheidung zwischen Sicherheitsgewahrsam und vorläufiger Festnahme zugrunde liegt, begründet allenfalls in der Theorie ein eindeutiges Exklusivitätsverhältnis. In Wirklichkeit bestehen zunehmend Überschneidungen, die Abgrenzungsschwierigkeiten, Vorhersehbarkeitsdefizite, Zufälligkeiten und Inkohärenzen nach sich ziehen können. Sie eröffnen den wegen der Doppelfunktion der Polizei auf beiden Gebieten agierenden Polizeibeamten im Ergebnis zugleich bedenkliche Auswahl- und Manipulationsspielräume.²⁶

²⁶ Krit. zu dieser „Aufspaltung“ bereits *Karamuntzos*, Vorläufige Festnahme, S. 67 f., der deshalb aus rechtsvergleichender Sicht das frz. Modell bevorzugt.

Das französische *régime répressif* vermeidet mit seinem Verzicht auf einen allgemeinen Sicherheitsgewahrsam nicht nur solche Abgrenzungsprobleme, da der potenzielle Überschneidungsbereich der strafprozessualen Befugnisse mit den spezifischen verwaltungspolizeirechtlichen Freiheitsentziehungen naturgemäß eng umrissen ist. Es umgeht vielmehr auch den in Deutschland wegen des Verhinderungsgewahrsams drohenden Konflikt mit Art. 5 EMRK. Konkrete Gefahrenlagen, die im deutschen Recht klassischerweise mit dem Sicherheitsgewahrsam gelöst werden (z.B. Ingewahrsamnahme von Hooligans oder Demonstranten im Vorfeld bzw. für die Dauer bestimmter Veranstaltungen), können dank weitreichender Vorfeld- und Ungehorsamskriminalisierungen regelmäßig mit dem strafprozessualen Instrument der *garde à vue* erfasst werden (siehe nunmehr Art. 62-2 Nr. 6 CPP), hilfsweise mit der vom Verdacht einer bereits begangenen Straftat unabhängigen Sistierung zum Zwecke der präventiven Identitätsfeststellung – sowie, jedenfalls in solchen Fällen, in denen das Strafverfahren tatsächlich betrieben werden soll (Opportunitätsprinzip), mit der *détention provisoire*.²⁷

Die Kehrseite dieses *régime répressif* liegt freilich darin, dass es zur Vermeidung von Schutzlücken in sehr weitem Umfang gefährliche Verhaltensweisen inkriminieren muss, um wenigstens die Anwendbarkeit des in aller Regel tatverdachtsakzessorischen strafprozessualen Instrumentariums sicherzustellen. Mit der in Deutschland vertretenen *ultima ratio*-These des Strafrechts verträgt sich dies kaum. Außerdem werden die französischen Polizeibeamten bei Bedarf geneigt sein, präventiv-polizeiliche Freiheitsentziehungen, namentlich die adressaten- und situationsoffen konzipierte Identitätsfeststellungshaft, auch zu anderen als den vom Gesetzgeber vorgestellten Zwecken einzusetzen – ein Prozedere, das sich für das deutsche Recht schon wegen der gerichtlichen Kontrolle der polizeilichen Ermessensausübung (Ermessensfehlgebrauch) nicht zur Nachahmung eignet.

e) Identitätsfeststellungshaft („Kurz-Polizeihaft“)

Das Ergreifen und Festhalten einer Person zum Zweck der Identitätsfeststellung, das auch ihre kurzfristige Verbringung auf das Polizeirevier (Sistierung) rechtfertigt, ist in beiden Rechtsordnungen Gegenstand einer gegenüber der Polizeihaft i.e.S. institutionell verselbstständigten Regelung („Kurz-Polizeihaft“). Während im deutschen Recht die Befugnis zur präventiven Identitätskontrolle samt der entsprechenden Festhalteermächtigung nach allgemeinen Grundsätzen im (Landes-) Polizeirecht, ihre repressiven Entsprechungen dagegen in der StPO lokalisiert sind, bricht die französische *dichotomie policière* hier mit ihrem Finalitätskriterium, indem beide Varianten der Identitätskontrolle – auch der vom Verdacht einer bereits begangenen Straftat unabhängige *contrôle d'identité de police administrative* – einheitlich dem CPP und damit dem Strafprozessrecht zugewiesen werden.

²⁷ Vgl. Trautwein, Freiheitsentzug, S. 231 f.; Wittzack, Vollzugspolizeien, S. 259–261.

Im deutschen Strafverfahren ist die (repressive) Identitätsfeststellungshaft nur partiell aus dem allgemeinen Regime der vorläufigen Festnahme ausgegliedert; regelungstechnisch handelt es sich damit letztlich nur um einen Spezialfall. Für die identifizierungssichernde Privatfestnahme gelten die herkömmlichen Bestimmungen (§ 127 Abs. 1 Satz 1 StPO), die Offizialfestnahme unterliegt hingegen gemäß § 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b f. StPO einer vorrangigen Sonderregelung. Während § 163c StPO sowohl für die Dauer der Maßnahme (zwölfstündige absolute Obergrenze) als auch im Hinblick auf die Umsetzung des Richtervorbehalts abweichende Bestimmungen trifft, verbleibt es bezüglich der haft- und vernehmungsspezifischen Garantien des Betroffenen (§ 163c Abs. 1 Satz 3 i.V.m. §§ 114a ff. StPO; Beschuldigtenrechte, §§ 136 ff. StPO) bei den allgemeinen Regelungen.

Im französischen Recht dagegen stellt die *rétenion pour vérification d'identité* im Verhältnis zur *garde à vue* ein institutionelles *aliud* dar. Nicht nur die Anordnungskompetenz (*alle* Polizeibeamten), die Dauer (strikte Grenze von vier Stunden) und die Beteiligung der Staatsanwaltschaft (nur auf Antrag), sondern auch die Reichweite der Garantien (keine Belehrung über Festnahmegrund, Höchstdauer und Schweigerecht; kein Recht zur Hinzuziehung eines Anwalts; immerhin aber Benachrichtigungsrecht) variieren. Liegen freilich die strengeren Anordnungsvoraussetzungen der *garde à vue* vor, so kann auch diese Polizeihaft zu Identifizierungszwecken verwendet werden. Da es sich bei Art. 78-3 CPP im Hinblick auf den *contrôle d'identité de police administrative* um das einzige situations- und adressatenunabhängige Präventivfestnahmerecht handelt, verwundert es nicht, dass über seine zweckwidrige Verwendung als Ersatz für den fehlenden Verhinderungsgewahrsam spekuliert wird – zumal es nach Auffassung der Cour de cassation nicht zu beanstanden sein soll, wenn die Identitätskontrolle gegenüber *polizeibekannt*en Personen und damit im Ergebnis auch zu anderen als nur Identifizierungszwecken eingesetzt wird.

4. Surrogate

Unbeschadet einerseits des in Deutschland für alle polizeilichen Eingriffsmaßnahmen geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, dem zufolge die vorläufige Festnahme beim Vorhandensein milderer, gleich wirksamer Mittel (z.B. Beschlagnahme von Autoschlüsseln zur Fluchtverhinderung; ggf. Vorführbefehl) unterbleiben muss und abgesehen andererseits von der diesen Gedanken konkretisierenden, aber in ihrem Anwendungsbereich (Auslandsbezug) äußerst restriktiv gefassten Vorschrift des § 127a StPO, werden Haftsurrogate im deutschen Recht im Grunde erst im Zusammenhang mit der ggf. nachgelagerten Entscheidung des Richters über die (Außervollzugsetzung der) Untersuchungshaft praktisch relevant und diskutiert.

Zwar kennt auch das französische Recht – im Gegensatz zur *détention provisoire* mit ihren „Kontrollauflagen“ – keine Polizeihaftsurrogate im engeren Sinne. Besonderheiten ergeben sich dort allerdings aus dem Umstand, dass wesentliche ver-

nehmungszugewandene Garantien im Rahmen des polizeilichen Ermittlungsverfahrens, anders als im deutschen Strafprozess, bis 2014/2015 einzig während der Polizeihaft eröffnet waren – und dass auch nach der garantiemäßigen Aufwertung der *audition libre* durch das Gesetz vom 27.5.2014 ein (wiewohl signifikant reduziertes) Garantiegefälle zwischen der Vernehmung als *gardé à vue* und als *suspect libre* fortbesteht. So herrscht nun zwar hinsichtlich der Belehrungspflichten und des Rechts auf Verteidigerbeistand seit dem 1.1.2015 ein weitgehender Gleichlauf zwischen den beiden Vernehmungssituationen (Art. 61-1 CPP n.F.); der (inhaltlich sehr beschränkte) Zugang zu den Polizeiakten ist indes weiterhin dem Polizeihäftling vorbehalten (Art. 63-4-1 CPP). Hier stellte und stellt sich somit gewissermaßen unter umgekehrten Vorzeichen bzw. Interessenlagen die Frage, ob und inwieweit eine Befragung auch außerhalb der mit den maximalen gesetzlichen Garantien ausgestatteten Polizeihaft als sogenannte *audition libre* in Betracht kommt.

In weitgehender Übereinstimmung mit der bereits in der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Lösung sieht das Gesetz seit 2011 vor, dass eine solche freie Vernehmung – abgesehen von der Anhörung als festgehaltener Nichtverdächtiger (Art. 62, 78 Abs. 2, 153 Abs. 1 CPP) – nur dort möglich ist, wo sich der Betroffene freiwillig mit dem vernehmungsbefindlichen Verbleib bei der Polizei einverstanden erklärt, *ohne* zuvor unter Einsatz hoheitlichen Zwangs zu ihr verbracht worden zu sein. In allen anderen Fällen bleibt die Anordnung der Polizeihaft auch nach 2014 grundsätzlich obligatorisch. Nur dort, wo das Gesetz der Polizei für die nötigenfalls zwangsweise Aufrechterhaltung der Verfügungsgewalt und Anhörung auch eine andere, speziellere Rechtsgrundlage als die *garde à vue* oder die *audition libre* zur Verfügung stellt (z.B. gegenüber Anwesenden am Tatort oder bei Grundstücksdurchsuchungen, Art. 61 Abs. 1, 56 Abs. 11 CPP), kann auch weiterhin eine garantiefreie Anhörung stattfinden.

Auch wenn der C. const. bereits vor der Reform von 2014 über die im Gesetz normierten Fälle hinaus für alle polizeilichen Vernehmungen Tatverdächtiger eine Belehrung über den Tatvorwurf und ggf. einen Hinweis auf das Recht, das Polizeirevier jederzeit zu verlassen, verlangt hat und obschon im Einführungsartikel zum CPP seit 2011 eine Beweiswertminderung für alle Erklärungen angeordnet ist, die ohne die Möglichkeit einer vorherigen Verteidigerkonsultation zustande gekommen sind, so barg der das polizeiliche Ermittlungsverfahren bis zum Gesetz vom 27.5.2014 prägende Antagonismus *garde à vue* versus *audition libre*, der auf der bis dato untrennbaren Verbindung der vernehmungszugewandenen Verteidigungsrechte mit der *garde à vue* basierte, die Gefahr eigenartiger Wertungswidersprüche, die dem deutschen Recht mit seinem Beschuldigtenstatus (§§ 136 ff. StPO) in dieser Form unbekannt sind. Befremdlich mutete insbesondere die exklusive Koppelung der vernehmungszugewandenen Verteidigungsrechte an eine strafprozessuale Freiheitsentziehung – und die mit ihr assoziierte Idee eines „Anspruchs auf Inhaftierung“ – an. Sie führte in letzter Konsequenz dazu, dass das Postulat eines Ausnahmecharakters solcher Haftmaßnahmen unweigerlich mit dem – den Grundsätzen eines

fairen Verfahrens diametral zuwiderlaufenden – Bekenntnis zu einem Ausnahmecharakter der vernehmungsbezogenen Garantien selbst verbunden war. Ungeachtet des fortbestehenden Garantiefalles ist dieses Paradoxon seit der unionsrechtlich vorgegebenen Reform von 2014 signifikant entschärft. Deren Bedeutung für das polizeiliche Ermittlungsverfahren kann daher nicht hoch genug eingeschätzt werden: „Freie Vernehmung“ ist seither nicht mehr gleichbedeutend mit „garantiefrei“.

Im französischen Schrifttum wird freilich nicht ohne Grund kritisiert, dass der Anwendungsbereich der vernehmungsbezogenen Verteidigungsrechte nach wie vor an ganz spezifische Ermittlungsmaßnahmen (*garde à vue* und *audition libre*) gekoppelt ist. Mag es wegen der unterschiedlichen Situationen im Hinblick auf das Festhalterrecht gegenüber Nichtverdächtigen – trotz der auch hier bestehenden Umgehungsgefahren – zu verschmerzen sein, dass dort bis heute weder eine Schweigerechtsbelehrung noch die Möglichkeit der Konsultation eines Anwalts vorgesehen ist, so führt das Fehlen von der *garde à vue* entsprechenden Garantien bei anderen Festhalteermächtigungen, die auch eine Befragung tatverdächtiger Personen ermöglichen (z.B. Art. 61 Abs. 1, 56 Abs. 11 CPP), zu gewissen Manipulations- und Missbrauchsrisiken.

B. Anordnung

Die das französische Recht kennzeichnende Differenzierung zwischen der *Erlangung* der Verfügungsgewalt, die auch auf andere Weise als im Wege der Festnahme (z.B. Art. 73 CPP) erfolgen kann, und ihrer *Aufrechterhaltung* – in Form der *garde à vue* – ist dem deutschen Recht fremd. Während die §§ 127 ff. StPO eine einheitliche Festnahme- und Festhalteermächtigung bereitstellen, bei der die Festhalteberechtigung untrennbar an das Vorliegen der Festnahmevoraussetzungen geknüpft ist, bilden Letztere in Frankreich *keine* notwendige Grundlage der Festhaltebefugnis und brauchen daher auch vorliegend nicht weiter vertieft zu werden.

1. Zuständigkeit

Die sachliche Kompetenz zur Anordnung der Polizeihaft ist im CPP in zweierlei Hinsicht enger gefasst als in der StPO: Die vorläufige Festnahme steht – als einheitliche Festnahme- und Festhalteermächtigung – sämtlichen Beamten des Polizeidienstes, nicht etwa nur den „Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft“ offen und ist wegen ihrer verfahrensbeherrschenden Stellung im Vorverfahren darüber hinaus auch der Staatsanwaltschaft selbst eröffnet. Im Gegensatz zur Flagranz-Festnahmebefugnis, die in ihrer Eigenschaft als Jedermannsrecht selbstverständlich auch einfachen Polizeibeamten und Staatsanwälten zusteht, behält der CPP die Anordnung der *garde à vue* dagegen dem höheren Polizeibeamten vor (siehe Art. 63-1 Abs. 1 CPP n.F.: „seul“). Nach h.M. hat selbst der zur Kontrolle der

Maßnahme berufene Staatsanwalt – trotz gesetzessystematischer Ambivalenzen (Art. 41 Abs. 4, 17, 68 CPP) – keine eigene Anordnungsberechtigung.

Bei näherer Betrachtung verlieren indes beide Unterschiede an Gewicht: Zum einen hat die Zahl der Polizeibeamten, denen das Gesetz die Qualität als *officier de police judiciaire* verleiht, erheblich zugenommen; im Übrigen darf davon ausgegangen werden, dass auch im deutschen Recht hierarchisch höherrangige Polizeibeamte in die Entscheidung über das Hinausschieben der eigentlich unverzüglich gebotenen Vorführung vor den Richter involviert sind. Zum anderen wird die in Frankreich fehlende staatsanwaltschaftlich-untersuchungsrichterliche Anordnungs-kompetenz durch weitreichende interne Weisungsbefugnisse kompensiert (Art. 63 Abs. 1 CPP n.F: „sur instruction“; *mandat de recherche*). Während der staatsanwaltschaftlichen Anordnungszuständigkeit im deutschen Recht wegen des Grundsatzes der vorgängigen richterlichen Entscheidung, der das polizeilich-staatsanwaltschaftliche Handeln im Rahmen der §§ 127 ff. StPO von vornherein auf Eilsituationen beschränkt, im Grunde nur dort Bedeutung zukommt, wo sich der Betroffene bereits auf anderer Rechtsgrundlage bei der Polizei befindet (vgl. auch die entsprechend restriktive Ausgestaltung der Veranlassungsbefugnis in § 131 Abs. 2 StPO), verfügt die französische Staatsanwaltschaft über vergleichsweise umfangreiche Initiativbefugnisse.

2. Straftatbezug und Adressat

Obschon die strafprozessuale Polizeihaft in beiden Ländern den Verdacht einer bereits begangenen Straftat voraussetzt und grundsätzlich nur gegenüber dem Tatverdächtigen selbst angeordnet werden kann, bestehen im Einzelnen Unterschiede.

Während die Anordnung der *garde à vue* stets einen einheitlichen Verdachtsgrad voraussetzt, variieren die Anforderungen an die Intensität des Tatverdachts im deutschen Recht je nach einschlägigem Festnahmemotiv. Bedurfte es in Frankreich ursprünglich des Vorhandenseins von Indizien, welche die Begehung einer Straftat vermuten lassen, so stellt das Gesetz seit 2002 – in weitgehendem Gleichklang mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK („des raisons plausibles de soupçonner“)²⁸ – auf das Vorliegen *eines oder mehrerer* plausibler Gründe für einen entsprechenden Verdacht ab (Art. 62-2 Abs. 1 CPP). Da höchstrichterliche Konkretisierungen seitens der Cour de cassation fehlen, besteht lediglich darüber Gewissheit, dass es keines wie auch immer erhöhten Verdachtsgrades bedarf. Die Maßnahme kann also schon in einem relativ frühen Ermittlungsstadium eingesetzt werden.

Im Recht der vorläufigen Festnahme sind in Abhängigkeit vom konkreten Festnahmegrund drei Verdachtsstufen zu unterscheiden. Den höchsten Verdachtsgrad erfordern das anwesenheitssichernde Jedermanns-Festnahmerecht (§ 127 Abs. 1

²⁸ In der dt. Fassung ist dagegen von einem „hinreichenden Verdacht“ die Rede.

Alt. 1 StPO), die identifizierungssichernde Privatfestnahme (Alt. 2) und die Hauptverhandlungshaft (§ 127b Abs. 1 StPO), welche allesamt eine „frische Tat“ voraussetzen. Selbst wenn man dabei mit der h.M. auf eine *wirkliche* Tatbegehung verzichtet, so bedarf es hierfür doch einer besonders hohen Wahrscheinlichkeit, die sich bereits aus den äußerlich sichtbaren Begleitumständen der Tat ergeben muss; darüber hinaus setzt die Tatfrische – ähnlich wie das Flagranzmerkmal im französischen Recht (Art. 53 Abs. 1 CPP), das dort nur für die (private) Flagranzfestnahme (Art. 73 Abs. 1 CPP), nicht jedoch für die Anordnung der Polizeihaft von Belang ist und im Übrigen wesentlich großzügiger auszulegen ist²⁹ – eine unmittelbare raumzeitliche Nähe voraus, die lediglich im Fall der Nacheile gelockert ist. Die haft- bzw. unterbringungs-befehlssichernde Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO inkorporiert das Erfordernis eines „dringenden Tatverdachts“ (§ 112 Abs. 1 StPO) bzw. „dringender Gründe“ (§ 126a StPO). Es bedarf also einer auf bestimmte, gerichtsverwertbare Tatsachen gestützten hohen Tatbegehungs- und Verurteilungs-/Maßregelungswahrscheinlichkeit. Bei dieser Prognose ist dem situativen Kontext der Eilentscheidung Rechnung zu tragen. Ein bloßer Anfangsverdacht im Sinne konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte, welche erfahrungsgemäß die Annahme einer verfolgbaren Straftat begründen – also ein Verdachtsgrad, der im Wesentlichen demjenigen der *garde à vue* entspricht –, reicht schließlich für die identifizierungssichernde Officialfestnahme aus (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b f. StPO). Sieht man vom zuletzt genannten (Sonder-)Fall ab, für den im Übrigen auch im französischen Recht (Art. 78-2, 78-3 CPP) Besonderheiten gelten („Kurz-Polizeihaft“), so erweisen sich die gesetzlichen Anforderungen an die Qualität des Tatverdachts in der StPO insgesamt als deutlich restriktiver als im CPP.³⁰

Bestehen bereits im Zeitpunkt des polizeilichen Tätigwerdens ernsthafte Anhaltspunkte für einen Ausschluss der strafrechtlichen Verantwortlichkeit wegen Schuldunfähigkeit, so entfällt im deutschen Recht lediglich der „dringende Tatverdacht“ und damit die Möglichkeit einer haftsichernden Festnahme (§ 127 Abs. 2 Satz 2 Alt. 1 StPO), nicht jedoch die „frische Tat“ i.S.v. §§ 127 Abs. 1 Satz 1, 127b Abs. 1, der Anfangsverdacht i.S.v. §§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b f. und die „dringenden Gründe“ i.S.v. § 127 Abs. 2 Alt. 2 StPO. Nachdem die Problematik im Zusammenhang mit der *garde à vue* nicht diskutiert wird, darf davon ausgegangen werden, dass die Schuldunfähigkeit dort – ähnlich wie bei der *détention provisoire*³¹ – der Annahme von „plausiblen Verdachtsgründen“ nicht im Wege steht.

Im Gegensatz zur vorläufigen Festnahme, die unabhängig vom Festnahmegrund niemals eine Straftat bestimmter (Mindest-)Schwere zum Gegenstand haben muss,

²⁹ Vgl. oben Teil 1, I.C.1.a.aa. sowie II.A.3.b.aa.; siehe dazu auch *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 102 ff., 122; *Wittzack*, Vollzugspolizeien, S. 315 f.

³⁰ Siehe insb. *Vallini/Houillon*, Rapport Outreau, S. 310; tendenziell wie hier auch *Goy*, Vorläufige Festnahme, S. 101 ff., bei der allerdings nicht hinreichend zwischen Flagranzfestnahme und Festhalten im Rahmen der *garde à vue* differenziert wird.

³¹ Vgl. oben Teil 1, III.B.2.a.bb. sowie unten III.A.3.c. und B.2.

sondern bei allen Verbrechen und Vergehen, im Fall der identifizierungssichernden Officialfestnahme darüber hinaus bei bloßen Ordnungswidrigkeiten in Betracht kommt, setzt die Anordnung der *garde à vue* seit 2011 einheitlich und in allen Stadien des Ermittlungsverfahrens – also nicht mehr allein im Flagranzverfahren (Art. 67 CPP) – den Verdacht eines Verbrechens oder eines mit *Freiheitsstrafe* bedrohten Vergehens voraus. Sie scheidet mithin bei bloßen Übertretungen und lediglich mit Geldstrafe bedrohten Vergehen aus. Da jedoch zum einen auch im französischen Recht relativ wenige Vergehen existieren, bei denen das Gesetz nicht zumindest die Möglichkeit einer sei es auch nur geringfügigen Freiheitsstrafe vorsieht, und da zum anderen auch die institutionell verselbstständigte Identitätsfeststellungshaft aus Art. 78-3 CPP bei *allen* Straftaten (inklusive Übertretungen) anwendbar ist, sind die Unterschiede zwischen beiden Rechtsordnungen hier in Wirklichkeit eher marginal. Immerhin aber scheidet in Frankreich seit Inkrafttreten der Rückführungsrichtlinie die *garde à vue* wegen des Verdachts des Vergehens des unberechtigten Aufenthalts (ex-Art. L. 621-1 CESEDA) aus, während die vorläufige Festnahme (§§ 127 ff. StPO) hier auch weiterhin in Betracht kommt, da das Unionsrecht nicht die Pönalisierung als solche, sondern nur die Androhung einer Freiheitsstrafe verbietet. Der französische Gesetzgeber wusste sich diesbezüglich unlängst mit der Schaffung einer funktionsäquivalenten, tatverdachtsunabhängigen Freiheitsentziehung im Ausländerrecht (Art. L. 611-1-1 CESEDA) zu behelfen.

Zulässige Adressaten der Polizeihaft sind in beiden Rechtsordnungen – in Frankreich allerdings erst seit 1993/2000 – grundsätzlich nur diejenigen Personen, gegen die sich der Tatverdacht richtet. Einzig bei der Identitätsfeststellungshaft gilt hier wie dort die Besonderheit, dass diese auch gegenüber Dritten anwendbar ist (vgl. § 163b Abs. 2 StPO; Art. 78-2 Abs. 1 Spstr. 3 CPP). Außerdem sieht der CPP eine Reihe kurzfristiger polizeilicher Fest- und Anhalterechte (auch) zulasten Nichtverdächtiger vor (z.B. Art. 56 Abs. 11, 61 Abs. 1, 3, 62, 78 Abs. 1, 2, 153 Abs. 1 CPP, siehe oben A.3.).

Weitergehende adressatenspezifische Anforderungen finden sich nur im französischen Recht. In positiver Hinsicht setzt die Anordnung der *garde à vue* als bloßes Festhalterecht *ohne* Festnahmebefugnis voraus, dass die Polizei schon vorher entweder im Wege der zwangsweisen Ergreifung kraft einer strafprozessualen (z.B. Art. 73 Abs. 1, 78-3 CPP; *mandat de recherche*; staatsanwaltschaftliche Vorführerlaubnis) oder präventiv-polizeilichen Ermächtigung (z.B. Ausnüchterungshaft, Art. L 3341-1 CSP) oder aber auf sonstige Weise – z.B. mittels einer gesetzlichen Anhaltebefugnis (Art. 56 Abs. 11, 61 Abs. 1 CPP) oder weil der Betroffene sich ohne Einsatz von Zwang auf dem Polizeirevier eingefunden hat – eine Zugriffsmöglichkeit auf den Verdächtigen erlangt hat. In negativer Hinsicht scheidet die Maßnahme in der gerichtlichen Voruntersuchung für Personen aus, gegen die bereits einer der in Art. 122 Abs. 7 CPP bezeichneten *mandats de justice* (*mandat de comparution*, *mandat d'amener*, *mandat d'arrêt*) vorliegt, wobei im Hinblick auf das *mandat de dépôt* nichts anderes gelten dürfte; im deutschen Recht hingegen

hindert ein Haftbefehl die *vorläufige* Festnahme nach § 127 Abs. 2 StPO nur dann, wenn der Polizeibeamte hiervon im Moment der Festnahme Kenntnis hatte (arg. § 115 StPO). Der Umstand, dass in der *instruction* eine polizeiliche Vernehmung des förmlich Beschuldigten, des unterstützten Zeugen und all derjenigen Personen ausscheidet, gegen die schwerwiegende und übereinstimmende Verdachtsmomente i.S.v. Art. 105 CPP vorliegen, steht der Anordnung und Durchführung der *garde à vue* als solcher richtigerweise nicht entgegen.

3. Zulässige Haftzwecke

a) Vorbemerkung

Beiden Rechtsordnungen ist heute gemeinsam, dass das Gesetz die Anordnung der Polizeihaft – ebenso wie die der Justizhaft – an spezifische Haftgründe bzw. Haftziele knüpft. Offenbar wegen ihrer gesteigerten Eingriffsintensität und ihres allseits postulierten Ausnahmecharakters wird die Konkretisierung des legitimen Zwecks dieser strafprozessualen Freiheitsentziehungen also – anders als bei einer Vielzahl anderer Ermittlungsmaßnahmen (z.B. § 110a StPO: „zur Aufklärung von Straftaten“; Art. 60-1 CPP: „peut“) – nicht der Einzelfallentscheidung der Strafverfolgungsbehörden überlassen, sondern vom Gesetzgeber selbst vorgenommen.

Während allerdings die StPO für die vorläufige Festnahme seit jeher solche Zielvorgaben in Form konkreter Festnahmegründe definiert, die freilich in der Vergangenheit sukzessive erweitert wurden (§§ 127 Abs. 2 Alt. 2, 127b StPO), existieren entsprechende Motive für die französische Polizeihaft erst seit 2011. Bis dahin oblag die Entscheidung über die Anordnung „für die Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ (Art. 63, 77, 154 CPP a.F.) dem polizeilichen Ermessen (*principe d'opportunité*); das (Jedermanns-)Recht zur Flagranzfestnahme (Art. 73 CPP) als mögliche, indes nicht zwingende Grundlage der *garde à vue*, ist sogar bis heute „zweckfrei“ formuliert, setzt also nur eine flagrante Tat (Privatfestnahme) bzw. die Eröffnung des Flagranzverfahrens (Offizialfestnahme) i.S.v. Art. 53 CPP voraus.

Obschon sich auch die StPO vereinzelt mit relativ vagen Zweckbestimmungen begnügt, indem sie etwa die Entscheidung über die Aufnahme von Lichtbildern unter anderem „für die Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens“ zulässt (§ 81b StPO) und damit weitgehend in das Ermessen der Ermittler stellt, bestehen bzw. bestanden doch insofern gravierende Unterschiede, als das deutsche Strafverfahren nur eine rechtlich gebundene und daher gerichtlich auf Ermessensfehler hin nachprüfbare Ermessensausübung kennt, wohingegen die Entscheidung über die Anordnung der *garde à vue* im freien Ermessen des zuständigen Polizeibeamten liegen sollte. Nachdem sich die Cour de cassation nicht nur weigerte, das Kriterium der *nécessités de l'enquête*, dessen Beurteilung es dem Bereich des Tatsächlichen (*question de fait*) zuordnete, zum Gegenstand seiner Rechtskontrolle zu machen, sondern es darüber hinaus auch den Tatsacheninstanzen versagte, die Einschätzung

des unter staatsanwaltschaftlicher bzw. untersuchungsrichterlicher Kontrolle agierenden höheren Polizeibeamten einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen, existiert aus naheliegenden Gründen kein einziges höchstrichterliches Judikat, in dem es dem Betroffenen gelungen wäre, das Vorliegen der *nécessités de l'enquête* mit Erfolg vor Gericht in Abrede zu stellen. Ausweislich der einschlägigen Rechtsprechung reichte es aus, wenn die Freiheitsentziehung aus irgendeinem Grund für die Ermittlungen (insb. Vernehmung als herkömmlicher Hauptzweck; darüber hinaus: Beweissicherung, Identifizierungsgegenüberstellung, Zeugenschutz, Wohnungsdurchsuchung, Verhinderung der Kontaktaufnahme mit Dritten, Durchführung körperbezogener Ermittlungsmaßnahmen etc.) oder den Fortgang des Strafverfahrens (insb. Vorführung vor den Staatsanwalt) von Nutzen war. Ob wenigstens die Verfolgung verwaltungspolizeilicher Präventivzwecke oder sonst evident strafverfahrensfremder Ziele vom Kassationshof beanstandet worden wäre, entzieht sich einer verlässlichen Beurteilung. Im Schrifttum, das im Hinblick auf die je nach Standpunkt extrem restriktive bzw. extrem permissive Haltung der Cour de cassation gespalten war, finden sich kaum weitergehende Versuche der Entwicklung einer Polizeihaftzweckdogmatik; lediglich die Vorführungsfinalität wurde mangels unmittelbaren Bezugs zur Wahrheitsfindung des Öfteren kritisiert.

Fest steht nach dem Vorgesagten jedenfalls auch ohne eingehendere Vergleichen, dass die *garde à vue* als eine Art (repressiv-?)polizeiliche „Allzweckmaßnahme“ imstande war, ein wesentlich breiteres Finalitätsspektrum abzudecken als die vorläufige Festnahme mit ihren vier abschließend und präzise in §§ 127, 127b StPO umschriebenen Zielen.³²

b) Gegenüberstellung und Vergleich der gesetzlichen Haftziele

Bei einer gegenüberstellenden Betrachtung der Festnahmegründe des deutschen Rechts und der mit Wirkung zum 1.6.2011 im CPP ausformulierten Haftziele der *garde à vue* – welche sich der Sache nach an den bereits in der Rechtsprechung anerkannten Zwecken, in Formulierung und Systematik an den Haftmotiven der *détention provisoire* (Art. 144 CPP) orientieren – springt nicht nur die unterschiedliche Regelungstechnik ins Auge (*final* formulierte Katalogaufzählung in Art. 62-2

³² So i.E. auch Goy, Vorläufige Festnahme, S. 122, die sich allerdings primär für die Zwecke der Festnahme interessiert (S. 49, 53 ff., 108 f.) und deshalb die Ziele der *garde à vue* als Festhalterrecht vernachlässigt; siehe auch *Manaigo-Vekil*, Gruppenkriminalität, S. 209 f., bei der sich allerdings nicht erschließt, weshalb allein die haftbefehlssichernde Finalität (§ 127 Abs. 2 StPO) als „Pendant zur *garde à vue*“ begriffen wird (S. 207 ff.) und nicht auch die anderen Festnahmeziele; eigenartig schließlich *Pfützner*, Organisierte Kriminalität, S. 138 f., die das Festhalterrecht der *garde à vue* – trotz eigener Bedenken (vgl. S. 139, in und bei Fn. 178) – ausgerechnet der identifizierungssichernden Sistierung (§ 127 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b f. StPO), nicht aber den §§ 127 ff. StPO gegenüberstellen will; insofern unklar auch die rechtsvergleichenden Überlegungen bei *Kramer*, MDR 1993, 112.

CPP versus *konditional* formulierte Einzelermächtigungen der §§ 127 ff. StPO), sondern es treten auf den ersten Blick vor allem erstaunlich wenige funktionale Parallelen zutage:

Die vorläufige Festnahme dient klassischerweise den Zielen der Anwesenheits- (§ 127 Abs. 1 Satz 1 StPO), Identifizierungs- (Abs. 1 Satz 2 i.V.m. §§ 163b f. StPO) und Haft- sowie – seit 1933 – Unterbringungsbefehlssicherung (Abs. 2); erst seit 1997 ist sie darüber hinaus zur Sicherung der Durchführbarkeit des beschleunigten Verfahrens zulässig (§ 127b Abs. 1 StPO). Die *garde à vue* dagegen steht gemäß Art. 62-2 Abs. 2 CPP nun zwar nicht mehr im freien Ermessen des Polizeibeamten (*pouvoir d'opportunité*). Sie darf aber weiterhin zu so vielfältigen Zwecken wie der Ermöglichung der Durchführung anwesenheits- oder mitwirkungsgebundener Ermittlungen (Nr. 1), der Gewährleistung der Vorführung vor den Staatsanwalt (Nr. 2), der Verhinderung von Beweismanipulationen (Nr. 3), einer Druckausübung auf Zeugen und Opfer (Nr. 4) oder einer Abstimmung mit potenziellen Komplizen (Nr. 5) sowie schließlich zur Beendigung der Tat (Nr. 6) angeordnet werden (*principe de légalité*). Das französische Schrifttum, das diesen gesetzlichen Haftzielen – ebenso wie schon zuvor die parlamentarische Diskussion – insgesamt auffällig wenig Interesse entgegenbringt, entnimmt der Neuregelung vereinzelt eine Doppelfunktionalität, indem der traditionellen Beweisfunktion der *garde à vue*, also den Zwecken der (positiven) Beweiserhebung (Nr. 1) und der (negativen) Beweissicherung (Nr. 3–5; vgl. Art. 144 Nr. 1–3 CPP) eine dem herkömmlichen funktionalen Gepräge der Maßnahme eher fremde „sicherheitsbezogene“ Zielrichtung an die Seite gestellt wurde. Diese werde durch das Motiv der Sicherstellung des Fortgangs des Verfahrens (Nr. 2) und das präventiv-polizeiliche Anliegen der Tatbeendigung (Nr. 6) verkörpert. Wirklich „neu“ – im Sinne von zuvor nicht ausdrücklich von der Rechtsprechung abgesegnet – ist einzig die Tatbeendigungsfunktionalität (Nr. 6); bemerkenswert ist umgekehrt, dass nicht einmal der unbestrittene Hauptzweck der Maßnahme (Vernehmung) explizit in das Gesetz Eingang gefunden hat.

Nennenswerte funktionale Übereinstimmungen zwischen den polizeilichen Freiheitsentziehungen beider Länder werden trotz vereinzelter, im Gesetzestext selbst zutage tretender – echter oder vermeintlicher – Konvergenzen im Grunde erst dann offenbar, wenn man den Blick auf den institutionellen und strafprozessualen Kontext der Maßnahmen erweitert. Hierzu sind – über den Gesetzeswortlaut hinaus – die zur Konkretisierung des alten *nécessités de l'enquête*-Kriteriums ergangene Rechtsprechung sowie die latent hinter dem Festnahmegrund der Haftbefehlssicherung (§ 127 Abs. 2 StPO) stehenden Haftmotive in die Betrachtung einzubeziehen.

Dass der Gesetzestext selbst für die Identifikation funktionaler Gemeinsamkeiten relativ unergiebig ist, hat bereits die obige Gegenüberstellung (Anwesenheits-, Identifizierungs-, Haftbefehls- und beschleunigte Hauptverhandlungssicherung im deutschen Recht *versus* positive und negative Beweis-, Vorführungs- sowie Straf- tatbeendigungssicherung im französischen Recht) deutlich gemacht. Obschon etwa

der Aspekt der Präsenzgewährleistung – welcher letztlich jedweder Freiheitsentziehung als deren unvermeidbare (Haupt- oder Neben-)Folge immanent ist – nicht nur § 127 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 StPO zugrunde liegt, sondern auch in Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 1 CPP anklingt, geht es in beiden Fällen um grundunterschiedliche Situationen und Zwecke. Während die Sicherstellung der Anwesenheit des Beschuldigten bei der vorläufigen Festnahme in negativer Hinsicht allein der Fluchtverhinderung dient und dementsprechend einen konkreten Fluchtverdacht voraussetzt, ist sie bei der *garde à vue* – völlig unabhängig von einer Fluchtgefahr – positiv auf die Ermöglichung der Durchführung von Ermittlungsmaßnahmen gerichtet, welche die Anwesenheit oder Mitwirkung des Betroffenen voraussetzen (insb. Vernehmungen) – ein Motiv, das für sich genommen niemals die Anordnung der vorläufigen Festnahme rechtfertigen kann.

Unter Einbeziehung des weiteren normativen Umfelds der Maßnahmen und der zur alten Rechtslage der *garde à vue* ergangenen Rechtsprechung ergibt sich zwar, dass im Hinblick auf das Motiv der Identitätsfeststellung (§ 127 Abs. 1 StPO) nicht nur die „Kurz-Polizeihaft“ nach Art. 78-3 CPP einschlägig ist, sondern dass auch im Rahmen der *garde à vue* selbst identifizierungssichernde Zwecke verfolgt werden können (vgl. Art. 62-2 Abs. 1 Nr. 1 CPP). Auch findet das im deutschen Schrifttum so umstrittene Motiv der Sicherung des beschleunigten Verfahrens (§ 127b StPO) bei der *garde à vue* insofern eine versteckte Entsprechung, als diese selbst zum alleinigen Zweck der Vorführung vor den Staatsanwalt angeordnet werden kann (Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 2 CPP), welche ihrerseits notwendige Grundlage für die Einleitung des Schnellverfahrens der *comparution immédiate* ist (Art. 393 CPP). Bei näherem Hinsehen manifestieren sich indes auch in Bezug auf die Aspekte der Identifizierungs- und der Schnellverfahrenssicherung funktionale Abweichungen, da die Bedeutung dieser vermeintlich inhaltsgleichen Haftziele selbst variiert: Zum einen lässt die Cour de cassation die Identitätsfeststellung auch gegenüber polizeibekanntem Personen und damit insgeheim zu anderen Zielen als der Identifizierung zu; zum anderen kommt der *comparution immédiate* im Vergleich zum beschleunigten Verfahren der StPO ein sowohl qualitativ als auch quantitativ ungleich größeres Gewicht zu.

Obschon sämtliche deutschen (Landes-)Polizeigesetze immerhin einen präventiv-polizeilichen Beendigungsgewahrsam kennen, scheinen die Ziele der Straftatbeendigung (Nr. 6) und vor allem der Beweissicherung vor Verdunkelung (Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 3–5 CPP) bei der strafprozessualen Polizeihaft nach §§ 127 ff. StPO keine funktionale Entsprechung zu haben. In Wirklichkeit jedoch inkorporiert der Festnahmegrund der Haftbefehlssicherung aus § 127 Abs. 2 StPO auch die in § 112 Abs. 2 Nr. 2, 3 und § 112a StPO normierten Untersuchungshaftzwecke. Ebenso wie der *garde à vue* können damit also auch der vorläufigen Festnahme die Motive der Abwehr einer Verdunkelungs- oder einer Fortsetzungsgefahr sowie – über Art. 62-2 CPP hinaus – sogar dasjenige der Abwehr einer Wiederholungsgefahr innewohnen; das Ziel der Anwesenheitssicherung (gegen Flucht) kann bei Vorlie-

gen der weiteren Voraussetzungen von § 127 Abs. 2 StPO auch im Hinblick auf eine nicht mehr raumzeitlich „frische“ Tat i.S.v. § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO verfolgt werden. – Freilich sind wegen der verfassungsrechtlich gebotenen Rückbindung dieses Festnahmegrundes an das „eigentliche“ Ziel der Haftbefehlssicherung, das in dem Erfordernis der Gefahr im Verzug zum Ausdruck kommt, ungeachtet aller funktionalen Schnittmengen die situativen Voraussetzungen wesentlich enger als bei der *garde à vue*; teilweise ist außerdem der Anwendungsbereich der inkorporierten Haftgründe selbst restriktiver gefasst (vgl. § 112a StPO).

c) Zusammenfassende (Zwischen-)Betrachtung zum Ausmaß der Zweckkonvergenz

Die auf den gesetzlichen Haftzielbestimmungen aufbauende Untersuchung der teleologischen Konvergenzen und Divergenzen der polizeilichen Freiheitsentziehungen fördert letztlich ein gemischtes Bild zutage: Obwohl die Formulierung der einschlägigen Vorschriften selbst kaum Übereinstimmungen offenbart, zeigt sich bei eingehenderer Betrachtung, dass die Motive der Anwesenheits-, Identifizierungs-, Beweis- und Schnellverfahrenssicherung beiden Maßnahmen gemeinsam sind, während das Anordnungsziel der Vernehmung und Ermittlung – als ihr ungeschriebener Hauptzweck – der *garde à vue*, dasjenige der Abwehr einer Wiederholungsgefahr dagegen der vorläufigen Festnahme vorbehalten ist. Sowohl die Gemeinsamkeiten als auch die Unterschiede bedürfen jedoch einiger Relativierungen.

Auf der einen Seite dürfen die funktionalen Übereinstimmungen nicht den Blick darauf verstellen, dass die konkrete Bedeutung der scheinbar identischen Haftziele variiert und im französischen Recht – das die Haftgründe im Gegensatz zur StPO nicht in Konditional-, sondern in Finalsätzen formuliert – ungleich extensiver ist: So braucht sich die Anwesenheitssicherung nicht gegen eine Fluchtgefahr zu richten, sondern kann auch der Ermöglichung präsenzgebundener Ermittlungshandlungen dienen; eine Identitätsfeststellungshaft kommt auch gegenüber polizeibekanntem Personen und zu anderen als Identifizierungszwecken in Betracht; das Haftziel der Beweissicherung umfasst nicht nur den Schutz vor Verdunkelung, sondern auch die Gewinnung neuer Beweise; das Schnellverfahren der *comparution immédiate* hat einen ganz anderen Stellenwert als das beschleunigte Verfahren der StPO. Hinzu kommt, dass der zeitlich-situative Anwendungsbereich der deutschen Festnahmegründe wegen des strikten Richtervorbehalts aus Art. 104 GG wesentlich enger ist: Abgesehen von der identifizierungssichernden Officialfestnahme bedarf es stets entweder einer „frischen Tat“ oder aber einer „Gefahr im Verzug“, wohingegen die *garde à vue* weder eine bestimmte Tatnähe noch eine Dringlichkeit voraussetzt. Schließlich ist zu bedenken, dass die Haftziele in Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 1, 2 CPP mehr Inhalt und Ablauf der Freiheitsentziehung (Vernehmung, Vorführung) denn ihren konkreten Grund umschreiben; sie sind funktional derart offen gehalten, dass die *garde à vue* sich auch weiterhin als polizeiliche „Allzweckwaffe“ eignen dürfte.

Auf der anderen Seite sind auch die funktionalen Divergenzen nicht überzubewerten. Obschon nämlich die *Anordnung* der vorläufigen Festnahme zum alleinigen Zweck der Vernehmung bzw. Durchführung von Ermittlungen ausscheidet, diese insoweit also in deutlichem Kontrast zur *garde à vue* keine *positive* Beweissicherung i.S.v. Beweiserhebung ermöglicht, ist damit noch nichts über die zulässigen Motive der auf die Ergreifung folgenden *Aufrechterhaltung* der polizeilichen Freiheitsentziehung gesagt (siehe unten C.2.). Dass umgekehrt nach der Vorstellung des französischen Gesetzgebers die Wiederholungsgefahr, die im deutschen Recht (§§ 127 Abs. 2, 112a StPO) schwierige Abgrenzungsfragen zum polizeirechtlichen Präventivgewahrsam aufwirft, offenbar kein zulässiger Haftgrund sein soll, darf angesichts der Reichweite und Offenheit insbesondere der Haftziele in Art. 62 Abs. 2 Nr. 1 und 2 CPP nicht zu dem vorschnellen Schluss verleiten, dass die Maßnahme im Fall einer konkreten Gefahr der Tatwiederholung tatsächlich unterbleiben würde: Notfalls behilft man sich eben unter Umständen mit einer Vernehmung des Verdächtigen...

Damit ist zugleich die Problematik der versteckten Haftgründe angesprochen, die sich wegen der vormals fehlenden und noch heute vergleichsweise vagen gesetzlichen Regelung im französischen Recht in besonderem Maße stellt, wie die Debatten um den Einsatz der *garde à vue* als Sanktionsmittel belegen. Der Aspekt der Verleitung des Verdächtigen zu einem Geständnis wird dort freilich anders als im deutschen Schrifttum nicht als apokryphes Haftziel diskutiert, da es sich hierbei letztlich, wenn nicht um ein offizielles, so doch immerhin um ein offiziöses Motiv des traditionellen „französischen Modells der *garde à vue*“ handelt. Ihr Einsatz zu präventiv-polizeilichen Zwecken wird, soweit ersichtlich, ebenfalls kaum je beanstandet.

4. Form und Verfahren

Ungeachtet ihres uneinheitlichen Bezugspunktes setzt weder der Realakt der vorläufigen Festnahme (§ 127 StPO) als Entscheidung über die *Begründung* des Gewahrsams noch die Anordnung der *garde à vue* als Entscheidung über die *Aufrechterhaltung* des zuvor anderweitig erlangten – potenziellen – Gewahrsams die Einhaltung einer bestimmten Form oder eines bestimmten Verfahrens voraus. Beide kommen insbesondere auch außerhalb der Polizeiwache in Betracht.

Nachdem der Betroffene im Moment der vorläufigen Festnahme in der Regel noch keinem polizeilichen Zugriff unterliegt, stellt sich nur im Zusammenhang mit der deutschen Polizeihaft die durch die föderalstaatliche Ordnung verkomplizierte Frage nach der Rechtsgrundlage für den über die Festnahme als solche hinausgehenden Einsatz von Zwangsmitteln. Der *garde à vue* dagegen ist diese Problematik vorgelagert, *wenn* ihr eine Ergreifung (z.B. Flagranzfestnahme; Vollstreckung eines *mandat de recherche*) vorausgeht.

5. Ermessen und Verhältnismäßigkeit

Bei Vorliegen ihrer gesetzlichen Voraussetzungen steht die Haftanordnung im Ermessen des zuständigen Hoheitsträgers. Während dieses nach deutschem Verständnis rechtlich gebunden ist und gerichtlich auf Ermessensfehler überprüft wird, handelt es sich im französischen Recht um ein freies Ermessen, das nicht nur einer Überprüfung durch die Cour de cassation, sondern im Zusammenhang mit der *garde à vue* auch einer nachträglichen tatrichterlichen Kontrolle entzogen ist. Dem Anordnungsermessen sind allerdings in beiden Rechtsordnungen Grenzen gezogen. So wird im deutschen Recht wegen des Legalitätsprinzips und der restriktiven Fassung der Festnahmegründe häufig eine Ermessensreduzierung „auf Null“ anzunehmen sein. In Frankreich dagegen besteht auch nach der Neuregelung der *audition libre* durch das Gesetz vom 27.5.2014 eine Anordnungspflicht, wenn der Verdächtige gegen seinen Willen zur Vernehmung festgehalten werden soll bzw. zwangsweise zur Polizei verbracht wurde und dort vernommen werden soll. Hintergrund scheint die Vorstellung zu sein, dass der Verdächtige nach wie vor nur im Rahmen der *garde à vue* in den Vollgenuss der gesetzlichen Garantien (insb. Akten Einsicht) gelangt. Eine entsprechende Anordnungspflicht kann sich darüber hinaus im Innenverhältnis aus dahingehenden Weisungen der Staatsanwaltschaft ergeben.

Wenngleich die Anordnung der *garde à vue* schon vor 2011 unter einem „Notwendigkeiten“-Vorbehalt gestanden hatte, handelte es sich hierbei nicht um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Ob die Tatsache, dass das Gesetz ihren Ausnahmecharakter seit 2011 ausdrücklich betont (*unique moyen*), dazu führen wird, dass künftig eine – für das deutsche Recht längst ebenso selbstverständliche wie zentrale – gerichtliche Kontrolle der Verhältnismäßigkeit des „Ob“ und „Wie“ der Maßnahme stattfinden wird oder ob sich die Gerichte auch weiterhin auf eine Überprüfung des harten, gesetzlich präzise konkretisierten Kerns des Übermaßverbots beschränken werden (z.B. Strafbarkeitsschwellenwerte), muss sich zeigen. Jüngste Entscheidungen der Cour de cassation deuten darauf hin, dass sie ihren bisherigen, insoweit ausgesprochen restriktiven Standpunkt beibehalten wird.

C. Dauer

1. Ablauf

a) Durchführung

Während das Hauptaugenmerk der Regelung über die vorläufige Festnahme der Ingewahrsamnahme gilt und das Gesetz sich jeglicher näheren Vorgaben zum Ablauf der anschließenden Festhaltungssituation enthält, widmet sich der CPP der mit der *garde à vue* verbundenen Verwahrung inzwischen ziemlich ausführlich (siehe oben

A.2.). Ungeachtet der unterschiedlichen Gesetzgebungstechniken ist der konkrete Verlauf der Freiheitsentziehung jedoch in beiden Rechtsordnungen dem polizeilichen Gestaltungsermessen überlassen, das sich auch auf den Ort der Polizeihaft bezieht. Wenngleich die Maßnahmen in aller Regel auf dem Polizeirevier vollzogen werden, liegt dieser Praxis doch keine entsprechende Verpflichtung zugrunde. Anders als in Deutschland, wo selbst eine Durchführung in einer Justizvollzugsanstalt – wie sie etwa in Hamburg üblich ist – keinen Bedenken begegnet, scheidet allerdings die Verbringung des *gardé à vue* in eine Haftanstalt (*maison d'arrêt*) aus.

Der Anordnung der *garde à vue* bzw. der Verbringung des vorläufig Festgenommenen auf das Polizeirevier folgt regelmäßig ein Polizeiverhör. Dass ein solches überhaupt zulässiger Gegenstand der Maßnahme ist, war in Frankreich zwar vor Erlass des CPP höchst umstritten, ist jedoch heute allgemein anerkannt und entspricht der gängigen Vorstellung von der *garde à vue* als einer Art „Vernehmungshaft“, die inzwischen auch im Gesetz selbst zum Ausdruck kommt. Das deutsche Schrifttum dagegen steht der – wie wohl ebenfalls ständiger polizeilicher Praxis entsprechenden und höchstrichterlich tolerierten – Vernehmung des vorläufig Festgenommenen wegen der gemäß § 128 Abs. 1 StPO eigentlich umgehend gebotenen Einschaltung des Richters bis heute kritisch gegenüber. Während hier die polizeiliche Vernehmung angesichts der Verpflichtung zur „unverzüglichen“ Vorführung im Regelfall immerhin relativ zeitnah in die Wege geleitet werden muss, ist es in Frankreich mangels entsprechender zeitlicher Zwänge üblich, den Betroffenen zunächst aus ermittlungstaktischen Gründen für einige Stunden in einer Polizeizelle festzuhalten, um ihn von der Außenwelt zu trennen und die neue Umgebung auf ihn „wirken“ zu lassen.

Obschon auch die deutschen Vernehmungsbeamten der Erlangung selbstbelastender Aussagen im Rahmen der polizeilichen Freiheitsentziehung keineswegs abgeneigt scheinen, ist die mit der *garde à vue* traditionell assoziierte „Jagd auf ein Geständnis“ den in Deutschland geführten Diskussionen jedenfalls in diesem Ausmaß fremd – was auch mit den unterschiedlichen Rechtsfolgen der Inanspruchnahme des Schweigerechts (siehe oben I.C.2.a.) zusammenhängen dürfte. Die Grenzen der zulässigen Vernehmungsmethoden ergeben sich im deutschen Recht aus dem Gesetz (§ 136a StPO), in Frankreich aus der EMRK und den von der Rechtsprechung entwickelten, ungeschriebenen Grundsätzen (vgl. nun aber auch die Würdeschutzbestimmungen in Art. préI. III Abs. 4 Satz 2, 63-5 Abs. 1 CPP). Eine Vernehmung zu anderen als den der Polizeihaft zugrunde liegenden Taten ist in Deutschland schon wegen des Unverzüglichkeitsgebots aus § 128 Abs. 1 StPO ausgeschlossen; im französischen Recht dagegen kommt eine solche herkömmlich – insbesondere in „Vernehmungspausen“ – in Betracht. Seit 2014 ist gesetzlich klargestellt, dass es hierfür nicht der Anordnung einer zusätzlichen *garde à vue (supplétive)* bedarf, sondern dass es ausreicht, dem Betroffenen erneut bestimmte mit ihr verbundene Garantien zu eröffnen (Art. 65 CPP n.F.).

Nachdem sowohl die *garde à vue* als auch die §§ 127 ff. StPO keinen über die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung hinausgehenden Zwangsmittel Einsatz gestatten,³³ bedürfen andere Eingriffshandlungen einer gesonderten Ermächtigung. Im deutschen Recht regeln die §§ 102 ff. StPO in finaler Hinsicht sowohl die Ergreifungs- als auch die Ermittlungsdurchsuchung. Dabei ist gegenständlich neben der Personen- auch die Wohnungsdurchsuchung erfasst. Die Zulässigkeit körperlicher Untersuchungen und erkennungsdienstlicher Maßnahmen richtet sich nach §§ 81a ff. StPO, für präventiv-polizeiliche Hilfsmaßnahmen zieht die h.M. die Landespolizeigesetze heran; Einzelheiten finden sich zum Teil in Verwaltungsrichtlinien (z.B. § 6 PolGewO NRW). In Frankreich sehen die 2011 – vor dem Hintergrund der Vorwürfe einer schikanösen Polizeipraxis – eingeführten Art. 63-5 ff. CPP nunmehr präzise und differenzierte Vorgaben für Durch- und Untersuchungen des *gardé à vue* zum Zwecke der Ermittlung oder als Sicherheitsmaßnahme vor.

Während es im französischen Recht eine Selbstverständlichkeit darstellt, die Polizeihaft zur erleichterten Durchführung sonstiger Ermittlungshandlungen nutzbar zu machen, indem der *gardé à vue* etwa zu Wohnungsdurchsuchungen (Art. 56 CPP) mit vor Ort genommen wird, wenn seine Präsenz einen Nutzen verspricht (vgl. den entsprechenden Haftgrund in Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 1 CPP), rechtfertigen entsprechende Erwägungen zwar für sich genommen nicht die Anordnung der vorläufigen Festnahme, möglicherweise aber ihre Aufrechterhaltung – soweit das Unverzüglichkeitskriterium aus § 128 Abs. 1 StPO nicht entgegensteht (siehe sogleich unten 2.).

b) Kontrolle und Beendigung

Die *unmittelbare* Kontrolle der Polizeihaft obliegt nach Vorstellung beider Gesetzgeber dem das (polizeiliche) Ermittlungsverfahren leitenden Staatsanwalt; findet die *garde à vue* allerdings im Rahmen einer gerichtlichen Voruntersuchung statt, so ist nach allgemeinen Grundsätzen der Untersuchungsrichter zuständig. Die konkrete Einbindung der Staatsanwaltschaft in den Ablauf der Maßnahme gestaltet sich jedoch im französischen Recht, sowohl in der Theorie als auch in der Praxis, ungleich stärker – im Sinne von regelmäßiger, enger und intensiver – als in der StPO.

In Ermangelung festnahmespezifischer Sonderregelungen gelten im deutschen Strafverfahren für das Verhältnis zwischen Polizei und Staatsanwaltschaft die herkömmlichen Regeln und Tendenzen („Verpolizeilichung“). Im Vorfeld der vorläufigen Festnahme ist für eine Beteiligung des Staatsanwalts, wie gesehen, nur wenig

³³ Der Einsatz von Handschellen und Fesseln ist in Art. 803 CPP ausdrücklich geregelt, wohingegen er nach dt. Recht noch von der Festnahmebefugnis selbst gedeckt sein soll. Dass die §§ 127 ff. StPO – anders als die *garde à vue* – zugleich eine Befugnis zum Ergreifen, also zur Ingewahrsamnahme des Betroffenen verleihen, wurde bereits dargelegt.

Raum. Anschließend ist zu differenzieren: Handelt es sich um schwerwiegende oder komplexe Verfahren, so wird er im Normalfall umgehend per Telefon, Fax und/oder E-Mail über die Festnahme informiert. Anderenfalls dürfte er regelmäßig nur und erst dann involviert werden, wenn sich abzeichnet, dass entweder eine Vorführung vor den Richter zwecks Anordnung der Untersuchungshaft oder – ausnahmsweise – eine unmittelbare Durchführung der Hauptverhandlung im beschleunigten Verfahren in Betracht kommt. (Erst) Ab diesem Zeitpunkt entfällt denn auch die Befugnis der Polizei, den Betroffenen kraft eigenen Ermessens auf freien Fuß zu setzen. In allen übrigen Fällen erlangt der Staatsanwalt häufig erst lange nach der Freilassung von der Maßnahme Kenntnis.

Im französischen Recht dagegen entspricht es einem verfassungsrechtlichen Imperativ, dass die Staatsanwaltschaft so schnell wie möglich von jeder *garde à vue*-Anordnung detailliert in Kenntnis gesetzt wird, um ihr von Beginn an die anfängliche und fortlaufende Kontrolle der Freiheitsentziehung zu ermöglichen. Abgesehen davon, dass ihr darüber hinaus schon im Vorfeld der Maßnahme umfangreiche Initiativbefugnisse zustehen, ist nur sie anschließend befugt, die vorzeitige Aufhebung der Haft und Freilassung des Betroffenen zu veranlassen. Ungeachtet der faktischen Grenzen, die der Effektivität einer „Kontrolle auf Distanz und unter Verbündeten“ naturgemäß gezogen sind, ist hiernach immerhin eine telekommunikative „Echtzeit“-Beteiligung staatsanwaltschaftlicher Bereitschaftsdienste gewährleistet.

Der divergierende Implikationsgrad der Staatsanwaltschaft ist im Lichte der unterschiedlichen verfassungsrechtlichen *habeas corpus*-Modelle zu sehen: Während Art. 104 GG die persönliche Vorführung vor einen Richter gebietet, reicht für Art. 66 C zunächst eine Fernbeteiligung der Staatsanwaltschaft. In zeitlicher Hinsicht begnügt sich das deutsche Recht mit einer unverzüglichen Veranlassung der entsprechenden Schritte, wohingegen diese in Frankreich umgehend zu erfolgen hat.

c) Fortgang nach Ende der Polizeihaft

Sieht man von der Möglichkeit einer Verlängerung (*garde à vue*) bzw. Bestätigung des Fortbestands der Maßnahme (§ 163c StPO) ab, so endet die Polizeihaft entweder mit einer Freilassung des Betroffenen oder mit seiner Verbringung in das Gerichtsgebäude. Während die Vorführung in Frankreich – in der Regel nach einem Kurzaufenthalt im Gerichtskerker (Art. 803-2 ff. CPP) – zum Staatsanwalt hin erfolgt, damit dieser über den weiteren Fortgang des Verfahrens entscheidet, führt der Weg in Deutschland – ggf. nach einem Zwischenhalt in der Haftanstalt – zum zuständigen Ermittlungsrichter, der über die Anordnung der Untersuchungshaft befindet.

2. Zulässige Grund- bzw. Höchstdauer

Das deutsche (Grund-)Gesetz formuliert für die Dauer der Polizeihaft grundsätzlich eine variable Höchstfrist, die mit dem Ablauf des auf die Ergreifung folgenden Tages endet und somit je nach Festnahmezeitpunkt zwischen gut 24 und knapp 48 Stunden beträgt. Die Grunddauer der *garde à vue* beläuft sich dagegen in Friedenszeiten stets einheitlich auf 24 Stunden. Die (naheliegende) Versuchung der Polizeibeamten, den Moment des Zugriffs möglichst auf den Beginn eines Tages zu legen, ist damit dem deutschen Recht eigen. Besonderheiten gelten in beiden Ländern für die Identitätsfeststellungshaft, deren Dauer in Frankreich auf vier Stunden begrenzt ist, während sie in Deutschland maximal zwölf Stunden betragen kann.

Einer der bedeutsamsten, weil folgeschwersten Konstruktionsunterschiede liegt darin, dass es sich bei den deutschen Fristbestimmungen um *Höchstfristen* handelt, die den Polizeibeamten keineswegs stets, sondern allenfalls ausnahmsweise in vollem Umfang zur Verfügung stehen, wohingegen sich die 24-Stunden-Frist für die *garde à vue* in ihrer Auslegung durch die höchstrichterliche Rechtsprechung – im Gegensatz zur Vier-Stunden-Frist nach Art. 78-3 Abs. 3 CPP – als eine *Grundfrist* darstellt. Diese darf bei Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen zu Beginn der Maßnahme ohne Weiteres ausgeschöpft werden, ohne dass eine nachträgliche (tatsachen- oder revisions-)gerichtliche Kontrollmöglichkeit eröffnet wäre.

Die konkret zulässige Maximaldauer der Polizeihaft ist im deutschen Strafprozess nicht nur durch das zweckbezogene Erfordernis der Verhältnismäßigkeit weiter eingeschränkt, sondern vor allem auch durch das – im französischen Recht unbekannt – Gebot, die festgehaltene Person *unverzüglich* dem Richter zur Entscheidung über den Haftbefehl vorzuführen und die polizeiliche Verwahrung damit so schnell wie möglich zu beenden (§ 128 StPO; Art. 104 GG). Nur bei der Identitätsfeststellungshaft besteht die Besonderheit, dass diese im Anschluss an die Vorführung innerhalb der zwölfstündigen Höchstdauer fortgesetzt werden kann (§ 163c StPO). Das Unverzüglichkeitskriterium, das es der darlegungs- und beweislastpflichtigen Polizei aufgibt, den Betroffenen ohne jede *sachlich nicht gerechtfertigte* Verzögerung in den Machtbereich des Richters zu verbringen, ist auf eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle geradezu angelegt und führt dazu, dass jede grundlose oder zweckwidrige Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung als Verletzung des Richtervorbehalts sanktioniert werden kann. Zugleich jedoch stellt die im Umkehrschluss anzunehmende Berechtigung der Polizei, die Maßnahme bei Vorliegen eines *sachlichen Grundes* fortzusetzen, ein Einfallstor für die Berücksichtigung von Zwecken dar, welche bei der Anordnung der Maßnahme noch keine Rolle spielen durften. Die Rechtsprechung toleriert es nämlich nicht nur, dass der Betroffene zunächst auf das Polizeirevier verbracht und befragt wird, sondern sie gestattet es der Polizei darüber hinaus, die Höchstfrist bei Bedarf zur Durchführung weiterer Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere zur Vernehmung auszuschöpfen. Hiervon macht die Polizei in der Praxis offenbar in weitem Umfang Gebrauch.

Ebenso wie die *garde à vue* kann im Ergebnis also auch die vorläufige Festnahme zum Zwecke der Durchführung präsenz- oder mitwirkungsgebundener Ermittlungshandlungen, insbesondere zu Vernehmungszwecken (vgl. Art. 62-2 Abs. 2 Nr. 1 CPP) ein- bzw. *fortgesetzt* werden – sie kommt also nicht nur zur negativen Beweissicherung, sondern auch zur positiven Beweiserhebung in Betracht.³⁴ Dies gilt allerdings nur, wenn ihre Anordnung durch einen gesetzlichen Festnahmegrund im engeren Sinne – nicht §§ 163b, c StPO – gedeckt war, der ihm korrespondierende Zweck fortbesteht und die Beantragung eines Haftbefehls ernsthaft erwogen wird; außerdem ist die mit dem Aufschieben der Vorführung vor den Richter verbundene Aufrechterhaltung der polizeilichen Freiheitsentziehung – anders als bei der *garde à vue* – selbstverständlich nur so lange mit dem Unverzüglichkeitskriterium vereinbar, wie die Festnahmephase tatsächlich zu Ermittlungszwecken im obigen Sinne genutzt wird.

3. Verlängerung

Während es sich bei den Vorgaben der StPO für die zulässige Dauer der vorläufigen Festnahme ausnahmslos um *absolute* Höchstfristen handelt, die Maßnahme also unter keinen Umständen eine Dauer von 48 Stunden erreichen darf, ist die französische 24-Stunden-Frist eine *verlängerungsfähige* Grundfrist, die ohne Weiteres auf 48, ausnahmsweise auf bis zu 96 und in Extremfällen gar auf bis zu 144 Stunden, also sechs volle Tage, ausgedehnt werden kann. Dass die vorläufige Festnahme keiner Verlängerung zugänglich ist, sondern die Freiheitsentziehung einzig im Wege eines richterlichen Haftbefehls und damit in Form der Untersuchungshaft (bzw. der einstweiligen Unterbringung) fortgesetzt werden kann, ergibt sich schon aus dem Wortlaut von Art. 104 Abs. 3 Satz 2 GG.³⁵ Von der ihm in Art. 115c GG eröffneten Möglichkeit, für den *Verteidigungsfall* eine – an restriktive Voraussetzungen zu knüpfende – Verlängerung der Höchstfrist auf bis zu vier Tage zu schaffen, hat der Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht hat.

Der vergleichsweise übersichtlichen Regelung des deutschen Rechts steht im französischen Strafverfahren ein hochkomplexes, dreistufig ausdifferenziertes Verlängerungssystem für die *garde à vue* gegenüber. Indem der CPP – unter Berücksichtigung der Vorgaben des C. const. für die haftrechtliche Kompetenzverteilung zwischen Richter und Staatsanwalt – besondere Verlängerungsmöglichkeiten für organisierte Kriminalität bereitstellt, exemplifiziert er ungewollt zugleich seine mit der Existenz des *régime dérogatoire* einhergehende Anfälligkeit für Inkohärenzen.

³⁴ Diese – auf den ersten Blick überraschende – funktionale Konvergenz betont zu Recht Goy, Vorläufige Festnahme, S. 30 f.

³⁵ Etwas anderes gilt nur, wenn die vorläufige Festnahme nachträglich in das Regime des polizeirechtlichen Präventivgewahrsams „umschlägt“. Dessen Aufrechterhaltung kann der unverzüglich einzuschaltende Richter beschließen, vgl. Art. 104 Abs. 2 GG.

Während die bei allen Delikten mit einer Mindesthöchststrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe eröffnete Regelverlängerungsmöglichkeit um weitere 24 Stunden im Normalfall dem Staatsanwalt zusteht, sind die im Rahmen des Sonderregimes für organisierte Kriminalität zusätzlich vorgesehenen Ausnahmeverlängerungen über 48 Stunden hinaus (2 x 24 Stunden + 2 x 24 Stunden bei Terrorismus = insgesamt 144 Stunden) im Einklang mit dem verfassungsgerichtlichen Verständnis der *habeas corpus*-Regelung in Art. 66 C dem (Grundrechte- und Haft-)Richter vorbehalten. Systematische und/oder redaktionelle Unstimmigkeiten finden sich nicht nur bei der Ausgestaltung der Verlängerungsgründe, sondern auch bei der des Verlängerungsverfahrens: Bedarf es für die Regelverlängerung auf 48 Stunden noch, wie bei der Anordnung, eines Haftziels i.S.v. Art. 62-2 CPP, so hält Art. 706-88 CPP mit dem Kriterium der *nécessités de l'enquête* im Hinblick auf die bandenkriminalitätsbezogene Ausnahmeverlängerung offenbar an dem (bis 2011 das gesamte Recht der *garde à vue* prägenden) Prinzip des freien Ermessens fest. Art. 706-88-1 CPP führt dagegen zwei den gesetzlichen Haftanordnungsgründen eigentlich fremde Verlängerungsmotive für Terrorismusstraftaten ein (Gefahr terroristischer Handlung; internationale Zusammenarbeit), deren Verhältnis zu den herkömmlichen Haftzielen unklar ist.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht schreibt das Gesetz sowohl für die Regelverlängerung als auch für die Sonderverlängerung bei organisierter Kriminalität eine vorherige *présentation* des Betroffenen vor dem für die jeweilige Entscheidung zuständigen *magistrat* vor; eigenartigerweise fehlt eine entsprechende Maßgabe dagegen bei der terrorismusspezifischen Ausnahmeregelung. Zwingenden Charakter hat die Vorführung nur bei der ersten Sonderverlängerung, mit der die Haftdauer über 48 Stunden hinaus erstreckt wird; alle anderen Bestimmungen lassen Ausnahmen zu, deren Inanspruchnahme in der Praxis die Regel bildet. Dies ist umso bemerkenswerter, als – im Gegensatz zum deutschen Recht, wo stets eine *persönliche* Vorführung stattzufinden hat – die Anhörung seit 2002 auf Anordnung des *magistrat* ohne nähere Begründung und ohne Widerspruchsmöglichkeit des Betroffenen sogar im Wege einer audiovisuellen Übertragung realisiert werden kann. Anders als im deutschen Verfahren (§ 136 StPO; §§ 128, 115 StPO) sind für diese Anhörungen weder Belehrungen noch eine Verteidigerkonsultation vorgesehen. Immerhin gilt das 2014 eingeführte Recht des *gardé à vue*, vor Erlass der Verlängerungsentscheidung Einwendungen gegen die Fortdauer der Haft zur Kenntnis des zuständigen *magistrat* zu bringen, für sämtliche Regel- und Ausnahmeverlängerungen.

4. Fristberechnung

Um unbillige Ergebnisse zu vermeiden, werden bei der Berechnung der Dauer der Polizeihaft unter bestimmten Voraussetzungen auch vorgelagerte Haftzeiten berücksichtigt. Im Gegensatz zum französischen Recht, wo eine „echte“ Anrech-

nung im Sinne des Abzugs auch länger zurückliegender *garde à vue*-Zeiten stattfindet, weil die jeweils einschlägige zeitliche Obergrenze den Ermittlern im Hinblick auf denselben Sachverhalt nur ein einziges Mal zur Verfügung stehen soll, bleiben in Deutschland Haftaufenthalte, die der vorläufigen Festnahme nicht unmittelbar vorausgegangen sind, außer Betracht. Nennenswerte Unterschiede sind damit aus deutscher Sicht in der Praxis nicht verbunden, da die Festnahmegründe und -voraussetzungen der §§ 127 ff. StPO – anders als die Anordnungsbedingungen der *garde à vue* – in zeitlich-situativer Hinsicht letztlich derart eng gefasst sind, dass in Bezug auf dieselbe Tat kaum je mehrere zeitlich voneinander getrennte vorläufige Festnahmen desselben Verdächtigen erfolgen werden. Gewisse Parallelen sind dadurch vorgezeichnet, dass in beiden Rechtsordnungen nach einer bestimmten Haftdauer, die übereinstimmend maximal 48 Stunden beträgt (Frankreich) bzw. betragen kann (Deutschland), laut Verfassung ein Richter mit der Sache befasst werden muss. Im Hinblick auf die der *garde à vue* bzw. der vorläufigen Festnahme *unmittelbar* vorangegangenen polizeilichen Freiheitsentziehungen – gleich auf welcher Rechtsgrundlage – findet somit eine Vorverlagerung des Fristbeginns statt. Obwohl Anordnung und Beginn der *garde à vue* einer etwaigen Ergreifung – anders als bei den §§ 127 ff. StPO – zwangsläufig nachfolgen, läuft die Frist wegen dieser Vorverlagerung in beiden Ländern übereinstimmend bereits mit der Festnahme als dem eigentlichen Beginn der polizeilichen Freiheitsentziehung. Besonderheiten bestehen in Frankreich insofern, als auch unmittelbar vorgelagerte Zeiten einer Vernehmung *ohne Haft* in die Fristberechnung miteinkalkuliert werden.

Signifikante Unterschiede ergeben sich aus den unterschiedlichen Bezugspunkten beim Fristende: Zwar gilt die nach deutschem Recht erforderliche „Vorführung“ bereits in dem Zeitpunkt als bewirkt, in dem der Betroffene in den Machtbereich des Richters gelangt, d.h. in die seinem Zuständigkeitsbereich zugeordnete Haftanstalt eingeliefert wird; dabei reichen die §§ 127, 128, 115 StPO als Rechtsgrundlage für diesen Zwischenhalt aus. Dies ändert jedoch nichts daran, dass der Festgenommene noch *vor Fristende*, also vor Ablauf des auf die Festnahme folgenden Tages, persönlich vor dem Richter erscheinen muss. Die überwiegende Ansicht begnügt sich im Übrigen nicht damit, dass noch *innerhalb der Frist* mit der richterlichen Vernehmung begonnen wird, sondern verlangt darüber hinaus, dass der Haftbefehl selbst vor Fristablauf ergeht, anderenfalls der Beschuldigte freizulassen ist. Zur Wahrung der *garde à vue*-Fristen ist es dagegen nicht erforderlich, dass der Betroffene fristgemäß vor dem für das Verfahren zuständigen *magistrat* erscheint, sondern es reicht aus, wenn er das Polizeirevier rechtzeitig verlässt. Findet anschließend eine Verbringung in das Gerichtsgebäude statt, so stellt das Gesetz der Justiz eine zusätzliche, maximal 20-stündige Frist zur Verfügung, während derer der Betroffene bis zum persönlichen Erscheinen vor dem *magistrat* – unter teils verheerenden Haftbedingungen – im Gerichtskerker (*dépôt*) festgehalten werden kann.

Eine Anrechnung der Polizeihaft auf die Strafe findet nur in Deutschland statt.

5. Verhältnismäßigkeit

Für die im deutschen Recht fehlende *Verlängerungsentscheidung* gilt bei der *garde à vue* im Wesentlichen das zu ihrer Anordnung Ausgeführte entsprechend. Obschon das Gesetz das Verhältnismäßigkeitsprinzip zumindest bei der staatsanwaltschaftlichen Regelverlängerung seit 2011 stärker betont, indem eine solche nur mehr bei Straftaten mit einer bestimmten, abstrakten Mindestschwere und als „letztes Mittel“ zur Erreichung eines der gesetzlichen Haftziele in Betracht kommt, wird die Effektivität des Grundsatzes auch hier maßgeblich davon abhängen, inwieweit die Cour de cassation den Gerichten künftig eine nachträgliche Kontrolle gestattet. Eine dahingehende Entwicklung zeichnet sich indes gegenwärtig nicht ab.

Im Hinblick auf den *Fortbestand* der Polizeihaft innerhalb des jeweiligen Fristenabschnitts bzw. der zeitlichen Obergrenze formuliert das Gesetz in beiden Ländern nur für die Identitätsfeststellungshaft einen ausdrücklichen Verhältnismäßigkeitsvorbehalt in zeitlicher Hinsicht, indem es klarstellt, dass die Maßnahme nur solange aufrechterhalten werden darf, wie es für die Erreichung ihres Zweckes unerlässlich ist (Art. 78-3 Abs. 3 CPP; § 163c Abs. 1 Satz 1 StPO). Während es dem Charakter der deutschen *Höchstfristen* geradezu immanent ist, dass auch im Übrigen eine strikte gerichtliche Erforderlichkeitskontrolle der Dauer der Maßnahme stattfindet, verweigert es die Cour de cassation den Tatsachengerichten, sowohl die Notwendigkeit der *garde à vue* als auch den Fortbestand eines zulässigen strafprozessualen Zwecks innerhalb der *Grundfrist* bzw. des jeweiligen Fristenintervalls infrage zu stellen. Auch hier deutet bislang nichts darauf hin, dass sich aus der Einführung des *principe de légalité* Änderungen ergeben werden.

D. Garantien

Vor dem Hintergrund eines wachsenden europarechtlichen Harmonisierungsdrucks – der ursprünglich vor allem von Seiten des EGMR, seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags jedoch zunehmend auch von der EU-Ebene ausgeht – zeichnet sich heute in *beiden* Rechtsordnungen ein bemerkenswerter inhaltlicher und struktureller Wandel in der Rechtsstellung des Polizeihäftlings ab. Obwohl dieser schleichende Strukturwandel wegen der tiefgreifenden Divergenzen in der strafverfahrensrechtlichen Ausgangslage sehr unterschiedliche Züge annimmt, ist beiden Ländern eine klare Aufwertung der entsprechenden Verfahrensrechte gemeinsam.

Während im deutschen Recht mit seiner Fokussierung auf die richterliche Haftanordnung die haftspezifischen Garantien traditionell erst mit der – für jede Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung über (maximal) 48 Stunden hinaus unverzüglich erforderlichen – Untersuchungshaft zur Anwendung kamen und der von einer *vorläufigen* Festnahme Betroffene somit auf die allgemein aus seiner Beschuldigteneigenschaft fließenden Rechte beschränkt war, ist mit der seit 2010 zu

beobachtenden Einführung und Ausdehnung festnahmeakzessorischer Gewährleistungen (§ 147 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 127 Abs. 4 i.V.m. §§ 114a ff. StPO) eine Verdoppelung der Rechtsstellung des „inhaftierten Beschuldigten“ – und zugleich die gesetzliche Anerkennung der Existenz einer auf die vorläufige Festnahme folgenden, also der Untersuchungshaft zeitlich vorgelagerten Festhaltephase (siehe insb. das Benachrichtigungsrecht aus § 127 Abs. 4 i.V.m. § 114c StPO) – verbunden.

Umgekehrt fand im französischen Recht mit seiner traditionellen Fokussierung auf die gerichtliche Voruntersuchung und den förmlich Beschuldigten – der allein und nur dort mit umfassenden Verteidigungsrechten ausgestattet ist und gegen den umgekehrt allein und nur dort die *détention provisoire* i.e.S. in Betracht kommt – ein bemerkenswerter Wandel in der Physiognomie der *garde à vue* und des polizeilichen Ermittlungsverfahrens statt. War diese – anfangs lediglich mit rudimentären haftspezifischen Garantien (insb. Recht auf ärztliche Untersuchung und Dokumentationspflichten) versehene – Maßnahme ursprünglich gerade zu dem Zwecke geschaffen worden, die weitreichenden Beschuldigtengarantien in der *instruction* durch die (Vor-)Verlagerung des Schwerpunkts der Ermittlungen in eine „garantiefreie“ *enquête* zu umgehen, so hat die ab Mitte der 1990er Jahre einsetzende Aufwertung der haft- und verteidigungsspezifischen Rechte des polizeilich inhaftierten Verdächtigen dazu geführt, dass dieser bis vor Kurzem *nur, aber immerhin* in seiner Eigenschaft als *gardé à vue* in den Genuss verfahrensrechtlicher Grundgewährleistungen kam. Solange diese dem deutschen Recht unbekannt Koppelung bestand, befand sich die Forderung nach einem Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen im Hinblick auf die Polizeihaft zwangsläufig in einem schwer auflösbaren Spannungsverhältnis zu dem Postulat eines fairen Verfahrens – jedenfalls dann, wenn man die *fair trial*-Rechte im polizeilichen Ermittlungsverfahren auch dem *nicht*-inhaftierten Verdächtigen zugestehen wollte. Dass hieran kein Weg vorbeiführt, musste der französische Gesetzgeber schließlich mit der Umsetzung der EU-Richtlinie auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch das Gesetz vom 27.5.2014 einsehen, mit dem wesentliche Verteidigungsrechte endlich auch auf die (haft-)freie Vernehmung ausgedehnt wurden.

1. Recht auf Information

Die im Verlauf der Polizeihaft *von Amts wegen* zu erteilenden Auskünfte haben in beiden Rechtsordnungen dreierlei Gesichtspunkte zum Gegenstand: den die Maßnahme veranlassenden Tatvorwurf, die Freiheitsentziehung als solche und schließlich die dem Betroffenen in diesem Zusammenhang zustehenden Verfahrensgarantien. Strukturelle Unterschiede ergeben sich wie gesehen daraus, dass der „festgenommene Beschuldigte“ im deutschen Recht in zweierlei Eigenschaft in den Genuss entsprechender Unterrichtungen kommt und infolgedessen zwischen den in der Regel schriftlichen Festnahmebelehrungen und den im Normalfall mündlichen Beschuldigtenbelehrungen zu unterscheiden ist, wohingegen die stets kumulativ

schriftlich und mündlich zu erteilenden Unterrichtungen in Frankreich ausschließlich an die Anordnung und ggf. die Verlängerung der *garde à vue*, also an die Freiheitsentziehung gekoppelt sind. Infolge dieser strukturellen Divergenzen variieren sowohl der *Zeitpunkt*, als auch die *Häufigkeit* der im Zusammenhang mit der polizeilichen Freiheitsentziehung zu erteilenden Auskünfte.

Die Belehrungen über die ihm zur Last gelegte Tat, sein Schweigerecht, sein Beweisantragsrecht und sein Verteidigerkonsultationsrecht werden dem festgenommenen Beschuldigten in Deutschland nicht nur „bei der Verhaftung“ bzw. „unverzüglich“ nach seiner Ergreifung – also im Regelfall noch vor der Ankunft auf dem Polizeirevier – erteilt, sondern außerdem auch bei der anschließenden polizeilichen sowie einer etwaigen staatsanwaltschaftlichen und/oder richterlichen Erst-Vernehmung. Die Belehrungen über den Tatvorwurf und das Schweigerecht sind bei der Vernehmung vor dem Haftrichter (§ 128 StPO) im Übrigen selbst dann zu wiederholen, wenn es sich hierbei nicht um die *erste* richterliche Vernehmung i.S.v. § 136 StPO handelt (§ 115 Abs. 3 StPO). Im Regelfall wird der Beschuldigte, gegen den die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung im Wege der Untersuchungshaft intendiert ist, binnen der ersten 48 Stunden ab Ergreifung also mindestens dreimal entsprechend belehrt. Die festnahmebezogenen Auskünfte über Grund und Dauer bzw. Ablauf der Maßnahme sowie, seit 2013, über die einschlägigen Rechtsbehelfe werden dagegen, ebenso wie die gleichfalls 2013 neu hinzugekommene Unterrichtung über das Akteneinsichtsrecht, nur zu Beginn der Polizeihaft erteilt; umgekehrt gehen die vernehmungsakzessorischen Beschuldigtenbelehrungen (nur) insofern über die §§ 114a f. StPO hinaus, als in geeigneten Fällen auf die Möglichkeit einer schriftlichen Äußerung und eines Täter-Opfer-Ausgleichs hingewiesen werden soll.

Sieht man von dem Sonderfall ab, dass eine *audition libre* – bei der dem Verdächtigen im Hinblick auf den Tatvorwurf und die vernehmungsbezogenen Garantien seit 2014 dieselben Unterrichtungen zugutekommen wie dem Polizeihäftling – unmittelbar in die Anordnung einer Polizeihaft mündet, so erfolgen die Belehrungen des polizeilich festgehaltenen Verdächtigen einerseits vergleichsweise *spät*, da sie erst nach der „förmlichen“ Anordnung der Maßnahme durch den höheren Polizeibeamten stattfinden, die ihrerseits einer ggf. zwangsweisen Ergreifung des Betroffenen nachgelagert ist und in aller Regel nicht vor der Ankunft auf dem Polizeirevier ergeht. Andererseits wirken die Unterrichtungen im Hinblick auf die vernehmungsakzessorischen Beschuldigtenbelehrungen des deutschen Rechts insofern *verfrüht*, als sie anlässlich des Polizeiverhörs, das oftmals erst einige Stunden später beginnt, nicht noch einmal aktualisiert werden müssen. Immerhin stellt das Gesetz klar, dass der Polizeihäftling die *déclaration des droits*, die ihm seit 2014 auszuhändigen ist, für die gesamte Dauer der Haft behalten darf. Gegenstand der vom CPP vorgeschriebenen Hinweise sind der Tatvorwurf, die Anordnung, Dauer und Verlängerungsmöglichkeiten der *garde à vue* sowie die Rechte auf Benachrichtigung Dritter, ärztliche Untersuchung, anwaltlichen Beistand und Aussagefrei-

heit. Neu hinzugekommen sind 2014 eine Belehrung über die Haftgründe, über das Recht auf Einsichtnahme in die Polizeiakten, das Recht, vor der Entscheidung über eine etwaige Verlängerung der Polizeihaft Einwendungen zur Kenntnis des zuständigen *magistrat* zu bringen sowie ggf. das Recht, einen Übersetzer hinzuziehen und als Ausländer die konsularische Vertretung seines Herkunftslandes benachrichtigen zu lassen. Da das Recht auf ärztliche Untersuchung und das Unterredungsrecht mit dem Verteidiger im Verlängerungsfall wiederaufleben, sind die beiden diesbezüglichen Belehrungen bei dieser Gelegenheit zu wiederholen.

Hinsichtlich der *Reichweite* der im Zusammenhang mit der Polizeihaft vorgeschriebenen Belehrungen bestanden bis vor Kurzem insofern offenkundige Divergenzen zwischen beiden Verfahrensordnungen, als im französischen Recht vor dem Gesetz vom 27.5.2014 keine Unterrichtung über den gesetzlichen Festnahmegrund – also das Haftziel bzw. den Haftzweck – vorgesehen war. Außerdem fehlten die in Deutschland 2013 auf unionsrechtliche Veranlassung neu aufgenommenen Belehrungen über Rechtsbehelfe bzw. Anfechtungsmöglichkeiten und über das – seit 2011 auch dem französischen Verteidiger wenigstens ansatzweise eröffnete – Akteneinsichtsrecht. Beiden Defiziten hat der französische Gesetzgeber im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU abgeholfen. Da dem *gardé à vue* kein Beweisantragsrecht zusteht, entfällt auch eine dahingehende Mitteilung.

Inhaltlich übereinstimmend waren in beiden Ländern auch schon bisher Informationen über den Tatvorwurf, die zulässige Dauer der Maßnahme sowie das Schweigerecht des Betroffenen, seine Möglichkeit zur Hinzuziehung eines Verteidigers, zur Inanspruchnahme einer ärztlichen Untersuchung und zur Benachrichtigung Dritter vorgesehen.

Die Belehrung über den der *garde à vue* zugrunde liegenden Tatvorwurf unterlag allerdings bis vor Kurzem sowohl unter rechtlichen als auch unter tatsächlichen Gesichtspunkten weit weniger strengen Anforderungen als die im deutschen Recht nach dem Vorbild von Art. 5 Abs. 2 EMRK konzipierte Auskunftspflicht über die „Beschuldigung“. Genügte nämlich im französischen Strafverfahren in normativer Hinsicht bis 2014 eine schlagwortartige Umschreibung der „Art“ (*nature*) der zur Last gelegten Straftat, so bedarf es in Deutschland spätestens bei der auf die Festnahme folgenden Beschuldigtenvernehmung darüber hinausgehender Präzisierungen, um eine sachgerechte Verteidigung zu ermöglichen. Außerdem reicht es für die faktische Konkretisierung der „Beschuldigung“ im deutschen Recht nicht aus, lediglich das vermutete Datum der Straftat zu spezifizieren, sondern es müssen die essenziellen Sachverhaltselemente dargelegt werden, zu denen zumindest auch der mutmaßliche Tatort und das mutmaßliche Tatopfer zählen dürften. Das insoweit festzustellende Informationsgefälle wurde mit dem Gesetz vom 27.5.2014 weitgehend beseitigt, da nun auch der französische Polizeihäftling über die rechtliche Einordnung (*qualification*) des Tatvorwurfs sowie Tatzeit und Tatort zu informieren ist.

Bemerkenswert ist schließlich, dass im Einklang mit der ungleich detaillierteren gesetzlichen Regelung der Verteidigerintervention in der *garde à vue* auch die entsprechenden Belehrungen nach wie vor sehr viel ausführlicher gefasst sind als im deutschen Recht – obwohl dieses 2013 immerhin durch den Hinweis auf die Möglichkeit einer Pflichtverteidigung ergänzt wurde.

Nicht von Amts wegen, aber immerhin auf Antrag hat der vorläufig festgenommene Beschuldigte (§ 127 StPO) in Deutschland einen eigenen Anspruch auf „Auskünfte und Abschriften aus den Akten“. Dieser ist ab dem Zeitpunkt, in dem die Untersuchungshaft beantragt ist, bezüglich der „für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen“ ausnahmslos gewährleistet. Im französischen Recht stand eine vergleichbare Berechtigung bis 2014 nur dem Anwalt des *gardé à vue* zu; das Gesetz vom 27.5.2014 hat diese jedoch auf den Polizeihäftling erweitert. Der Umfang des französischen Aktenzugangsrechts ist allerdings begrenzt, beinhaltet es doch lediglich das Haftprotokoll, die Vernehmungsprotokolle sowie etwaige ärztliche Gutachten, nicht jedoch sonstige Aktenbestandteile.

2. Recht auf Benachrichtigung Dritter bzw. Kontakt nach außen

Obwohl der Polizeihäftling heute in beiden Rechtsordnungen – in Frankreich seit 1993, in Deutschland seit 2010 – ein Benachrichtigungsrecht hat,³⁶ bestehen im Einzelnen Unterschiede: Zulässiger Adressat der Benachrichtigung des vorläufig Festgenommenen (§ 127 StPO) ist eine Person seiner Wahl, wohingegen der *gardé à vue* nur eine der im Gesetz abschließend aufgezählten nahestehenden Personen, zusätzlich aber auch seinen Arbeitgeber benachrichtigen lassen kann. In Frankreich hat der Benachrichtigungsversuch telefonisch und, außer bei höherer Gewalt, binnen dreier Stunden zu erfolgen, in Deutschland ohne jede nicht gerechtfertigte Verzögerung. Die näheren Modalitäten stehen hier wie dort im polizeilichen Ermessen.

Die Benachrichtigung ist übereinstimmend unter den Vorbehalt gestellt, dass ihr die Bedürfnisse der Strafverfolgung nicht entgegenstehen. In Deutschland befindet darüber der mit der Maßnahme befasste Polizeibeamte, in Frankreich hingegen der vom höheren Polizeibeamten eigens zu diesem Zwecke angerufene Staatsanwalt. Obschon (Eil-)Rechtsbehelfe gegen die Ablehnung der Benachrichtigung als solche fehlen, ist die von der StPO zugrunde gelegte „Gefährdung des Untersuchungszwecks“ immerhin nach allgemeinen Grundsätzen justiziabel, wohingegen die „Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens“ (Art. 63-2 Abs. 2 CPP) ein freies Ermessen begründen, das einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle entzogen ist.

³⁶ Besonderheiten bestehen bei der identifizierungssichernden „Kurz-Polizeihaft“: Stand dem vorläufig Festgenommenen insoweit bereits vor 2010 ein Benachrichtigungsrecht zu (§ 163c Abs. 2 StPO a.F.), so fehlt ein solches im Rahmen von Art. 78-3 CPP bis heute.

Während die Verweigerung nach französischem Recht zu einem kompletten Ausschluss der Benachrichtigung führt und die Erneuerung eines hierauf gerichteten Ersuchens grundsätzlich unstatthaft ist (*e contrario* Art. 706-88-1 Abs. 4 CPP), darf sie sich im deutschen Recht nur auf das „Wie“ (Adressat, Art und Weise, ggf. Zeitpunkt), nicht hingegen auf das „Ob“ der Benachrichtigung beziehen.

3. Recht auf anwaltlichen Beistand

a) Überblick

Anders als der Beschuldigte, der sich im Geltungsbereich der StPO seit jeher „in jeder Lage des Verfahrens“ und unabhängig davon, ob er sich in Haft oder auf freiem Fuß befindet, des Beistands eines Verteidigers bedienen kann (§§ 137, 148 StPO), war ein entsprechendes Recht im französischen Ermittlungsverfahren ursprünglich dem förmlich Beschuldigten und damit dem Stadium der gerichtlichen Voruntersuchung vorbehalten. Seit Mitte der 1990er Jahre hat jedoch auch der – im Übrigen dem schlichten Zeugen gleichgestellte – „einfache Verdächtige“ in seiner Eigenschaft als *gardé à vue* Zugang zu einem Verteidiger. Dieses Recht wurde in den vergangenen beiden Dekaden – vor allem 2011 – erheblich aufgewertet und steht seit dem 1.1.2015 auch dem außerhalb der Polizeihaft im Rahmen der *audition libre* vernommenen Verdächtigen zu.

In ihrer Grundkonzeption divergiert die Ausgestaltung des Verteidigerzugangs in der Polizeihaft insofern, als im deutschen Recht die Annahme bzw. prozessuale Umsetzung (Bestellung) einer „notwendigen Verteidigung“ regelmäßig nicht vor der Überführung der Freiheitsentziehung in das Regime der Untersuchungshaft in Betracht kommt, der Beschuldigte also während der Dauer der polizeilichen Maßnahme und der in ihrem Rahmen stattfindenden Vernehmungen nur dann in den Genuss anwaltlicher Unterstützung kommt, wenn es ihm gelingt, auf die Schnelle einen Wahlverteidiger ausfindig zu machen und zum Erscheinen auf dem Polizeirevier zu bewegen. Dem französischen Strafverfahren liegt dagegen hier, wie auch sonst, das der StPO unbekanntes Paradigma zugrunde, wonach das Gesetz *überall* dort, wo es die Möglichkeit der Hinzuziehung eines selbstgewählten Verteidigers eröffnet, aus Gleichheitsgründen *stets* zugleich auch als Alternative eine auf Antrag des Betroffenen vom Vorsitzenden der Anwaltskammer auszusprechende Beordnung von Amts wegen (*avocat commis d'office*) vorzusehen hat (Art. 63-3-1 CPP).³⁷ Gemeinsam ist beiden Ländern immerhin, dass es sich insoweit stets um eine *freiwillige* Verteidigung handelt. D.h. die Inanspruchnahme anwaltlichen Beistands steht im freien Belieben der polizeilich festgehaltenen Person, ist also jederzeit disponibel.

³⁷ Siehe z.B. Art. 80-2, 113-3 Abs. 1 Satz 2, 116 Abs. 5 CPP für die gerichtliche Voruntersuchung, Art. 417 Abs. 2 CPP für die Verhandlung eines Vergehens im „Normalverfahren“, Art. 393 Abs. 2 CPP für das Schnellverfahren der *comparution immédiate* und nunmehr auch Art. 61-1 Abs. 1 Nr. 5 CPP für die *audition libre*.

b) Inhaltliche Ausgestaltung

Beide Rechtsordnungen gehen vom Grundsatz der freien Verteidigerwahl aus. Während dieses Prinzip im deutschen Recht selbst für die – im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme wie gesehen wenig relevante – gerichtliche Beiordnung kraft „notwendiger Verteidigung“ gilt (vgl. § 142 Abs. 1 StPO), hat der *gardé à vue* im Normalfall keine Möglichkeit zur Einflussnahme auf die Auswahl des ihm vom Vorsitzenden der Anwaltskammer „von Amts wegen“ beigeordneten Anwalts.

Unterschiede bestehen auch bei den gesetzlich vorgesehenen Einschränkungen des Verteidigerauswahlrechts: Die in den §§ 138a ff. StPO geregelte gerichtliche Ausschließung kommt nur in den fünf vom Gesetz präzise und abschließend umschriebenen Fallgruppen in Betracht; dabei geht es, abgesehen vom Verdacht eigener krimineller Aktivitäten, vor allem um Fälle einer Gefährdung der Anstalts- oder Staatssicherheit, und das insoweit zu beobachtende Verfahren (Antragsmonopol der Staatsanwaltschaft, Beteiligung der Rechtsanwaltskammer, mündliche Verhandlung) ist Gegenstand einer minutiösen Regelung.³⁸ Im französischen Recht steht die Ausschließungsbefugnis nicht dem Gericht, sondern dem Vorsitzenden der Anwaltskammer zu. Dieser kann im Fall eines Interessenkonflikts (*conflit d'intérêt*) vom Staatsanwalt oder dem höheren Polizeibeamten (Art. 63-3-1 Abs. 5 CPP), im Fall von Schwierigkeiten (*en cas de difficulté*) bei der Durchführung einer Vernehmung oder Gegenüberstellung im Beisein des Verteidigers vom Staatsanwalt auf Antrag des höheren Polizeibeamten (Art. 63-4-3 Abs. 1 CPP) zum Zwecke der Bestimmung eines anderen Verteidigers angerufen werden; dabei wird weder der Begriff der Schwierigkeiten noch der des Interessenkonflikts vom Gesetz näher präzisiert. Die bei Terrorismusstraftaten in (ex-)Art. 706-88-2 CPP vorgesehene Befugnis des Grundrechte- und Haftrichters, die Vertretung durch einen vom Vorsitzenden der Anwaltskammer aus einer speziellen Liste ausgewählten Anwalt anzuordnen, wurde vom C. const. für verfassungswidrig befunden.

Im Hinblick auf die Kosten der Inanspruchnahme der anwaltlichen Unterstützung bestehen insofern beachtliche Unterschiede, als eine staatliche Vorfinanzierung im deutschen Recht nur bei der gerichtlichen Bestellung im Rahmen einer notwendigen Verteidigung gewährt wird, im vorliegenden Kontext also regelmäßig nicht in Betracht kommt, wohingegen bei der Bestellung eines *avocat commis d'office* durch den *bâtonnier* die Anwaltskosten zunächst *stets* vom Staat getragen werden. Im Gegensatz zum deutschen Strafverfahren, bei dem die Erstattungspflicht hinsichtlich der staatlich verauslagten Kosten für die notwendige Verteidigung primär an den Ausgang des Verfahrens (Verurteilung, § 465 StPO) gekoppelt ist, knüpft das französische Recht das Bestehen eines staatlichen Regressanspruchs in erster Linie an die Vermögensverhältnisse des Betroffenen (Prozesskostenhilfe).³⁹

³⁸ Siehe oben Teil 2, I.C.3.c.

³⁹ Zur dt. Rechtslage siehe oben Teil 2, III.D.3.

Während die StPO zu den inhaltlichen Modalitäten der Verteidigerintervention im Zusammenhang mit der vorläufigen Festnahme schweigt und es insoweit bei dem allgemeinen Grundsatz der jederzeitigen Konsultationsmöglichkeit und der auch im Fall einer Inhaftierung geltenden Kommunikationsfreiheit (§§ 137, 148 StPO) belässt, ist die Art und Weise des anwaltlichen Beistands während der *garde à vue* Gegenstand einer ausgesprochen detaillierten Regelung. Die in jedem Verlängerungsfall erneut zu gewährende Möglichkeit einer 30-minütigen Unterredung mit dem *gardé à vue* und das Anwesenheitsrecht des Anwalts bei Vernehmungen und Gegenüberstellungen werden ergänzt durch die Befugnis zur Abgabe schriftlicher Stellungnahmen und das Recht, in die vom Gesetz abschließend bezeichneten Bestandteile der Polizeiakte (Haftprotokoll, ärztliches Gutachten, Vernehmungsprotokolle) Einsicht zu nehmen. Obwohl die StPO sich nicht näher zum Anspruch auf und Ablauf des Verteidigergesprächs äußert, und auch wenn dem Anwalt nach h.M. kein Anwesenheitsrecht bei polizeilichen Vernehmungen zusteht, so ist doch allgemein anerkannt, dass der festgenommene Beschuldigte, der zu erkennen gibt, dass er anwaltliche Unterstützung in Anspruch nehmen möchte, Gelegenheit zu einer vertraulichen Unterhaltung mit seinem Verteidiger erhalten muss. Erklärt der Beschuldigte, nur im Beisein eines Anwalts Angaben zur Sache machen und andernfalls sein Schweigerecht ausüben zu wollen, so kann er die Verteidigerpräsenz beim Polizeiverhör zumindest faktisch erzwingen. Unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit und der Rechtseinheit in der Polizeipraxis sind die minutiösen Vorgaben des CPP der vergleichsweise vagen bzw. offen und unverbindlich gehaltenen Regelung der StPO unzweifelhaft überlegen. Umgekehrt entfallen mit der dadurch flexibleren Ausgestaltung der Verteidigerintervention zugleich aber auch die formalen Schranken, die der CPP ihr auferlegt. So existiert etwa für das Verteidigergespräch keine strikte Zeitgrenze, bei Vernehmungen ist der Aktionsradius des Anwalts nicht von vornherein auf bestimmte Handlungen festgelegt, und seine potenziellen Interventionsfelder sind schließlich auch insofern weiter gesteckt, als er über Vernehmungen und Gegenüberstellungen hinaus auch bei anderen im Verlauf der Freiheitsentziehung durchgeführten Ermittlungsmaßnahmen hinzugezogen werden kann.

Einem nicht einschränkbar anwaltlichen Akteneinsichtsrecht unterliegen in beiden Rechtsordnungen die die festgehaltene Person betreffenden Vernehmungsprotokolle und ärztlichen Gutachten (§ 147 Abs. 3 StPO; Art. 63-4-1 CPP). Während diese Möglichkeit nach deutschem Recht unabhängig von der polizeilichen Freiheitsentziehung besteht und auch einen Anspruch auf Zurverfügungstellung von Abschriften begründet, ist die französische Regelung in ihrem zeitlichen Anwendungsbereich auf die *garde à vue* begrenzt und schließt die Fertigung von Kopien explizit aus. Unterschiede bestehen auch insofern, als die StPO vorschreibt, dass dem Anwalt darüber hinaus in jeder Lage des Verfahrens, d.h. selbst vor Abschluss der Ermittlungen, alle sonstigen Aktenbestandteile zur Einsichtnahme zur Verfügung zu stellen sind, soweit dies den Untersuchungszweck nicht gefährden

kann; ab dem Zeitpunkt, in dem im Fall der vorläufigen Festnahme Untersuchungshaft beantragt ist, müssen dem Verteidiger unabhängig davon *zwingend* alle für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung wesentlichen Informationen zugänglich gemacht werden (§ 147 Abs. 2 StPO). – Im französischen Vorverfahren besteht ein entsprechend weitreichendes Akteneinsichtsrecht erst *nach* Beendigung der *garde à vue* im Zusammenhang mit der Vorführung vor den Staatsanwalt (*défèrement*, Art. 803-3 Abs. 4, 393 Abs. 3 CPP) bzw. der Überleitung der *enquête* in das Gerichtsverfahren (Art. 388-4 CPP), sofern dem Betroffenen nicht im Rahmen einer gerichtlichen Voruntersuchung der Schutzstatus als förmlich Beschuldigter oder unterstützter Zeuge verliehen wird.

c) Zeitliche Maßgaben

Gibt die festgehaltene Person zu erkennen, dass sie den Beistand eines Verteidigers begehrt, so hat eine (weitere) Vernehmung zur Sache zunächst zu unterbleiben, und der angegebene Verteidiger ist umgehend zu verständigen.

Kann der Betroffene keinen Anwalt benennen oder ist dieser nicht erreichbar, so sieht der CPP die Beiordnung eines vom *bâtonnier* auszuwählenden Verteidigers vor, der standesrechtlich verpflichtet ist, das Mandat wahrzunehmen (zu den entsprechenden von Amts wegen zu erteilenden Belehrungen siehe oben 1.). In der StPO fehlt zwar – abgesehen von dem hier kaum jemals einschlägigen Fall der notwendigen Verteidigung – eine vergleichbare Regelung. Die von der Rechtsprechung statuierte Unterstützungspflicht der Polizeibeamten umfasst jedoch immerhin auf Nachfrage auch die Zurverfügungstellung von Informationen über anwaltliche Notdienste. Auf dem Polizeirevier finden sich meist entsprechende Aushänge der Anwaltskammern.

Auch das weitere Verfahren im Anschluss an die (versuchte) Kontakthanbahnung mit dem Anwalt ist unterschiedlich geregelt: Nach französischem Recht muss mit der (Wieder-)Aufnahme der Vernehmung grundsätzlich mindestens zwei Stunden zugewartet werden; da diese Karenzfrist nicht zur Disposition des *gardé à vue* steht, scheidet ein früherer Vernehmungsbeginn selbst im Fall seines Einverständnisses aus. In der StPO fehlen zwar diesbezüglich verbindliche gesetzliche Vorgaben; es ist jedoch allgemein anerkannt, dass die Vernehmung grundsätzlich nicht vor dem Eintreffen des Verteidigers fortgesetzt werden darf, zumal der Beschuldigte es mit seinem Schweigerecht in der Hand hat, eine – zeitlich „unbegrenzte“ – Karenzfrist zu erwirken. Im Unterschied zum französischen Strafverfahren darf in Deutschland zwar einerseits selbst *nach* dem Verstreichenlassen einer bestimmten Zeitspanne nicht ohne weiteres mit der Vernehmung begonnen werden, sondern es ist vielmehr im Ausgangspunkt von der Ausübung des Schweigerechts auszugehen. Andererseits verbietet es die StPO der Polizei nicht, bereits *vor* Ablauf einer mehrstündigen Wartezeit zu versuchen, den Beschuldigten – nach erneuter Belehrung

über seine Rechte – dazu zu bewegen, sich auch schon vor dem Eintreffen des Verteidigers mit einer Fortsetzung der Vernehmung einverstanden zu erklären.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, in dem sich die oben entwickelten Grundsätze zur Verteidigerintervention – mangels Anwendbarkeit der Kontaktsperreregelung des EGVGV – uneingeschränkter Geltung erfreuen, ist das französische Recht durch das Vorhandensein mannigfacher Ausnahmeregelungen gekennzeichnet. Wenngleich nämlich beiden Rechtsordnungen die Vorstellung zugrunde liegt, dass ein prinzipieller Ausschluss des „Ob“ des Verteidigerzugangs nicht in Betracht kommt, etwaige Verkürzungsmöglichkeiten also einzig die Ausübungsmodalitäten dieses Rechts betreffen dürfen, gehen die Vorstellungen darüber, *inwieweit* die Art und Weise Gegenstand von Modifikationen sein darf, im Einzelnen auseinander. Während die StPO mit ihren §§ 148 Abs. 2, 148a lediglich die Möglichkeit einer gerichtlich anzuordnenden Überwachung des Schriftverkehrs inklusive der Anbringung von Trennscheiben bei Verteidigergesprächen kennt („Wie“ des Verteidigerkontakts), sieht der CPP ein dreistufiges Retardierungsmodell bezüglich des Zeitpunkts der Verteidigerintervention vor („Wann“ bzw. „Ob schon“).

Zum einen kann der Staatsanwalt für die Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens, d.h. nach freiem Ermessen, eine sofortige Vernehmung unter Durchbrechung der zweistündigen Karenzfrist anordnen (Art. 63-4-2 Abs. 3 CPP). Zum anderen können das Anwesenheitsrecht des Verteidigers bei Vernehmungen und Gegenüberstellungen sowie seine Befugnis zur Protokolleinsichtnahme „ausnahmsweise“ für eine Dauer von bis zu zwölf Stunden durch den Staatsanwalt und bis zu 24 Stunden durch den Grundrechte- und Haftrichter aufgeschoben werden, wenn dies aus „zwingenden Gründen“ zu Zwecken der Beweiserhebung, Beweissicherung oder zur Verhinderung unmittelbar bevorstehender Personenschäden unerlässlich ist (Art. 63-4-2 Abs. 4–6 CPP). Bei Straftaten der organisierten Kriminalität schließlich ist der Verteidigerzugang zwar seit 2011 nicht mehr von vornherein während der ersten 72 Stunden der *garde à vue* komplett ausgeschlossen; liegen jedoch „zwingende Gründe“ im obigen Sinne vor, so besteht die „ausnahmsweise“ Möglichkeit einer entsprechenden Anordnung im Einzelfall. Für eine Retardierung von bis zu 24 Stunden ist der Staatsanwalt, darüber hinaus der Richter zuständig (Art. 706-88 Abs. 6–8 CPP). Immerhin enthält Art. préI. III Abs. 7 CPP seit 2011 eine ausdrückliche Klarstellung des eingeschränkten Beweiswerts von Erklärungen, die ohne die Möglichkeit der vorherigen Inanspruchnahme eines anwaltlichen Beistands zustande gekommen sind.

4. Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards

Während das Recht auf ärztliche Untersuchung in der StPO nicht geregelt ist und sich, abgesehen von Verwaltungsvorschriften auf Länderebene, lediglich implizit aus dem Vorhandensein einer entsprechenden Belehrungspflicht in dem 2010 neu gefassten § 114b StPO ergibt, handelt es sich in Frankreich um eine der ältesten

gesetzlichen Garantien zugunsten des *gardé à vue* – mit der nicht zuletzt dem notorischen Problem des missbräuchlichen Einsatzes von Polizeigewalt im Zusammenhang mit der Polizeihaft begegnet werden soll. Sie war bereits in der Ursprungsfassung des CPP vorgesehen, wurde in der Folgezeit sukzessive ausgedehnt und ist heute Gegenstand einer – im Hinblick auf Antragsberechtigung (auch Familienangehörige; Wiederaufleben des Rechts bei Verlängerung der Maßnahme; zwingende Durchführung von Amts wegen nach 48-stündiger Haftdauer), Gegenstand (Haftfähigkeit, sonstige Feststellungen), Durchführung (insb. Vertraulichkeit, Würdenschutz, Berufsgeheimnis) und Folgen der Untersuchung (Abbruch der Maßnahme bei Feststellung der Haftuntauglichkeit) – überaus detaillierten Regelung in Art. 63-3 CPP, die offensichtlich mit dem Schweigen der StPO kontrastiert. Die deutsche Gesetzeslage geht allerdings insofern über die Schutzvorkehrungen des CPP hinaus, als sie, den Forderungen des CPT entsprechend, seit 2010 einen Grundsatz der freien Arztwahl normiert, der sich explizit auch auf das Geschlecht des Arztes bezieht und die dem französischen Recht, das die Auswahlentscheidung in die Hände des Staatsanwalts bzw. des höheren Polizeibeamten legt, fremd ist.

Die Pflicht zur Gewährleistung gesundheitlicher Mindeststandards folgt aus dem Verbot der körperlichen oder seelischen Misshandlung festgehaltener Personen, das in Deutschland in Art. 104 Abs. 1 Satz 2 GG verankert und im Hinblick auf Vernehmungen in § 136a StPO konkretisiert ist, wohingegen es sich im französischen Recht aus Art. 3 EMRK, dem Grundsatz der Beweisredlichkeit und den Würdenschutzbestimmungen in Art. préI. III Abs. 4, 63-5 Abs. 1 CPP ergibt. Der hieraus abzuleitende Anspruch auf eine angemessene Versorgung wird in Deutschland im Wege von Verwaltungsvorschriften umgesetzt, während er sich im CPP indirekt aus der Existenz entsprechender Protokollierungspflichten ergibt. Im Unterschied zur StPO sieht die französische Gesetzgebung außerdem ausdrücklich in regelmäßigen Abständen durchzuführende, unangekündigte Inspektionen der *garde à vue*-Räumlichkeiten durch den Staatsanwalt und unabhängige Kontrolleure vor, um den weit verbreiteten Klagen über die verheerenden Haftbedingungen abzuwehren.

5. Protokollierungs- und Aufzeichnungspflichten

Anders als der CPP mit seinem strengen Formenzwang, der sich in umfassenden Protokollierungs- und Registerführungspflichten speziell für die *garde à vue* niederschlägt (siehe insb. Art. 64 CPP), hält sich das deutsche Gesetz zu der Frage, auf welche Weise der Ablauf der Maßnahme zu dokumentieren ist, eher bedeckt, zumal gemäß § 168b Abs. 1 StPO lediglich das *Ergebnis* – nicht der Verlauf – von Untersuchungshandlungen in den Ermittlungsakten festzuhalten ist. Obschon die StPO für die vorläufige Festnahme keine lückenlose Dokumentation vorschreibt, ergibt sich ein dem CPP vergleichbares Pflichtenprogramm aus der Tatsache, dass die Polizei im Hinblick auf die effektive Gewährleistung eines wenigstens nachträglichen gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 104, 19 Abs. 4 GG) gehalten ist, alle

für die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung relevanten Umstände (insb. Haftdauer sowie z.B. „Gefahr im Verzug“) zu dokumentieren, um den ihr im Streitfall obliegenden Nachweis über die Rechtmäßigkeit der Maßnahme erbringen zu können. Die im Zusammenhang mit der Polizeihaft vorgeschriebenen Belehrungen sind aktenkundig zu machen (Art. 63-1 Abs. 4 CPP; § 114b Abs. 1 StPO); seit der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU gilt dies in Deutschland auch für die vernehmungszessorischen Belehrungen des (festgenommenen) Beschuldigten (§ 168b Abs. 3 StPO) und in Frankreich für die *audition libre* (Art. 61-1 Abs. 2 CPP). In Bezug auf das Vernehmungsprotokoll (Art. 61 Abs. 4 CPP; § 168b Abs. 2 StPO) ordnet nur der CPP explizit an, dass auch die dem *gardé à vue* gestellten Fragen zu vermerken sind; in Deutschland ergeben sich entsprechende – und teils weiterreichende (Wörtlichkeitsgrundsatz) – Vorgaben aus Verwaltungsrichtlinien.

In beiden Verfahrensordnungen wurde vor Kurzem, in Ergänzung zum klassischen Protokoll, die audiovisuelle Aufzeichnung der Vernehmung gesetzlich normiert. Im Gegensatz zum CPP, der bei *Verbrechen* seit 2007 eine zwingende, keinem Verzicht zugängliche Aufzeichnungspflicht für alle auf dem Polizeirevier durchgeführten Vernehmungen des *gardé à vue* vorsieht (Art. 64-1 CPP), hat sich der deutsche Gesetzgeber 2013 darauf beschränkt, die schon bisher einvernehmlich mögliche Aufzeichnung der Vernehmung in das Ermessen der – de facto nach wie vor auf die Aussagewilligkeit des (gefilmten) Beschuldigten angewiesenen – Vernehmungsperson zu stellen und das Schicksal des so entstandenen Bild-Ton-Trägers einer näheren Regelung zuzuführen (§ 163a Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 58a StPO). Während die Verwendung der Aufzeichnung in Deutschland allgemein für die Zwecke der Strafverfolgung zur Wahrheitsfindung zulässig ist und dem uneingeschränkten Akteneinsichtsrecht des Verteidigers (§ 147 StPO) unterliegt, der auch die Zurverfügungstellung einer Kopie verlangen kann, lässt der CPP die Konsultation durch den Betroffenen ausschließlich zum Bestreiten der schriftlichen Vernehmungsniederschrift zu, beschränkt sie auf den Zeitraum nach Eröffnung des gerichtlichen Verfahrens und entzieht sie den allgemeinen Bestimmungen über die Akteneinsicht (Art. 114 Abs. 4–11 CPP), sodass insbesondere die Überlassung einer Kopie ausscheidet. Anders als im deutschen Recht ist die unberechtigte Weitergabe im CPP unter Strafe gestellt (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr). Während der CPP für die Löschung der Aufzeichnung eine feste Fünfjahresfrist vorgibt, knüpft die StPO insoweit an das vage, im Einzelfall aber ggf. engere Kriterium des Fortbestands der Erforderlichkeit der Aufzeichnung für die Belange der Strafverfolgung an.

E. Richterliche Kontrolle

1. Vor und während der Maßnahme

Abgesehen von dem höchst ungewöhnlichen Fall einer richterlichen Jedermanns-Festnahme nach § 127 Abs. 1 StPO und von der auf die Anordnung der *garde à vue* gerichteten Weisungsbefugnis, die dem Untersuchungsrichter in der gerichtlichen Voruntersuchung zusteht (Art. 154 Abs. 2 i.V.m. Art. 63 I CPP: *sur instruction*; Art. 122 Abs. 1, 2 CPP: *mandat de recherche*), ist die Polizeihaft in beiden Ländern durch das Fehlen einer richterlichen Vorabkontrolle gekennzeichnet.

Anders als im deutschen Recht, das lediglich bei der identifizierungssichernden Offizialfestnahme schon während der polizeilichen Freiheitsentziehung die Herbeiführung einer richterlichen Entscheidung vorsieht (§ 163c Abs. 1 Satz 2 StPO), der Richter dagegen im Übrigen, also im Normalfall, erst am Ende bzw. nach der vorläufigen Festnahme anlässlich der Entscheidung über den Haftbefehl auf den Plan tritt (§ 128 StPO), sieht der CPP im Zusammenhang mit der *garde à vue* vielfältigere richterliche Interventionsmöglichkeiten vor. Zum einen übernimmt der Untersuchungsrichter im Fall einer gerichtlichen Voruntersuchung die in der *enquête* dem Staatsanwalt vorbehaltenen Kontroll- und Entscheidungsbefugnisse (Art. 154 Abs. 2 CPP), ist also insbesondere an dessen Stelle für die permanente Echtzeitkontrolle und die Regelverlängerung der Polizeihaft von 24 auf 48 Stunden zuständig (Art. 62-3, 63 II CPP), darüber hinaus aber auch für alle sonstigen wesentlichen Entscheidungen im Verlauf der Maßnahme (bis hin zu ihrer Beendigung), die kraft Gesetzes von einem Angehörigem der *autorité judiciaire* zu treffen sind. Zum anderen behält der CPP bestimmte, besonders gravierende Befugnisse – die bei der vorläufigen Festnahme nach deutschem Recht schlechterdings fehlen – selbst im polizeilichen Ermittlungsverfahren einem *magistrat du siège* vor, indem er die Verlängerung der Maßnahme über 48 Stunden hinaus, die mehr als zwölfstündige Verzögerung des anwaltlichen Anwesenheitsrechts und die mehr als 24-stündige Retardierung des Anwaltszugangs insgesamt (organisierte Kriminalität) in die Hände des Grundrechte- und Haftrichters legt (Art. 62-3 Abs. 1 CPP).

Eine richterliche Anhörung der festgehaltenen Person ist in beiden Rechtsordnungen nur im Zusammenhang mit der Entscheidung über die Aufrechterhaltung und Verlängerung der Freiheitsentziehung vorgesehen. Während die StPO zu diesem Zweck die persönliche Vorführung vor den Richter zwingend vorschreibt (siehe insb. § 128 i.V.m. § 115; einzige Relativierung: § 163c Abs. 1 Satz 2 StPO a.E.), darf die im Vorfeld von Verlängerungen der *garde à vue* grundsätzlich gebotene *présentation* vor dem zuständigen *magistrat* jederzeit und ohne Weiteres im Wege einer audiovisuellen Übertragung realisiert werden (Art. 706-71 Abs. 1 CPP) und kann im Übrigen – abgesehen von der ersten Ausnahmeverlängerung, mit der die 48 Stunden-Schwelle überschritten wird (Art. 706-88 Abs. 3 Satz 1 CPP) – auch „ausnahmsweise“ ganz unterbleiben (Art. 63 II Abs. 3, 706-88 Abs. 4 Satz 2 CPP).

2. Nachträgliche Überprüfung

a) Im Rahmen des konkreten Verfahrens

Trotz der im Einzelnen bestehenden Konstruktionsunterschiede handelt es sich bei der französischen *nullité* und dem deutschen Beweisverwertungsverbot um die zentralen Instrumente zur unmittelbaren gerichtlichen Aufdeckung und Ahndung von Rechtsverstößen im Zusammenhang mit der Polizeihaft. Nur sie erlauben es dem Betroffenen, die Verwendung etwaiger hierdurch auf fehlerhafte Weise erlangter Beweise innerhalb des konkreten Verfahrens abzuwenden. Der Anknüpfungspunkt der primär *maßnahmebezogenen* Nichtigkeitfolge ist insofern ein anderer als derjenige der *Beweisverwertungsverbote*, als die vollständige oder teilweise Annullierung fehlerhafter Verfahrenshandlungen unabhängig von ihrer Beweisrelevanz in Betracht kommt und somit auch dann denkbar ist, wenn mit der betreffenden Maßnahme gar keine Beweise gewonnen wurden oder die mit ihr erzielten Erkenntnisse nicht weiter von Belang sind. Anders als im französischen Recht, wo es für die Beurteilung der Annullierungsfähigkeit einer Ermittlungshandlung stets, in positiver wie in negativer Hinsicht, ganz maßgeblich auf deren *Gesetzmäßigkeit* ankommt, ist im deutschen Strafverfahren ein Beweis ggf. auch unabhängig vom Vorliegen eines Rechtsverstößes bei seiner Erhebung zu verwerfen (selbstständiges Beweisverwertungsverbot), während umgekehrt die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer Ermittlungsmaßnahme offen bleiben kann, sobald feststeht, dass jedenfalls die Voraussetzungen eines (geschriebenen oder ungeschriebenen) Beweisverwertungsverbots nicht erfüllt sind.

Auf prozessualer Ebene ist beiden Instrumenten gemeinsam, dass sie nur dann zum Einsatz kommen können, wenn das Strafverfahren im Anschluss an die Polizeihaft überhaupt weiterbetrieben wird. Ähnlich wie die französischen *nullités*, deren Geltendmachung voraussetzt, dass im weiteren Verlauf des Verfahrens entweder das Prozessgericht oder aber die Untersuchungsgerichtsbarkeit mit der Sache befasst wird, kommt auch die Berufung auf ein Verwertungsverbot nur dort in Betracht, wo entweder eine Verurteilung oder aber eine – gesonderter gerichtlicher Überprüfung zugängliche – Folgemaßnahme (insb. Untersuchungshaft) stattfinden und auf Beweise gestützt werden soll, die im Rahmen der polizeilichen Freiheitsentziehung gewonnen wurden. Außerdem ist sowohl die Annullierung (Präklusionsvorschriften) als auch die Geltendmachung eines Beweisverwertungsverbots (Widerspruchslösung des BGH) an strenge zeitliche Vorgaben geknüpft.

Signifikante Unterschiede zwischen beiden Figuren bestehen dagegen vor allem auf der Ebene der materiellen Verwertungsvoraussetzungen. Im Gegensatz zum BGH, der nicht nur die ausdrücklich im Gesetz normierten Verwertungsverbote sehr eng ausgelegt, sondern in ständiger Rechtsprechung auch den Ausnahmeharakter der ungeschriebenen Beweisverwertungsverbote betont und daher annimmt, dass die Rechtswidrigkeit einer Verfahrenshandlung aufgrund der vorzunehmenden Gesamtabwägung in aller Regel nur bei besonders eklatanten

Verstößen zur Unverwertbarkeit der durch sie erlangten Beweise führt, hat sich die Cour de cassation Mitte der 1990er Jahre von dem bis dato insbesondere im Zusammenhang mit der Polizeihaft geforderten Kriterium der „grundlegenden Beeinträchtigung von Wahrheitssuche und -findung“ emanzipiert und begnügt sich seither grundsätzlich mit der Rechtswidrigkeit der Ermittlungsmaßnahme. Während der – aus Sicht des Betroffenen unbefriedigende – Befund zum deutschen Strafverfahren nur insoweit zu relativieren ist, als bestimmte Verfahrensfehler in der vom BGH entwickelten Kasuistik immerhin regelmäßig mit einem ungeschriebenen Beweisverwertungsverbot sanktioniert werden, ist umgekehrt auch der das französische Recht kennzeichnende Gleichlauf zwischen der Rechtswidrigkeit und der Annullierungsfähigkeit einer Verfahrenshandlung mit drei Vorbehalten versehen (siehe Art. 171, 802 CPP): Zum einen setzt die Annullierung der *garde à vue* in Ermangelung ausdrücklicher Nichtigkeitsgründe die Missachtung einer wesentlichen Förmlichkeit voraus, scheidet also aus, soweit lediglich Verstöße gegen einfache Formalitäten (z.B. Protokollvorschriften, Art. 64, 429 Abs. 2 CPP) zur Debatte stehen. Zum anderen sind Verletzungen untergesetzlicher Vorschriften – die allerdings im Bereich der *garde à vue* keine nennenswerte Rolle spielen – irrelevant. Drittens schließlich bedarf es für die Annullierung der *garde à vue* des Nachweises einer Beschwer in Form einer Interessenverletzung, der herkömmlich die zentrale prozessuale Hürde bildet.

Seitdem allerdings die Cour de cassation – über die wenig praxisrelevante Figur der *nullités d'ordre public* (Entbehrlichkeit einer Beschwer) hinaus – speziell im Zusammenhang mit der *garde à vue* eine ganze Fülle von Situationen anerkannt hat, in denen die Beschwer dem Verstoß immanent ist (Vermutung der Beschwer, *théorie du grief nécessaire*), führen Unregelmäßigkeiten heute in sehr weitem Umfang zur Annullierung der Polizeihaft und damit zur Unverwertbarkeit der durch sie erlangten Erkenntnisse. Dies gilt nicht nur für Verstöße bei der Anordnung der Maßnahme (z.B. verzögerte Benachrichtigung des Staatsanwalts, verspätete Haftanordnung), sondern auch für Unregelmäßigkeiten bei ihrer Dauer bzw. ihrem Verlauf (z.B. Überschreitung der zeitlichen Obergrenze, Fehler bei der im Verlängerungsfall gebotenen Vorführung vor den Staatsanwalt) sowie Missachtungen der gesetzlichen Garantien (z.B. verspätete oder unterbliebene Belehrung, Nichtmitteilung der Verlängerung, Fehler bzw. Verzögerungen im Zusammenhang mit der Gewährleistung des Verteidigerbeistands, Fortsetzung der Maßnahme trotz Haftuntauglichkeitsbefund, Unterbleiben der audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung).

In augenscheinlichem Kontrast dazu sollen Rechtsverstöße im Zusammenhang mit der Anordnung oder Dauer der vorläufigen Festnahme nach Auffassung des BGH nur dann ein Verwertungsverbot wegen „unzulässigen Zwangs“ (§ 136a StPO) für die in ihrem Rahmen gewonnenen Vernehmungsergebnisse nach sich ziehen, wenn die Freiheitsentziehung über ihre objektive Rechtswidrigkeit hinaus auch subjektiv im Bewusstsein des Fehlens ihrer Voraussetzungen durchgeführt

wurde, *um* dem Beschuldigten eine Aussage zu entlocken. Anders als im französischen Recht steht es damit etwa der Verwertbarkeit der Aussage des festgehaltenen Verdächtigen regelmäßig nicht entgegen, wenn diese erst nach Ablauf der gesetzlich zulässigen Höchstdauer der Polizeihaft zustande gekommen ist. Da der Nachweis der vom BGH im Hinblick auf das „Ob“ der Freiheitsentziehung geforderten Missbrauchsintention letztlich nur in besonders gravierenden Fällen gelingen wird, kommt als möglicher Anknüpfungspunkt für eine Unverwertbarkeit nach § 136a StPO in erster Linie ein über die Freiheitsentziehung als solche hinausgehender Zwang oder sonstige, das „Wie“ der Polizeihaft betreffende Beeinträchtigungen der Willensfreiheit in Betracht (z.B. Täuschung, Drohung, Misshandlungen etc.). Darüber hinaus führt neben der unzulässigen Vorenthaltung des Verteidigerbeistands grundsätzlich auch die unterbliebene Belehrung über das Schweigerecht oder über die Möglichkeit einer Verteidigerkonsultation zu einem Verwertungsverbot für die im Wege der Beschuldigtenvernehmung gewonnenen Aussagen. Da Letzteres allerdings nur dann gelten soll, wenn der Beschuldigte seine Rechte nicht bereits kannte, hat die Einführung der festnahmeakzessorischen Belehrungen in § 114b StPO (*letter of rights*) möglicherweise die eigenartige Nebenfolge, dass Verstöße gegen § 136 Abs. 1 StPO bei der Vernehmung des *vorläufig festgenommenen* Beschuldigten künftig kein Verwertungsverbot mehr nach sich ziehen.

Der sich angesichts der vorstehenden Gegenüberstellung aufdrängende Eindruck, wonach die *nullités* dem Betroffenen ein ungleich effektiveres Instrument zur Herbeiführung einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der Rechtmäßigkeit der Polizeihaft an die Hand geben als die deutschen Beweisverwertungsverbote, ist mit einer wichtigen Einschränkung zu versehen: Anders als im deutschen Recht, das sämtliche formellen und materiellen Haftvoraussetzungen einer grundsätzlich uneingeschränkten tatsächlichen- und revisionsgerichtlichen Kontrolle unterwirft, sofern das Vorliegen des behaupteten Verstoßes nicht mangels beweisverwertungsrechtlicher Relevanz offen bleiben kann, findet in der französischen Rechtsprechung herkömmlich keine bzw. eine allenfalls stark eingeschränkte Kontrolle der sachlichen Rechtfertigung, Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Haft statt. Zum einen hat sich die Cour de cassation in der Vergangenheit wegen des tatsächlichen Charakters dieser Fragen geweigert, eine entsprechende Rechtskontrolle durchzuführen. Zum anderen hat sie es auch den Tatsachengerichten verwehrt, die Entscheidung über die Anordnung, Verlängerung oder Aufrechterhaltung der *garde à vue* insoweit einer nachträglichen rechtlichen oder tatsächlichen Überprüfung zuzuführen. Die Beurteilung ihrer sachlichen Rechtfertigung obliege vielmehr allein dem Polizeibeamten und dem zur unmittelbaren Kontrolle der Maßnahme berufenen *magistrat*, in der Regel also dem Staatsanwalt. Obschon mit der Einführung der Haftziele und der Aufgabe des die Materie vormals prägenden Prinzips des freien Ermessens manches auf eine Intensivierung der gerichtlichen Kontrollen hindeutete, hat es gegenwärtig nicht den Anschein, als würde die Cour de cassation von ihrem bisherigen Ansatz abweichen.

b) *Außerhalb des konkreten Verfahrens*

Während der CPP keine Rechtsbehelfe zur Herbeiführung einer nachträglichen gerichtlichen Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer erledigten bzw. prozessual überholten Ermittlungsmaßnahme bereitstellt, besteht im deutschen Recht die Möglichkeit einer vom Fortbestand der Beschwer unabhängigen (Fortsetzungs-) Feststellungsklage. Da der vorläufigen Festnahme keine richterliche Anordnung zugrunde liegt, ist analog § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO der Ermittlungsrichter anzurufen; das erforderliche Feststellungsinteresse ist dabei wegen der freiheitsentziehenden Natur der Maßnahme („tiefgreifender Grundrechtseingriff“) stets zu bejahen. Abgesehen vom Sonderfall der Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO), bei der Teile des Schrifttums dem Festnehmenden Prognose*spielräume* zubilligen wollen, herrscht Einigkeit darüber, dass Art. 19 Abs. 4 GG eine uneingeschränkte gerichtliche Nachprüfung auch im Hinblick auf unbestimmte Rechtsbegriffe, Prognoseentscheidungen und Verhältnismäßigkeitsabwägungen gebietet und dass selbst die Ermessensausübung auf sogenannte Ermessensfehler hin zu kontrollieren ist; dabei ist freilich situationspezifischen Besonderheiten (Eilmaßnahme) Rechnung zu tragen.

Zwar wird das Fehlen eines der Fortsetzungsfeststellungsklage entsprechenden Rechtsbehelfs im französischen Recht teilweise durch die größere Reichweite des Nichtigkeitsregimes kompensiert. Wegen der strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen (die der primären Funktion der *nullité* als Beweisverwerfungsmittel geschuldet sind), der fehlenden Kontrolle der sachlichen Rechtfertigung der *garde à vue* (die an die längst überholte Rechtsprechung des RG zum Begriff „Gefahr im Verzug“ erinnert) und vor allem wegen der Beschränkung der Annullierungsmöglichkeit auf diejenigen Fälle, in denen überhaupt ein Gerichtsverfahren (gerichtliche Voruntersuchung oder Prozess) eingeleitet wird, verbleiben gleichwohl Rechtsschutzlücken, die im deutschen Recht mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar wären.

Die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtfertigung der Polizeihaft kann freilich in beiden Ländern als Vorfrage auch im Zusammenhang mit anderen Rechtsschutzbegehren relevant werden und insoweit eine mittelbare Kontrolle der Maßnahme ermöglichen. Mündet das Verfahren nicht in eine Verurteilung, so kommt nur nach deutschem Recht ein verschuldensunabhängiger Entschädigungsanspruch in Betracht, wenn die Festnahme auf § 127 Abs. 2 StPO basiert hat; eine Überprüfung ihrer Rechtmäßigkeit ist mit diesem Rechtsbehelf jedoch nicht verbunden. Eine dahingehende Kontrolle kann zwar im Rahmen von – auf eine Staatshaftung gerichteten – Schadensersatzklagen erfolgen. Abgesehen von der verschuldensunabhängigen Anspruchsgrundlage aus Art. 5 Abs. 5 EMRK, die in der französischen Gerichtspraxis, soweit ersichtlich, keine Rolle spielt, sind die subjektiven und/oder objektiven (Beweis-)Anforderungen hier jedoch so hoch, dass letztlich nur in eindeutigen Fällen mit einer gerichtlichen Sanktion zu rechnen ist. Nichts anderes gilt im Ergebnis für die Möglichkeit einer Strafanzeige gegen die involvierten Hoheitsträger – zumal die Beweisanforderungen im Strafprozess wegen des *in dubio*-Grundsatzes noch höher liegen.

III. Justizhaft

A. Grundlagen

1. Begriff, Bedeutung und Historie

Die Begriffe „Untersuchungshaft“ und *détention provisoire* bezeichnen übereinstimmend die richterlich veranlasste, tendenziell langfristig angelegte Freiheitsentziehung eines Tatverdächtigen im Zeitraum vor der (rechtskräftigen) Verurteilung, die in einer Justizvollzugsanstalt (*maison d'arrêt*) durchgeführt wird. Während die – 1970 aktualisierte – Terminologie des CPP mit ihrer Betonung der provisorisch-vorläufigen Natur der Haft den allseits postulierten Ausnahmecharakter der Maßnahme unterstreicht, ist die deutsche Nomenklatur mit ihrer Bezugnahme auf die „Untersuchung“ missverständlich, da es in Wirklichkeit weder final um eine Haft zum Zwecke der Untersuchung im Sinne von Sachverhaltsermittlung noch zeitlich um eine Haft während der gerichtlichen Untersuchung geht.

Beiden Rechtsordnungen ist die Vorstellung gemeinsam, dass die Justizhaft i.e.S. – obwohl sie in Frankreich als „Schlüsselmoment“ der gerichtlichen Voruntersuchung gilt – als die wahrscheinlich eingriffsintensivste und strafähnlichste Maßnahme, die im Vorfeld einer rechtskräftigen Verurteilung gegenüber dem von der Unschuldsumutung profitierenden Beschuldigten ergriffen werden kann, auf das unbedingt erforderliche Maß zu begrenzen ist (vgl. Art. 9 DDHC). Als zulässige Anknüpfungspunkte für die Begründung der Erforderlichkeit der Maßnahme (*théorie du mal nécessaire*) erkennen beide Verfahrensordnungen neben den Belangen der vornehmlich auf die Wahrheitsfindung gerichteten Strafverfolgung (*nécessités de l'instruction*) auch den Schutz der Allgemeinheit (*mesure de sûreté*), insbesondere vor Wiederholungs- und Fortsetzungstätern, an. Während diese Doppelbedeutung bzw. *double finalité* die Maßnahme in Frankreich seit alters her prägt und sich heute allgemeiner Zustimmung erfreut, ist der sich im Haftgrund der Wiederholungsgefahr manifestierende, präventiv-polizeiliche Einschlag der Untersuchungshaft noch vergleichsweise jungen Datums und seine Legitimation im Schrifttum bis heute umstritten. Der Umstand, dass der Justizhaft über ihre Bedeutung als verfahrenssichernde und kriminalitätsverhütende Maßnahme hinaus – unzulässigerweise – auch weitere, versteckte Funktionen und Ziele (*fonctions cachées* bzw. apokryphe Haftgründe) innewohnen (können), wird in beiden Ländern nicht ernsthaft geleugnet. Er spielt allerdings in der deutschen Diskussion eine größere Rolle als in Frankreich, wo die entsprechenden Haftziele – anders als in Deutschland – vielfach *zulässigerweise* im Wege der Polizeihaft (insb. Erlangung selbst- oder drittbelastender Aussagen, Erleichterung der Ermittlungen, Krisenintervention, Vorbereitung ausländerrechtlicher Maßnahmen) oder der Justizhaft (insb. Erleichterung der Ermittlungen) bzw. ihrer Surrogate (insb. Behandlung, Resozialisierung) verfolgt werden können.

Eine länderübergreifende Gegenüberstellung der quantitativen Bedeutung der Justizhaft wird schon im Allgemeinen durch diverse Parameter erschwert,⁴⁰ für den Vergleich mit Frankreich gilt dieser Befund in besonderem Maße, ist doch die für das französische Haftrecht und damit auch für das Verständnis der Haftstatistiken zentrale Unterscheidung zwischen Verfahren *mit* und *ohne* gerichtliche Voruntersuchung im deutschen Recht ohne Entsprechung.

Eine Gegenüberstellung der Belegungszahlen aus 2012 ergibt, dass in Frankreich (16.279 Personen in *détention provisoire*; Anteil an Gesamtgefängnispopulation: 25,1 %; Bevölkerungsanteil: 24,9 Personen pro 100.000 Einwohner) offensichtlich *mehr* verhaftet wird als in Deutschland (10.715; 16,3 %; 13,1), was sich auch in der unterschiedlichen Gefängnisauslastung (Frankreich: 113 %, Deutschland: 84,4 %) niederschlägt.⁴¹ Obgleich die unterschiedlichen Bezugspunkte der Statistiken (Aburteilungen versus Verurteilungen) lediglich einen groben Vergleich zulassen, so wird dieses Bild bestätigt, wenn man auf die Hafthäufigkeit im Hinblick auf die Anzahl der erledigten Verfahren abstellt: In Frankreich waren 2011 insgesamt 30.531 von 603.944 verurteilten Personen zuvor in *détention provisoire* (5,05 %), darunter 13.176 Fälle der *comparution immédiate* bei insgesamt 43.045 in diesem Schnellverfahren abgeurteilten Verfahren (30,6 %); bei den am Korrekionalgericht verurteilten Vergehen betrug diese Haftquote 5,9 %, bei den am Geschworenengericht verurteilten Verbrechen 72,7 %. In Deutschland dagegen waren 2011 lediglich 26.513 von insgesamt 1.019.467 abgeurteilten Personen zuvor in Untersuchungshaft (2,6 %). Bei 783.063 erstinstanzlich erledigten Verfahren wurde der Angeklagte in 19.007 Fällen aus der Untersuchungshaft zum Termin vorgeführt (2,4 %), darunter 1.354 Fälle der Hauptverhandlungshaft bei 17.245 Fällen des beschleunigten Verfahren (7,85 %); bei den am AG verhandelten Verfahren betrug diese Haftvorführquote 1,78 %, bei den in erster Instanz am LG verhandelten Verfahren 51,4 %.

Trotz der Unterschiede in der statistischen Erfassung lassen sich einige interessante komparative Erkenntnisse über die Haftdauer erzielen. So fehlen zwar für die deutsche Untersuchungshaft die in Frankreich gebräuchlichen Angaben zur Durchschnittsdauer (2011: 4,1 Monate; bei Verbrechen: 24,2 Monate; bei Vergehen: 6,6 Monate in Verfahren mit *instruction*, 0,5 Monate im Verfahren der *comparution immédiate*; bei allen Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung: 8,4 Monate). Es zeigt sich indes, dass die prozentuale Häufigkeit sowohl der Fälle mit einer Haftdauer von unter einem Monat (Deutschland 2011: 24,3 %, 6.441 Fälle; Frankreich

⁴⁰ Ostendorf, NK 2009, 128: Unterschiede in der Strafgesetzgebung, bei der Kriminalitätsbelastung, im Hinblick auf Wechselwirkungen zwischen Straf- und Untersuchungshaft und bei der Berücksichtigung der Unterbringung von Tätern mit psychischen Defekten.

⁴¹ Ein Vergleich der jährlichen Haftantrittszahlen scheidet aus, da die dt. Quellen keine entsprechenden Angaben über Gefängnisneuzugänge bereitstellen. Umgekehrt fehlt in den frz. Statistiken eine Aufschlüsselung nach Haftgründen.

2010 [bei Vergehen]: 42 %, 12.222 Fälle), als auch der mit einer Haftdauer von über einem Jahr (Deutschland 2011: 5,3 %, 1.410 Fälle; Frankreich 2010: 13,8 %, 4.220 Fälle) in Frankreich jeweils in etwa doppelt so hoch ist.

Das beide Länder bis heute verbindende Anliegen, den Einsatz der Justizhaft (immer) stärker einzugrenzen, hat in Frankreich mit seinem „normativ-legislativem Ansatz“ (dazu sogleich) seit der Jahrtausendwende immerhin zu einem geringfügigen Rückgang der Anwendungshäufigkeit der *détention provisoire* und einer leichten Entspannung der Belegungszahlen geführt, wohingegen es in Deutschland im Verlauf der vergangenen eineinhalb Jahrzehnte trotz des weitgehenden Verzichts auf Gesetzesreformen („justizielle U-Haft-Politik“) zu einem drastischen Einbruch, ja fast einer Halbierung der entsprechenden Zahlen gekommen ist. Wenngleich über die exakten Ursachen der Entwicklung in beiden Ländern Unklarheit herrscht, wird soweit ersichtlich nur in Frankreich eine Verschiebung hin zur Strafhaft, auf Grundlage insbesondere von im Wege der *comparution immédiate* zustande gekommenen Eilverurteilungen, als einer der (bestimmenden) Kausalfaktoren angeführt – was die dort erzielten Fortschritte, zumal mit Blick auf die seit Jahren unentwegt steigende Gesamtzahl der Gefängnisinsassen und die notorische Überbelegung der französischen Haftanstalten, in ein anderes Licht rückt. Bei der Dauer der Haft lässt sich in Deutschland zumindest insofern eine positive Entwicklung beobachten, als gegenüber den 1970er und 1980er Jahren eine spürbare Reduzierung der Fälle mit kurzer Haftdauer erzielt wurde, während umgekehrt zumindest die absolute Zahl der Langzeithaftierten konstant geblieben ist. Frankreich dagegen beklagt seit einigen Jahren einen kontinuierlichen Anstieg der Haftdauer. Bereinigt man die wenig aussagekräftigen Pauschalangaben zur Durchschnittsdauer der *détention provisoire* um die *comparution immédiate*-Kurzhaftzeiten und betrachtet allein die Haft im Rahmen von Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung, so ist dieser Wert seit Anfang der 1990er Jahre um über 50 % angestiegen.

In der geschichtlichen Entwicklung des deutsch-französischen Haftrechts erscheint – ungeachtet aller Unterschiede und vereinzelter Gegentrends – als auffälligste gemeinsame Grundtendenz das fortwährende liberale Bestreben beider Länder, den Ausnahmecharakter der Haft zu verschärfen, also die Anordnungsvoraussetzungen bzw. Anordnungshäufigkeit („ob“) einzuschränken, ihre zulässige und faktische Dauer zu reduzieren („ob noch“/„wie lange“) und die Garantien („wie“) zugunsten des – sei es auch nur potenziell – Betroffenen zu verbessern. Engt man die komparative Betrachtung auf die gesamtstaatlichen Kodifikationen der letzten beiden Jahrhunderte und deren Entwicklungen ein, so ist freilich zunächst die unterschiedliche epochenspezifische Ausgangslage in Rechnung zu stellen. Während die liberalen haftrechtlichen Postulate der DDHC in die napoleonische Kodifikation von 1808, bei der die Inhaftierung des Beschuldigten wie schon bisher den Regelfall und der Verbleib in Freiheit die Ausnahme bildete (*liberté provisoire*), noch keinen Eingang gefunden hatten, baute die um ein Dreivierteljahrhundert jün-

gere Regelung der RStPO (1877) bereits auf den modernen Errungenschaften des „reformierten Strafprozesses“ auf und war so von Anfang an auf eine vergleichsweise restriktive Fassung der einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen bedacht (z.B. gesetzliche Haftgründe anstatt haftrechtliches Opportunitätsprinzip).

Im Gegensatz zum französischen Haftrecht, das im Verlauf der unzähligen, seither ergangenen Reformgesetze mehrfach grundlegend umgestaltet wurde und heute mit der Ausgangsregelung im CIC nicht einmal mehr den Namen gemeinsam hat, erwies sich die Grundstruktur der §§ 112 ff. StPO daher als überaus stabil und ist trotz diverser Modifikationen im Kern bis heute einigermaßen intakt geblieben. Bei der Entwicklung der Haftrechtslage seit Beginn des 20. Jahrhunderts lassen sich in struktureller Hinsicht bis Anfang der 1970er Jahre einige Parallelen beobachten: Beide Rechtsordnungen brachten in der Zeit zwischen den Weltkriegen wichtige liberale Neuerungen auf den Weg (Frankreich 1933; Deutschland 1926), die dann jedoch schon wenig später im Zusammenhang mit dem sich abzeichnenden Ausbruch des Zweiten Weltkriegs dem repressiven Zeitgeist weichen mussten (Frankreich 1935, 1939; Deutschland 1932, 1934/1935) bzw. faktisch obsolet wurden. Während die Haftgesetzgebung in der Nachkriegszeit, im Anschluss an die Rückkehr zum *status quo ante*, zunächst über einige Jahre mehr oder weniger stagnierte, wurden im dritten Quartal des 20. Jahrhunderts beiderseits des Rheins, ähnlich wie in vielen anderen europäischen Staaten,⁴² die bis dato und womöglich gar bis heute wichtigsten Reformgesetze verabschiedet. War es beim StPÄG (1964) vor allem die Summe der überwiegend liberalen (z.B. Streichung der Fluchtvermutungen, Akzentuierung des Verhältnismäßigkeitsprinzips, umfassende Regelung der Außervollzugsetzung des Haftbefehls), teils aber auch repressiven Einzeländerungen (Einführung der Haftgründe der Wiederholungsgefahr und der Tatschwere), die dieser „kleinen Strafprozessreform“ ihre bleibende Bedeutung für das deutsche Haftrecht verlieh, so bewirkte die CPP-Reform von 1970 einen wahrhaften Paradigmenwechsel, indem sie, nicht nur in terminologischer Hinsicht, die Haft anstelle der Freiheit zum Provisorium erklärte (*détention provisoire*) und ihren Ausnahmecharakter, insbesondere mit der Einführung von gesetzlichen Haftgründen und Haftsurrogaten, auch inhaltlich herausstellte und unterstrich.

Anders als im deutschen Recht, wo seither vergleichsweise wenige, teils repressive (Erweiterung der Haftgründe: 1972, 1976, 1997, 2007, 2009), teils liberale (europarechtlich veranlasste Stärkung der Haftgarantien: 2009, 2013), teils strukturelle Anpassungen (Haftvollzug als Länderzuständigkeit: 2006–2010) erfolgten, die als solche letztlich allesamt nicht imstande sind, den seit einiger Zeit zu beobachtenden Rückgang der Haftzahlen zu erklären („justizielle U-Haftpolitik“), ist im französischen Recht die Anzahl und Taktung der im Ergebnis weiterhin ganz

⁴² Vgl. Jescheck, in: ders./Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 5; dies., a.a.O., S. 932; speziell aus dt.-frz. Blickwinkel Jescheck, in: Ancel (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 377 f.

überwiegend liberal motivierten, nicht selten allerdings pendelartig (siehe insb. die der Beseitigung des untersuchungsrichterlichen Haftmonopols vorangegangenen Entwicklungen seit 1985) verlaufenen Reformen geradezu explosionsartig nach oben geschossen – ohne dass sich dabei jedoch, wie gesehen, im Hinblick auf die Anordnungshäufigkeit und vor allem auf die Dauer der Maßnahme die gewünschten Erfolge zeitigten. Bemerkenswert ist schließlich, dass den neueren Rechtsentwicklungen auf dem Gebiet der Justizhaft in beiden Ländern zunehmend konventions- und unionsrechtliche Impulse zugrunde lagen.

2. Regelungstechnik und Anwendungsbereich

Der vergleichsweise kompakten und über die Jahre hinweg zumindest in ihrer Grundstruktur bemerkenswert stabil gebliebenen Kernregelung der Untersuchungshaft in den §§ 112 ff. StPO steht eine nahezu doppelt so viele Gesetzesvorschriften umfassende und durch ihre Kurzlebigkeit bzw. Reformanfälligkeit gekennzeichnete Aufbereitung der Materie in den Art. 137 ff. CPP gegenüber. Letztere sind in dem Kapitel über die gerichtliche Voruntersuchung als ihrem klassischen Hauptanwendungsbereich lokalisiert und behandeln dort unter anderem auch die Fragen der Haftentschädigung und der Gerichtszuständigkeit, die im deutschen Recht gesondert normiert sind (StrEG, GVG). Ergänzt werden die jeweiligen Hauptregelungskomplexe in beiden Ländern durch zusätzliche Bestimmungen über den Adressaten der Maßnahme (§§ 136 ff. StPO; Art. 80-1, 114 ff. CPP), besondere Anwendungsfelder (§§ 127b, 230 Abs. 2 StPO; Art. 395 ff. CPP), Rechtsmittel (§§ 304 ff. StPO; Art. 185 ff., 191 ff. CPP) und vor allem den Haftvollzug.

Die Durchführung der Justizhaft wurde von der formell-parlamentarischen Gesetzgebung beider Länder lange Zeit nur sehr dürftig bedacht (§ 119 StPO a.F.; Art. 145-4-1 f., 714–716 CPP) und musste daher in Frankreich durch untergesetzliches Exekutivrecht (Art. D. 53 ff. CPP), in Deutschland dagegen durch einfache Verwaltungsanordnungen ohne Außenrechtsqualität (UVollzO) konkretisiert werden. Während die französischen Verordnungs- und Dekret-Bestimmungen vor einigen Jahren durch ein formelles Gefängnisgesetz (Loi pénitentiaire vom 24.11.2009) komplettiert wurden, sind infolge der mit der Föderalismusreform vom 1.9.2006 bewirkten Zuständigkeitsübertragung bezüglich des „Recht[s] des Untersuchungshaftvollzugs“ inzwischen in allen deutschen Bundesländern entsprechende Gesetze (UVollzG) verabschiedet worden. Der französische Verfassungsrat hatte unlängst sogar Gelegenheit ausdrücklich festzustellen, dass der Gesetzgeber die Ausgestaltung der wesentlichen Haftgarantien selbst vornehmen muss und sie nicht im Wege generalklauselartiger Ermächtigungen ohne nähere Maßgaben an die Verwaltung delegieren darf. Die in beiden Rechtsordnungen zu beobachtende Aufwertung des Gesetzlichkeitsprinzips im Haftvollzug ist in Frankreich allerdings insofern zu relativieren, als untergesetzliche Ausführungsbestimmungen nicht nur fortbestehen, sondern zahlenmäßig sogar noch zugenommen haben. Die Einzel-

heiten werden dort, wie schon bisher, durch diverse ministerielle Rundschreiben weiter präzisiert; in Deutschland ist dagegen als Kehrseite der „Vergesetzlichung“ eine Aufsplitterung und Verästelung der Materie in 16 potenziell unterschiedliche Landesgesetzgebungen zu beklagen, was zu misslichen Überschneidungen und Abgrenzungsschwierigkeiten führt.

Signifikante Unterschiede im Anwendungsbereich und infolgedessen auch in der Regelungstechnik bestehen zwischen beiden Ländern insofern, als das französische Recht bis heute an der überkommenen Vorstellung festhält, wonach die Justizhaft grundsätzlich erst ab dem Zeitpunkt in Betracht kommt, in dem ein Gericht – sei es im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung, sei es im Hauptverfahren – mit der Sache befasst ist, wird oder war, während sich das deutsche Recht bereits mit Erlass der RStPO im Wege der Aufnahme einer Verweisungsregelung in § 125 a.F. von dieser traditionellen Konzeption verabschiedet – und diesen Abschied mit der Erstreckung des persönlichen Anwendungsbereichs (§ 112 StPO) vom „Angeschuldigten“ auf den „Beschuldigten“ (1964) noch vor Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung (1975) besiegelt – hat, die Maßnahme hier also in sämtlichen Stadien des Strafverfahrens anwendbar ist. Obwohl dagegen in Frankreich die *instruction* bis heute den klassischen Anwendungsbereich der Maßnahme bildet, ist der – auch und gerade vom französischen Schrifttum häufig vermittelte – Eindruck, dass die *détention provisoire* schlechterdings nur in Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung, d.h. lediglich in gegenwärtig ca. 2 % aller Strafverfahren zulässig sei, unzutreffend.⁴³ Zwar scheidet die Inhaftierung des nicht verur-

⁴³ Auch auslandsrechtliche und rechtsvergleichende Untersuchungen werden der immensen praktischen Bedeutung der Anwendungsfälle der *détention provisoire* in Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung heute nicht mehr gerecht, wenn sie diese entweder gänzlich unerwähnt lassen (so *Mériageau*, in: Dünkel/Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 225 ff.; *Pradel*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 383 ff.) oder aber lediglich in ein, zwei Fußnoten (so *Sessar*, in: Jescheck/Krümpelmann (Hrsg.), Untersuchungshaft, S. 189 Fn. 9, 10) bzw. annexartig ganz am Rande (so *Grebing*, Untersuchungshaft, S. 288 ff.) abhandeln. Die Haft im Rahmen des Schnellverfahrens der *comparution immédiate* infolge einer Beschränkung der Reichweite der Untersuchung auf die *pre-trial*-Phase außen vor zu lassen (so ausdrücklich *Knapen/van der Linden*, in: van Kalmthout u.a. (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 370, allerdings in Widerspruch zu den weniger restriktiven Definitionsansätzen, die im Einleitungskapitel von *van Kalmthout* u.a., ebd., S. 55 [*scope and notion of pre-trial detention*] zugrunde gelegt werden) mag zwar auf den ersten Blick konsequent erscheinen, vernachlässigt aber neben der quantitativen Bedeutung der Maßnahme auch die Tatsache, dass die *détention provisoire* dort mitunter gerade an der *Schnittstelle* von Ermittlungsverfahren und eigentlichem Prozess zum Einsatz kommt. Die Zurechnung zur *trial*- anstatt zur *pre-trial*-Phase mutet daher eher zufällig an (siehe insb. Art. 396 CPP). Unter funktionalen Gesichtspunkten ist eine Einschränkung des Untersuchungsradius des Vergleichs auf die Phase *vor* Prozessbeginn weder aus dt. noch aus frz. Sicht sinnvoll – und schon gar nicht aus europarechtlicher Perspektive. Maßgeblich für die Abgrenzung von Art. 5 Abs. 1 lit. a und c EMRK ist nicht der Prozessbeginn, sondern die – erstinstanzliche – Verurteilung, siehe oben. Überzeugend *Casorla*, in: van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention, S. 102, der sich nicht nur von dem englischen Titel des Sammelbandes („Pre-trial detention“) distanzieret, sondern selbst die frz. Ko-Betitelung des Werks („*Détention avant jugement*“) als zu eng ablehnt und die Phase bis zur *Rechtskraft*

teilten Angeklagten in Verfahren ohne *instruction* in der Tat nicht nur während der *enquête* selbst, sondern im Normalfall auch während des nachfolgenden Gerichtsverfahrens aus, solange dieser nicht durch prozessordnungswidriges Verhalten seine sitzungspolizeiliche (Art. 404 f. CPP) oder säumnisbedingte Inhaftierung (Art. 410-1 CPP) veranlasst. Im Zusammenhang mit besonderen Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung, namentlich für das Eilverfahren der *comparution immédiate* (Art. 395 ff. CPP), sieht das Gesetz jedoch punktuelle Erweiterungen der Inhaftigungsbefugnisse vor, die faktisch (ca. 50 % der jährlichen *détention provisoire*-Gefängnisneuzugänge) wie normativ (Modellcharakter, vgl. etwa die Querverweisungen in Art. 495-10 CPP für das CRPC-Verfahren) eine erhebliche Rolle spielen.

Wenngleich auch das deutsche Recht mit der Ungehorsamshaft (§ 230 Abs. 2 StPO), die der französischen Säumnishaft nach Art. 410-1 CPP entspricht, und vor allem mit der Hauptverhandlungshaft (§ 127b Abs. 2 StPO), die ähnlich wie die Art. 395 ff. CPP die Ermöglichung der Durchführung eines besonderen Eilverfahrens bezweckt, funktional äquivalente Sonder- bzw. Kurzformen der Justizhaft kennt, variiert im Vergleich zum französischen Strafverfahren nicht nur – wie bereits gesehen – deren quantitative und qualitative Bedeutung, sondern auch die Regelungstechnik. Während nämlich die französischen Bestimmungen keine neuen, über Art. 144 CPP hinausgehenden Haftgründe formulieren, sondern sich im Wege einer partiellen Verweisung auf die Art. 137 ff. CPP darauf beschränken, deren Anwendungsbereich über die Phase der gerichtlichen Voruntersuchung hinaus zu erstrecken, weil sonst in ca. 98 % der Verfahren grundsätzlich keine Möglichkeit bestünde, den Betroffenen vor Prozessende in Haft zu nehmen, stellen die besonderen Ausprägungen der Untersuchungshaft im deutschen Recht auch zusätzliche, die §§ 112 f. StPO ergänzende Haftgründe bereit – wären sie doch anderenfalls wegen der universellen Anwendbarkeit der herkömmlichen Untersuchungshaftregelungen, zu denen sie im Übrigen in Konkurrenz stehen (Auswahlmessen), überflüssig.

Beide Haftrechtsordnungen enthalten über den allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hinaus auch ausdrückliche delikts- und tatschwerespezifische (Sonder-)Bestimmungen. Es divergiert jedoch nicht nur die Regelungstechnik bzw. der Anknüpfungspunkt, sondern auch deren Gegenstand.

Obgleich die Unterscheidung zwischen Verbrechen (*crimes*) und Vergehen (*délits*) ihre vormals herausragende Bedeutung im französischen Haftrecht mit der Reform von 1989 verloren hat, fällt ihr auch heute noch beachtliches Gewicht zu (z.B. zwingende Durchführung einer *instruction*; Anwendbarkeit des Haftgrundes des *trouble à l'ordre public*; Höchstdauer der Haft; Folgen der Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung). Entsprechendes gilt auch für andere, an die ab-

der Verurteilung für maßgeblich erachtet; überzeugend deshalb auch die Darstellung zur *détention provisoire* von ders., in: Pradel (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 175 ff.; vgl. auch den differenzierten Ansatz von van Kalmthout u.a., in: ders. u.a. (Hrsg.), *Pre-trial detention*, S. 55.

strakte Tatschwere anknüpfende Kriterien, namentlich Strafbarkeitsschwellen in Form von Mindesthöchststrafferfordernissen (z.B. Anwendungsbereich der Haft und Haftsurrogate); auf die konkrete Tatschwere (Rechtsfolgenerwartung) kommt es hingegen einzig im Zusammenhang mit der Anwendbarkeit der Haft im CRPC-Verfahren an. Lediglich von sekundärer Bedeutung sind in Frankreich stattdessen die vereinzelt vorgesehenen Sonderregeln für bestimmte Straftaten (z.B. abweichende Höchstdauer bei terroristischer Vereinigung) oder Kriminalitätsbereiche (z.B. abweichende Höchstdauer und Möglichkeit zum Ausschluss der Öffentlichkeit bei organisierter Kriminalität; Besonderheiten bei Haftsurrogaten im Zusammenhang mit häuslicher Gewalt).

Abgesehen von der überragenden Bedeutung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sind es im deutschen Haftrecht *umgekehrt* vor allem Straftatenkataloge (z.B. Anwendungsbereich einzelner Haftgründe) bzw. bestimmte Straftaten und Kriminalitätsbereiche (z.B. Lockerung der Begründungspflicht und erweiterter Verteidigerausschluss bei Staatsschutzdelikten; Einschränkung der Verkehrs mit dem Verteidiger und Kontaktsperre bei organisierter terroristischer Kriminalität), an welche die Haft(sonder)regeln anknüpfen. Auf die abstrakte Tatschwere (ggf. Ausschluss der Haft bzw. bestimmter Haftgründe bei leichteren Taten; vgl. umgekehrt § 127b StPO) kommt es nur sekundär an. Die konkrete Tatschwere ist wie in Frankreich nur vereinzelt von Bedeutung (Haftgrund der Wiederholungsgefahr). Die der französischen Differenzierung zwischen *crimes* und *délits* entsprechende Unterteilung in Verbrechen und Vergehen (§ 12 StGB) spielt im geltenden Haftrecht dagegen seit Abschaffung der Fluchtpräsumtion für Verbrechen bzw. seiner Ersetzung durch den Haftgrund der besonderen Tatschwere durch das StPÄG (1964) keine Rolle mehr.

Gegenstand der delikts- und tatschwerebezogenen Spezialbestimmungen sind in beiden Rechtsordnungen, abgesehen von konkurrierenden staatsanwaltschaftlichen und richterlichen Sonderzuständigkeiten, die *Anwendungs- bzw. Anordnungs-voraussetzungen* der Haft (und ihrer Surrogate) sowie die *Garantien* des Betroffenen. In Frankreich fehlt dabei, anders als bei der *garde à vue*, eine mit der deutschen Kontaktsperrevergleichbare Konkretisierung des allgemeinen Notstandsgedankens für besondere Gefährdungslagen; abweichende Bestimmungen bezüglich der (*Höchst-)*Dauer der Maßnahme sieht dagegen nur das französische Recht vor.

3. Verhältnis zu anderen justiziellen Freiheitsentziehungen

Das Repertoire der neben der Justizhaft i.e.S. vorgesehenen, keiner polizeilichen Anordnung zugänglichen Freiheitsentziehungen unterscheidet sich in beiden Ländern nicht nur in institutioneller, sondern teils auch in funktionaler Hinsicht. Während das französische System der *mandats de justice* im deutschen Haftrecht immerhin eine Reihe funktionaler Pendanten kennt (nachfolgend a.), ist der StPO eine

der *incarcération provisoire* entsprechende Kurz-Inhaftierungsermächtigung im Vorfeld des Haftbefehlserlasses fremd (b.). Umgekehrt wird zwar im CPP das Fehlen einer strafprozessual verselbstständigten Befugnis zur einstweiligen Unterbringung oder zur Anstaltsunterbringung zwecks Beobachtung insbesondere durch entsprechende Einsatzmöglichkeiten der *détention provisoire* und vor allem ihrer Surrogate kompensiert (c.); die im deutschen Recht bestehende Möglichkeit einer mittel- bis langfristigen Ordnungs- oder Beugehaft gegenüber bloßen Zeugen ist in Frankreich dagegen unbekannt (d.).

a) *System der mandats de justice im Spiegel des deutschen Haftrechts*

Das System der – insgesamt fünf, in einem eigenen Gesetzesabschnitt mehr oder weniger geschlossen geregelten – *mandats de justice* (Art. 122–136 CPP), welche die *autorité judiciaire*, im Regelfall den Richter, zum Erlass von auf die Sicherstellung der Anwesenheit einer tatverdächtigen Person gerichteten „Haftbefehlen“ i. w. S. ermächtigen, hat im deutschen Recht zwar *in dieser Form* keine Entsprechung, doch existieren mehrheitlich funktional übereinstimmende Befugnisse.

– Lediglich das auf die Anordnung der Polizeihaft gerichtete und deshalb bereits im Zusammenhang mit der *garde à vue* erörterte *mandat de recherche* ist wegen des strikten Richtervorbehalts in Art. 104 GG und der Tatsache, dass eine richterlich oder staatsanwaltschaftlich angeordnete Vorführung (siehe sogleich) – ungeachtet ihrer Vollstreckung durch die Polizei – niemals zum Polizeirevier hin erfolgt, in Deutschland undenkbar (vgl. auch die subsidiäre Ausgestaltung der Ausschreibung zur Festnahme nach § 131 Abs. 2 StPO, die im Übrigen, anders als das *mandat de recherche*, keine eigenständige Festnahmeberechtigung vermittelt).

– Dem *mandat de comparution*, das dem Verdächtigen die *nicht zwangsweise durchsetzbare* Pflicht auferlegt, in der gerichtlichen Voruntersuchung zu einer richterlichen Vernehmung vor dem Untersuchungsrichter zu erscheinen, entspricht die einfache Ladung durch den Ermittlungsrichter bzw. Staatsanwalt nach § 133 Abs. 1 StPO (i. V. m. § 163a Abs. 3 StPO), der keine Androhung nach Abs. 2 beigefügt ist. Sie ist gegenüber dem Beschuldigten auch im Fall eines bloßen Anfangsverdachts zulässig, wohingegen es im französischen Strafverfahren eines qualifizierten Tatverdachts in Form einer auf schweren oder übereinstimmenden Verdachtsmomenten beruhenden Begehungswahrscheinlichkeit bedarf; da beide Instrumente keinen Einsatz von Zwang rechtfertigen und unter keinen Umständen eine Freiheitsentziehung nach sich ziehen können, brauchen sie hier nicht vertieft zu werden.

– Die in dem *mandat de dépôt* verselbstständigte Befugnis zur Invollzugsetzung der Haftanordnung (*ordonnance de mise en détention provisoire*) ist im deutschen Recht insofern entbehrlich, als bereits der Haftbefehl als solcher (§ 114 StPO) zur Einweisung in die Justizanstalt und Vollziehung der Untersuchungshaft ermächtigt.

– Eine Ergreifung und *zwangsweise* Vorführung zum Zwecke der Vernehmung, die in die anschließende Anordnung der Justizhaft i.e.S. münden kann, erlaubt das dem deutschen Vorführungsbefehl (§ 134 StPO) entsprechende *mandat d’amener*.

Während die StPO neben dieser „sofortigen Vorführung“ und der einfachen Ladung als dritten Weg eine Ladung *unter Androhung der Vorführung* (§ 133 Abs. 2 StPO) kennt, fehlt im französischen System der *mandats* eine entsprechende, zwischen *mandat de comparution* und *mandat d’amener* situierte Zwischenstufe. Im Gegensatz zum CPP, der die Anordnung des Vorführungsbefehls und die anschließende Vernehmung dem (i.d.R. Untersuchungs-)Richter vorbehält, stehen diese Kompetenzen in Deutschland auch dem Staatsanwalt zu (§ 163a Abs. 3 StPO); der Richtervorbehalt aus Art. 104 GG soll dem wegen des lediglich *freiheitsbeschränkenden* Charakters der Maßnahme nicht entgegenstehen. Übereinstimmende Voraussetzung für den Erlass des Vorführungsbefehls ist ein gesteigerter Tatverdacht, der im französischen Strafverfahren ein im obigen Sinne qualifizierter, im deutschen Recht ein dringender i.S.v. § 112 StPO sein muss. Die weiteren sachlichen Anordnungsvoraussetzungen divergieren insofern, als nur das französische Recht den Anwendungsbereich auf Straftaten beschränkt, die mit Freiheitsstrafe bedroht sind, während umgekehrt nur die StPO das Vorliegen auch der weiteren Haftbefehlsvoraussetzungen, insbesondere eines Haftgrundes verlangt.

Unterschiede bestehen auch beim Verfahren im Anschluss an die Ergreifung. Das deutsche Gesetz beschränkt sich insofern auf die Maßgabe, dass der Betroffene unverzüglich dem Richter bzw. Staatsanwalt (§ 163a Abs. 3 StPO) vorzuführen und von diesem zu vernehmen ist; dabei darf er – unbeschadet der Möglichkeit, einen Haftbefehl herbeizuführen – in keinem Fall länger als bis zum Ende des auf die Ergreifung folgenden Tages festgehalten werden. Auch das französische Recht verlangt eine umgehende Vernehmung, räumt der Polizei aber zugleich ein maximal 24-stündiges Festhalterecht für den Fall ein, dass eine sofortige Verbringung vor den Richter nicht möglich ist; eine darüber hinausgehende Festhaltebefugnis von insgesamt maximal vier (bei Übersee-Fällen: sechs) Tagen besteht nur, wenn der Festnahmeort mehr als 200 km vom Sitz des zuständigen Untersuchungsrichters entfernt liegt und der Betroffene vor Ablauf der 24-Stunden-Frist vom Grundrechte- und Haftrichter des Festnahmeorts angehört wurde, dem das Gesetz jedoch keine eigenen Entscheidungsbefugnisse einräumt. Für die vernehmungsbedingte Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung nach Ankunft vor dem zuständigen Untersuchungsrichter sieht das Gesetz keine Zeitgrenze vor; die Möglichkeit, die Vorführung durch die Inanspruchnahme des Schweigerechts zu beenden, wird in Frankreich nicht diskutiert. Während der CPP dem aufgrund des Vorführungsbefehls Ergriffenen im Wege einer partiellen Verweisung auf die *garde à vue*-Garantien immerhin ein Angehörigenbenachrichtigungsrecht und einen Anspruch auf ärztliche Untersuchung zugesteht, fehlt in § 134 StPO eine Bezugnahme auf die haftakzessorischen Garantien der §§ 114a ff. StPO. Hier ist der Betroffene also auf seine allgemeinen Beschuldigtenrechte (§§ 136 ff. StPO) beschränkt.

– Für das *mandat d'arrêt*, das auf die Ergreifung und Inhaftierung einer qualifiziert tatverdächtigen Person gerichtet ist, welche entweder flüchtig ist oder sich im Ausland aufhält, besteht in der StPO kein gesondertes Regelungsbedürfnis, da die Untersuchungshaft im Gegensatz zur *détention provisoire* auch gegenüber abwesenden bzw. nicht zuvor angehörten Personen angeordnet werden kann und der entsprechende Haftbefehl, anders als die *ordonnance de mise en détention provisoire*, auch ein Festnahmerecht verleiht. Da die Situation nach der Festnahme aufgrund eines *mandat d'arrêt* im Wesentlichen der Sachlage im Anschluss an die Ergreifung aufgrund eines Haftbefehls (§§ 115, 115a StPO) entspricht, wird nachfolgend im Zusammenhang mit der Behandlung des Anordnungsverfahrens (B.4.b.bb.) auf dieses Institut – und das *mandat d'amener* – zurückzukommen sein.

b) Fehlen einer Vor-Inhaftierungsbefugnis vor Haftbefehlserlass in der StPO

Im Gegensatz zum CPP, der dem Richter anlässlich der Verhandlung über die Haftentscheidung in der gerichtlichen Voruntersuchung die Option einräumt, den Beschuldigten für eine Dauer von vier Werktagen vorläufig zu inhaftieren (*incarcération provisoire*), weil dieser entweder eine Frist zur Vorbereitung seiner Verteidigung begehrt oder der Richter sich von weiteren Nachforschungen die Chance einer Vermeidung der Haft verspricht, fehlen im deutschen Recht entsprechende, dem Haftbefehl vorgelagerte Inhaftierungsinstrumente. Geht der Haftentscheidung dort, wie in aller Regel, eine vorläufige Festnahme voraus (§ 128 StPO), so steht der Richter häufig vor dem Dilemma, in sehr kurzer Zeit auf recht schmaler Tatsachengrundlage eine sehr weitreichende Entscheidung treffen zu müssen.⁴⁴

c) Freiheitsentziehungen gegenüber eventuell nur eingeschränkt Schuldfähigen

Während die StPO für Personen, an deren uneingeschränkter strafrechtlichen Verantwortlichkeit Zweifel bestehen, mit der einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO) und der Anstaltsunterbringung zur Beobachtung (§ 81 StPO) zwei besondere Formen justiziell angeordneter Freiheitsentziehungen in einem Krankenhaus bzw. einer Anstalt zur Verfügung stellt, fehlen im CPP entsprechend verselbstständigte Befugnisse.

Abgesehen davon, dass für gefährliche Personen mit psychischen Defekten das – im deutschen (Landesunterbringungs-)Recht von den strafprozessualen Instituten verdrängte – verwaltungspolizeirechtliche Instrumentarium besondere Eingriffs-

⁴⁴ Vgl. Jescheck, in: Ancel (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 389 f., der – im Hinblick auf das *mandat d'arrêt* – das Fehlen einer entsprechenden Vor-Haft (*pré-détention*) zur Vermeidung überstürzter Haftbefehle (*incarcérations précipitées*) vermisst; so auch *ders.*, ZStW 86 (1974), 777; *ders./Krümpelmann*, in: dies. (Hrsg.), *Untersuchungshaft*, S. 992.

ermächtigungen bereitstellt (*hospitalisation d'office*, Art. 3213-1 ff. CSP),⁴⁵ kommt gegenüber potenziell unzurechnungs- oder eingeschränkt zurechnungsfähigen Personen neben der Anordnung von haftvermeidenden gerichtlichen Kontrollauflagen auch der Vollzug der *détention provisoire* in Betracht. Gemäß Art. 138 Abs. 2 Nr. 10 CPP kann dem Beschuldigten im Wege des *contrôle judiciaire* aufgegeben werden, sich stationären Untersuchungs- oder Behandlungsmaßnahmen zu unterwerfen (*hospitalisation*); im Fall einer Zuwiderhandlung oder bei Vorliegen eines Haftgrundes kann die *détention provisoire* – im Gegensatz zur Untersuchungshaft – selbst dann angeordnet und aufrechterhalten werden, wenn der Strafbarkeitsausschlussgrund der Schuldunfähigkeit (Art. 122-1 Abs. 1 CP) *wahrscheinlich* ist. Ebenso wie die Untersuchungshaft darf die *détention provisoire* dann selbstverständlich – hier wie auch sonst – zu Beobachtungszwecken i.S.v. § 81 StPO genutzt werden. Anders als im deutschen Recht (vgl. z.B. Art. 1 Abs. 1 Satz 3 BayUVollzG) ist der Verbleib in der Haftanstalt nur im Fall von akuten psychischen Störungen i.S.v. Art. L. 3214-3 CPP abzubrechen und eine Unterbringung gemäß Art. 3213-1 CSP zu veranlassen (Art. D. 398 CPP). Schließlich endet die *détention provisoire* kraft Gesetzes, wenn das spezielle, als Ersatzprozess ausgestaltete Schuldunfähigkeitsfeststellungsverfahren in Art. 706-119 ff. CPP zu einem *arrêt d'irresponsabilité pénale* führt; in diesem Fall kommt jedoch die Anordnung einer Zwangsunterbringung (*hospitalisation*) oder strafbewehrter Sicherungsmaßnahmen (*mesures de sûreté*) durch die Untersuchungskammer bzw. das Prozessgericht (vgl. Art. 706-129 ff. CPP) in Betracht (Art. 706-135 ff. CPP), welche beide funktional den Maßregeln nach §§ 63 ff. StGB entsprechen.⁴⁶

d) *Fehlen einer Ordnungs- oder Beugehaft gegenüber bloßen Zeugen im CPP*

Die in § 70 StPO dem Richter vorbehaltenen Möglichkeiten, den Zeugen zur Aussageerzwingung für bis zu sechs Monate in Beugehaft zu nehmen und ihm als Sanktion für die unentschuldigte Absenz oder Aussageverweigerung bei einer richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Vernehmung eine ersatzweise Ordnungshaft von bis zu sechs Wochen aufzuerlegen, ist im CPP nicht vorgesehen.

Zwar steht der französischen Polizei auch gegenüber Dritten ein An- und ggf. Festhalterecht zur Identitätsfeststellung (Art. 78-2 Abs. 1 Spstr. 3, 78-3 CPP) sowie ein bis zu vierstündiges Festhalterecht zu Vernehmungszwecken zu (Art. 62 Abs. 2, 78 Abs. 2, 153 Abs. 1 CPP).⁴⁷ Auch kann der Untersuchungsrichter in der *instruction* die zwangsweise Vorführung eines Zeugen zur Vernehmung anordnen (Art. 109 Abs. 3, 110 CPP). Da jedoch die unberechtigte Aussageverweigerung

⁴⁵ Zu entsprechenden Informationspflichten der Strafverfolgungsbehörden gegenüber den Verwaltungsbehörden vgl. Art. 3213-7 CSP; siehe hierzu oben Teil 1, I.B.2.a.bb.2.

⁴⁶ Siehe zum frz. Recht oben Teil 1, III.B.2.a.bb.

⁴⁷ Siehe dazu oben Teil 1, II.A.3.b.cc.

bzw. Verletzung der Erscheinungspflicht im Normalfall lediglich mit Geldstrafe (Art. 434-15-1 CP) und nur ausnahmsweise mit Freiheitsstrafe bedroht ist (Art. 434-11 f. CP), scheidet eine darüber hinausgehende Freiheitsentziehung – für die nur der Rechtsrahmen der *garde à vue* oder *détention provisoire* in Betracht kommt – im Regelfall aus.

4. Freiheitsbeschränkende Haftsurrogate

Beide Verfahrensordnungen tragen dem Ausnahmecharakter der Justizhaft heute insbesondere in der Weise Rechnung, dass sie an ihrer statt freiheitsbeschränkende Ersatzmaßnahmen als eingriffsmildere Mittel vorsehen, welche dem Erlass bzw. Vollzug des Haftbefehls aus Verhältnismäßigkeitsgründen vorzuziehen sind und dem Richter eine Alternative zu der Dichotomie „Freiheit oder Haft“ eröffnen.

Im deutschen Recht kommt neben der wenig praxisrelevanten Möglichkeit eines Absehens von der Festnahme gegen Sicherheitsleistung (§ 127a StPO) primär eine Aussetzung des Vollzugs des Haftbefehls (§ 116 StPO) in Betracht; das französische Recht geht dagegen in Art. 137 ff. CPP von einer dreifachen Abstufung aus, indem an erster Stelle die Anordnung gerichtlicher Kontrollauflagen in Erwägung zu ziehen ist, an zweiter Stelle die – ursprünglich (2002) als besondere Ausführungsmodalität des *contrôle judiciaire* konzipierte, dann aber 2009 zu einem eigenständigen Haftsurrogat aufgewertete – Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung als qualifizierte Freiheitsbeschränkung und schließlich erst an dritter Stelle die *détention provisoire*. Während es sich bei beiden französischen Ersatzmaßnahmen um Haftbefehlssurrogate handelt, welche bereits die *Anordnung* der Haft entbehrlich machen, stellt die Aussetzung des *Vollzugs* des Haftbefehls (§ 116 StPO) – anders als § 127a StPO – ein bloßes Haftvollzugssurrogat dar, das den vorherigen Erlass eines Haftbefehls gerade voraussetzt. Obwohl die französische Konstruktion den Ausnahmecharakter der Haft insofern besser realisiert, als mit ihr eine Haftanordnung vermieden wird, ist andererseits nur bei ihr eine gesetzliche Abkoppelung der Ersatzmaßnahmen von den Haftanordnungsvoraussetzungen denkbar, die – in Widerspruch zu ihrer eigentlichen Haftvermeidungsfunktion – eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der Justizhaft ermöglicht (siehe die folgenden Ausführungen zu dieser *détention-sanction*).

Der mögliche Inhalt der auch kumulativ anwendbaren Kontrollauflagen ist in Art. 138 Abs. 2 Nr. 1–17 CPP enumerativ aufgezählt; hinzu kommt die subsidiäre Möglichkeit einer elektronischen Aufenthaltsüberwachung, die allerdings teilweise speziellen Voraussetzungen unterliegt. § 116 StPO gibt dem Richter dagegen bloße Regelbeispiele ohne abschließenden Charakter an die Hand; mithin ist die „elektronische Fußfessel“ ungeachtet des Fehlens einer ausdrücklichen Normierung schon nach geltendem Recht zulässig, kommt allerdings wegen der Widerstände in der Praxis bislang kaum zum Einsatz. Die Ersatzmaßnahmen sind zwar in beiden Ländern nicht zwangsweise durchsetzbar; da jedoch ihre Nichtbefolgung die An-

ordnung bzw. Invollzugsetzung der Justizhaft zur Folge haben kann, bestehen starke Anreize zu ihrer „freiwilligen“ Einhaltung. Während der CPP den Grundsatz der Freiwilligkeit bei der elektronischen Aufenthaltsortsüberwachung besonders betont, indem die Anordnung normalerweise das Einverständnis des Betroffenen voraussetzt (Ausnahme: häusliche Gewalt i.S.v. Art. 142-12-1 CPP), ist dieser Grundsatz bei Kontrollauflagen, die gegen eine juristische Person angeordnet wurden, insofern relativiert, als deren Verletzung unter Umständen sogar strafbewehrt ist (Art. 706-45 Abs. 4 CPP).

Der Anwendungsbereich der Ersatzmaßnahmen ist im deutschen Recht, in ihrer Eigenschaft als Haftvollzugssurrogate, zwangsläufig deckungsgleich mit dem der Untersuchungshaft (und der einstweiligen Unterbringung, siehe § 126a Abs. 2 Satz 1 StPO), wohingegen er im französischen Strafverfahren über den der Justizhaft hinausgeht – kommen sie bei Verfahren ohne *instruction* doch etwa auch im Fall einer vereinfachten protokollarischen Ladung in Betracht (Art. 394 Abs. 3 CPP). Hinsichtlich der Anordnungszuständigkeit unterscheiden sich beide Rechtsordnungen darin, dass der CPP sie nicht dem lediglich auf Antrag tätig werdenden (Grundrechte- und) Haftrichter vorbehält, sondern in der *instruction* eine konkurrierende Zuständigkeit des von Amts wegen und deshalb im Regelfall intervenierenden Untersuchungsrichters statuiert. Erforderlicher Tatverdacht und zulässiger Empfängerkreis entsprechen im deutschen Recht, das die Ersatzmaßnahmen nur gegenüber Haftbefehlsadressaten zulässt, der Untersuchungshaft, wohingegen im CPP die Mindesthöchststrafandrohung, an welche ihre Anwendbarkeit in der *instruction* geknüpft ist, niedriger ist als bei der *détention provisoire*.

Im Unterschied zu den Haftvollzugssurrogaten der StPO, die nur bei Vorliegen eines gesetzlichen Haftgrundes in Betracht kommen und die Zwecke des außer Vollzug gesetzten Haftbefehls teilen (vgl. § 116 StPO), sind die französischen Haftbefehlssurrogate vom Erfordernis eines Haftziels nach Art. 144 CPP befreit. Um dem Richter einen Anreiz zu geben, die Ersatzmaßnahmen der Haft vorzuziehen, verbleibt es insoweit bei der Generalklausel in Art. 137 CPP, wonach sie für die „Notwendigkeiten der gerichtlichen Voruntersuchung“ oder als „Sicherungsmaßnahme“ einsetzbar sind – also im richterlichen Ermessen stehen; dass anders als im deutschen Recht auch die Zwecke der Besserung und Resozialisierung verfolgt werden können, belegt die ausdrückliche Anerkennung des *contrôle judiciaire socio-éducatif* in Art. 138 Abs. 2 Nr. 6 CPP. Die Funktionen von Sicherheitsleistung und Kautionsleistung, denen in beiden Ländern die ausführlichste gesetzliche Regelung zuteilwird, divergieren erheblich, da sie nach französischem Verständnis unter anderem auch der Sicherung von Schadensersatz-, Unterhalts- und Prozesskostenersatzansprüchen des Opfers dienen, also ein Mittel der vorweggenommenen Zwangsvollstreckung darstellen (Art. 142 CPP).⁴⁸

⁴⁸ Vgl. bereits *Jescheck*, in: Ancel (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 400 f.

Abgesehen davon, dass die deutschen Haftvollzugssurrogate erst *nach* Erlass des Haftbefehls in Betracht kommen, ist dem Verfahren beider Länder gemeinsam, dass die Ersatzmaßnahmen jederzeit, also sowohl vor als auch nach dem Haftantritt angeordnet werden können. Im CPP ist eine gesonderte Anhörung in der *instruction* nur bei der *assignation à résidence avec surveillance électronique* vorgesehen, in Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung dagegen stets (vgl. Art. 394 Abs. 3, 396 Abs. 2 CPP); im deutschen Recht richtet sich ihre Verzichtbarkeit bei Haftbefehlserlass nach den dort geltenden Grundsätzen; (auch) anschließend kann von ihr meist abgesehen werden (§ 33 StPO). Während der CPP dem Haftrichter mit der *incarcération provisoire* (siehe oben 3.b.) und der *enquête sociale rapide* (Art. 41 Abs. 7 CPP) (Eil-)Instrumente an die Hand gibt, um die Tauglichkeit von Ersatzmaßnahmen besser einschätzen zu können, hat der deutsche Richter lediglich die – seine Zeitnot (§§ 115, 128 StPO) unberührt lassende – Möglichkeit, die Haftentscheidungshilfe analog § 160 Abs. 3 StPO in Anspruch zu nehmen.

Sieht man von der in Sechs-Monats-Intervallen zu erneuernden und auf eine Maximaldauer von zwei Jahren beschränkten elektronischen Aufenthaltsortüberwachung ab, so existieren in beiden Ländern keine festen zeitlichen Obergrenzen für die Aufrechterhaltung der Ersatzmaßnahmen, sondern es gilt der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; eine Anrechnung ihrer Dauer auf die Strafhaft sieht nur das französische Recht für die *assignation à résidence avec surveillance électronique* vor (vgl. dagegen § 51 Abs. 1 StGB: „Freiheitsentziehung“). Im Übrigen enden die Maßnahmen nicht erst bei der Beendigung des Verfahrens, sondern auch dann, wenn nachträglich die Justizhaft in Vollzug gesetzt (StPO) bzw. angeordnet (CPP) wird. Während dies im deutschen Recht nur möglich ist, wenn ein Widerrufsgrund (§ 116 Abs. 4 StPO) vorliegt, also wesentliche neue Umstände, insbesondere eine gröbliche Zuwiderhandlung gegen die Ersatzmaßnahme, *und* darüber hinaus alle übrigen Voraussetzungen des Haftbefehls (fort-)bestehen, sind im französischen Recht zwei Situationen zu unterscheiden: Zum einen kann die *détention provisoire* bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen stets, d.h. selbst ohne Auftreten neuer Umstände, angeordnet werden (Grundsatz der jederzeitigen Abänderbarkeit); zum anderen kann sie bei vorsätzlicher Zuwiderhandlung gegen ein Haftsurrogat auch *unabhängig* von ihren sonstigen Voraussetzungen – also etwa bei Fehlen eines Haftgrundes, bei Unterschreitung ihrer Mindesthöchststrafandrohung oder in Verfahrensstadien, wo sie normalerweise nicht anwendbar ist (z.B. Art. 394 CPP) – als prozessuale Sanktion (*détention-sanction*) zum Einsatz kommen.

Für die Garantien des Betroffenen sind in beiden Ländern die allgemeinen Beschuldigtenrechte maßgeblich. Während in den einschlägigen Verfahrensstadien in Frankreich stets die Dienste eines ggf. von Amts wegen beigeordneten Verteidigers in Anspruch genommen werden können (siehe nur Art. 116 Abs. 5, 393 Abs. 2 CPP), begründet der *außer Vollzug* gesetzte Haftbefehl nach deutschem Recht keine notwendige Verteidigung.

Dem Betroffenen steht gegen die Ersatzmaßnahme das Rechtsmittel der Beschwerde (*appel*) zu, im französischen Strafverfahren verfügt er darüber hinaus über einen – der deutschen Haftprüfung (§ 117 StPO) entsprechenden – Rechtsbehelf zum Untersuchungsrichter (Art. 140 CPP). Eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle der sachlichen Rechtfertigung, d.h. der Erforderlichkeit für die *nécessités de l'instruction* oder als *mesure de sûreté* (Art. 137 CPP), findet in Frankreich nicht statt, da sie der souveränen Einschätzung der Untersuchungsgerichtsbarkeit obliegt; die Cour de cassation wacht jedoch in formeller Hinsicht über die hinreichende Begründung der Maßnahme. Im Gegensatz zum CPP, der nur dem von einer elektronischen Aufenthaltsortsüberwachung Betroffenen einen verschuldensunabhängigen Entschädigungsanspruch zugesteht, wenn das Verfahren nicht in eine Verurteilung mündet, sind im deutschen Recht alle Haftsurrogate entschädigungsfähig (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 StrEG).

B. Anordnung

1. Zuständigkeit

Die Anordnung der Justizhaft ist in beiden Ländern dem Richter vorbehalten. Während der deutschen Zuständigkeitsordnung eine Unterscheidung zwischen der Phase vor Klageerhebung (Grundsatz: Einzelrichter am AG; Sonderfall: konkurrierende Zuständigkeit des OLG-/BGH-Ermittlungsrichters bei Staatsschutzsachen) und der Phase nach Klageerhebung (Grundsatz: Prozessgericht; Sonderfall: Eilkompetenz des Vorsitzenden) zugrunde liegt (§ 125 StPO), war der CPP, der die *détention provisoire*, wie gesehen, erst ab der staatsanwaltschaftlichen Anklageentscheidung (i.w.S.) zulässt, lange Zeit von der Differenzierung zwischen der *instruction* und allen übrigen Prozessabschnitten geprägt. Im ersteren Fall oblag die Haftanordnung dem zur Leitung und Kontrolle der Ermittlungen gleichermaßen berufenen Untersuchungsrichter, der in der StPO seit Abschaffung der gerichtlichen Voruntersuchung (1975) keine funktionale Entsprechung mehr kennt; im letzteren Fall stand sie entweder einem verfahrensexternen Einzelrichter oder, ab Beginn der Hauptverhandlung, dem Prozessgericht zu.

Mit der Übertragung der Haftanordnungs Kompetenzen auf den *juge des libertés et de la détention* (2000), der mit seiner Kontrollfunktion und in seiner Eigenschaft als von außen und nur punktuell auf Antrag intervenierender Einzelrichter starke Parallelen zum deutschen Haftrichter aufweist, hat die *instruction* ihre bisherige, kompetenzbegründende Bedeutung eingebüßt. Da dem Grundrechte- und Haftrichter – abgesehen von den Kontroll- und Rechtsmittelzuständigkeiten der Untersuchungskammer – Haftanordnungs kompetenzen sowohl in als auch außerhalb der *instruction* zustehen und er insoweit erst ab der Eröffnung der Hauptverhandlung dem erkennenden Gericht weichen muss, ist heute – ähnlich wie in Deutschland (Klageerhebung) – der Zeitpunkt der Befassung des Prozessgerichts für die Zustän-

digkeitsverteilung maßgeblich. Obwohl die Ausübung der Funktionen des französischen Haftrichters anders als im deutschen Recht höherrangigen und damit dienstälteren Richtern vorbehalten ist, wird die Effektivität der Vorabkontrolle in beiden Ländern kritisiert.

Soweit die Haft *vor* der Befassung des Prozessgerichts angeordnet werden soll, bedarf es hierzu grundsätzlich eines Haftantrags (Ausnahme in Deutschland: Gefahr im Verzug, § 125 Abs. 1 Alt. 2 StPO). Während hierfür im deutschen Strafverfahren generell und ausschließlich der Staatsanwalt zuständig ist, gilt dieser Befund in Frankreich nur für Verfahren ohne *instruction*. Im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung steht die Antragshoheit dagegen grundsätzlich dem Untersuchungsrichter – ab 2017 möglicherweise einem Untersuchungsrichterkollegium – zu, der seinerseits auf einen entsprechenden Antrag des Staatsanwalts hin agiert. Der Haftentscheidung ist somit regelmäßig ein doppelter richterlicher Filter vorgelegt; lediglich für Schwerstkriminalität sieht das Gesetz seit 2004 zugunsten des Staatsanwalts die Möglichkeit vor, den Haftrichter – unter Umgehung des negativen Votums des Untersuchungsrichters – direkt anzurufen (Art. 137-4 Abs. 2 CPP).

2. Straftatbezug und Adressat

Die Anordnung der *détention provisoire* kommt in der gerichtlichen Voruntersuchung ausschließlich gegenüber dem förmlich Beschuldigten und im Übrigen, d.h. im Anschluss an die staatsanwaltschaftliche Entscheidung über die Einleitung eines Gerichtsverfahrens (ohne Vorschaltung einer *instruction*), nur gegenüber dem Angeschuldigten bzw. Angeklagten (*prévenu*) in Betracht. Dabei setzt der CPP in allen Fällen die *Anwesenheit* des Betroffenen voraus. Im deutschen Recht dagegen ist jeder Beschuldigte, egal ob an- oder abwesend, egal ob bereits eine Anschuldigung bzw. Anklage i.S.v. § 157 StPO stattgefunden hat, tauglicher Haftadressat; lediglich die an das Ausbleiben in der Hauptverhandlung anknüpfende Ungehorsamshaft ist einzig auf den Angeklagten (mit Inlandswohnsitz) anwendbar.

Im Gegensatz zum deutschen Recht, das den „dringenden Tatverdacht“ in § 112 Abs. 1 StPO als einheitliche Voraussetzung für alle Fälle der Untersuchungshaft (vgl. auch § 127b Abs. 2 StPO; Ausnahme: § 230 Abs. 2 StPO) an erster Stelle im Gesetz nennt und ihm insoweit, auch ausweislich der umfangreichen Belege in Rechtsprechung und Schrifttum, eine ganz zentrale Bedeutung beimisst, stellt der CPP, ebenso wie die einschlägige Standardlehrbuchliteratur, bei der Anordnung der *détention provisoire* keinen direkten Zusammenhang mit dem Erfordernis eines Tatverdachts her (siehe insb. Art. 137-3 CPP). Da das französische Gesetz zu dieser Frage seit jeher schweigt und lediglich implizit – insbesondere mit seinen adressatenspezifischen Beschränkungen und der Anknüpfung der Maßnahme an Mindeststrafbarkeitsschwellenwerte – zu erkennen gibt, dass die Haftanordnung das Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente voraussetzt, bedient sich die Lehre, die dies schon seit den Zeiten des CIC als ungeschriebene, traditionelle und inzwi-

schen gewohnheitsrechtlich gefestigte Selbstverständlichkeit auffasst, verschiedener „Hilfskonstruktionen“. Stand dabei vormals die Idee einer Analogie zu einer Vorschrift aus dem Flagranzverfahren im Vordergrund, so erachtet die h.M. heute, jedenfalls in der *instruction*, die für die *mise en examen* erforderliche Verdachtslage (Art. 80-1 CPP: *indices graves ou concordants*) für maßgeblich – ohne sich insoweit allerdings für Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung (z.B. *comparution immédiate*) und damit *ohne* förmliche Beschuldigung zu interessieren.

Wenngleich somit feststeht, dass die Haftanordnung grundsätzlich in beiden Rechtsordnungen einen qualifizierten Tatverdacht voraussetzt, treten bereits bei der Frage, *wer* in diesem Zusammenhang *wann* für die Prüfung zuständig ist, erhebliche Unterschiede zutage: Im deutschen Recht obliegt die Beurteilung dem für die Haftentscheidung zuständigen Amtsrichter, der sein Vorliegen bei Erlass des Haftbefehls ausdrücklich feststellen und begründen muss (§ 114 Abs. 2 Nr. 2, 4 StPO). Da sich der CPP, der vor allem keine dahingehende *Haftbegründung* verlangt (*e contrario* Art. 137-3 CPP), im Zusammenhang mit der Haftentscheidung nicht mit der Frage des Tatverdachts aufhält und die Cour de cassation es den Untersuchungskammern darüber hinaus ausdrücklich verwehrt hat, anlässlich der Kontrolle einer *Haftentscheidung* die Subsumtion des dem Betroffenen zur Last gelegten Lebenssachverhalts unter das Strafgesetz (*qualification des faits*) – mit anderen Worten: den Tatverdacht – infrage zu stellen, geht die überwiegende Auffassung in der Lehre davon aus, dass die rechtliche und tatsächliche Überprüfung des Tatverdachts (*indices de culpabilité*) nicht bei Gelegenheit der Haftanordnung, sondern bei der ihr – in der gerichtlichen Voruntersuchung – zwingend *vorgelagerten* Entscheidung über die förmliche Beschuldigung erfolgt (str.). Seit der Übertragung der Haftanordnungs Kompetenzen vom Untersuchungsrichter auf den Grundrechte- und Haftrichter (2000) ist das Vorliegen des Tatverdachts einerseits (Art. 80-1 Abs. 1 CPP) und das der übrigen Haftvoraussetzungen andererseits (Art. 137-3 CPP) also nicht mehr nur zu zwei (möglicherweise) *unterschiedlichen Zeitpunkten*, sondern auch von zwei *unterschiedlichen Richtern* zu beurteilen. Im Gegensatz zur StPO ist dem französischen (Grundrechte- und) Haftrichter eine Ablehnung der Haftanordnung wegen fehlenden Tatverdachts somit von vornherein verwehrt.⁴⁹

⁴⁹ Obwohl sich – auch – die rechtsvergleichenden und auslandsrechtlichen Arbeiten zum frz. Haftrecht ganz überwiegend auf die Darstellung der Phase der gerichtlichen Voruntersuchung beschränken (siehe oben A.II.; Ausnahme: *Casorla*, in: Pradel (Hrsg.), *Atteintes à la liberté*, S. 175 ff.), werden dort die sachlichen Voraussetzungen, Verfahrensabläufe, Garantien und Rechtsmittel im Zusammenhang mit der der Haftentscheidung zwingend vorgelagerten *mise en examen* soweit ersichtlich nicht gewürdigt. Deren Ausgliederung mag zwar in Lehrbüchern und Gesamtdarstellungen zum frz. Strafverfahren hinzunehmen sein, wird dort doch die förmliche Beschuldigung in gesonderten Abschnitten behandelt; eine spezifisch haftrechtliche Untersuchung bliebe dagegen zwangsläufig unvollständig, würde sie nicht auch die Frage einbeziehen, wer, wann und wie über das Vorliegen des für die Haftanordnung erforderlichen Tatverdachts befindet und auf welche Weise der Betroffene sich hiergegen zur Wehr setzen kann, um der Anordnung bzw. dem

Während der „dringende Tatverdacht“ (§ 112 StPO) die hohe Wahrscheinlichkeit einer verfolgbaren, rechtswidrigen und schuldhaften Tatbegehung sowie eine entsprechende Verurteilungswahrscheinlichkeit erfordert, reicht für die förmliche Beschuldigung das Vorliegen entweder mindestens *eines schwerwiegenden* oder aber *mehrerer überstimmender* Indizien, welche die Tatbegehung durch den Betroffenen wahrscheinlich machen (Art. 80-1 CPP). Anders als im deutschen Recht bedarf es im CPP also weder einer in gradueller Hinsicht gesteigerten Wahrscheinlichkeit noch einer zusätzlichen prospektiven Prognose. Die Verwertbarkeit des der Haftentscheidung zugrunde liegenden Tatsachenmaterials kann im deutschen Strafverfahren unmittelbar vor dem Haftrichter bestritten werden, wohingegen im französischen Recht eine selbstständige Nichtigkeitsklage vor der Untersuchungskammer anzustrengen ist. Da die Durchführung des als Ersatz-Prozess konzipierten Schuldunfähigkeitsfeststellungsverfahrens der Aufrechterhaltung der *détention provisoire* nicht entgegensteht, lässt die ernsthafte Möglichkeit der Unzurechnungsfähigkeit im Zeitpunkt der Tatbegehung den für die Haft zumindest mittelbar erforderlichen Tatverdacht – anders als im deutschen Recht, wo stattdessen die Möglichkeit einer einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO) besteht, die wiederum im CPP fehlt (siehe oben A.3.c.) – nicht entfallen.

In augenscheinlichem Kontrast zu der dynamisch-variablen Natur des dringenden Tatverdachts der StPO, an dessen Feststellung mit zunehmender Verfahrensdauer immer strengere Anforderungen zu stellen sind, handelt es sich bei der Verdachtsprognose, die der *mise en examen* als punktueller Verfahrenshandlung zugrunde liegt, um ein eher statisches Konzept. Im Gegensatz zur Untersuchungshaft, die vorbehaltlich des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes prinzipiell bei allen Straftaten gleich welcher Schwere anwendbar ist, also auch bei solchen, die lediglich mit Geldstrafe bedroht sind (arg. *e contrario* § 113 StPO), kommt die *détention provisoire* zumindest in der gerichtlichen Voruntersuchung nur bei Straftaten mit einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe in Betracht, sofern es sich nicht um eine *détention-sanction* handelt (Art. 143-1 CPP).

3. Zulässige Haftzwecke

a) Vorbemerkung

Als die wahrscheinlich wichtigste Voraussetzung der Justizhaft gilt heute in beiden Ländern die Existenz eines gesetzlichen Haftmotivs. Im Gegensatz zur StPO, welche die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft *seit jeher* (1877) vom Vorliegen wenigstens eines der im Gesetz genannten Haftgründe abhängig macht, verzichtete der französische Gesetzgeber nicht nur bei Erlass des CIC (1808), sondern auch noch bei dessen Ablösung durch den CPP (1958) auf die

Fortbestand der Haft die Grundlage zu entziehen – zumal es sich dabei um eine der bemerkenswertesten Eigentümlichkeiten des frz. Haftrechts handelt.

Normierung entsprechender Zielvorgaben. Wenngleich sich in der Lehre schon ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts ein Konsens über die legitimen Zwecke der *détention provisoire* herausgebildet hatte, galt dort noch bis zu ihrer Verankerung in Art. 144 CPP durch das große Reformgesetz vom 17.7.1970 das haftrechtliche Opportunitätsprinzip, kraft dessen der Richter nach eigenem Ermessen und ohne weitere Begründung über die Zweckmäßigkeit der Maßnahme entschied. Sieht man allerdings von ihrer vergleichsweise späten Kodifizierung ab, mit der die bis dato ungeschriebenen Haftzwecke in den Gesetzesrang erhoben und mit normativer Bindungswirkung für den Richter versehen wurden, dann zeichnet sich die Materie in ihrem Grundgehalt durch eine bemerkenswerte Konstanz aus. So steht seit den grundlegenden Arbeiten von *Faustin Hélie* („*Traité de l'instruction criminelle*“, 1863) weitgehend außer Frage, dass die *détention provisoire* nicht nur den Notwendigkeiten des Ermittlungsverfahrens (Wahrheitssuche) dient, sondern in gleichberechtigter Weise auch eine Sicherungsmaßnahme ist, dass sie also neben der Beweissicherung auch die Anwesenheitssicherung und darüber hinaus die Verhinderung einer Tatwiederholung (bzw. -fortsetzung), den Schutz des Beschuldigten und die Abwehr einer Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung bezwecken darf. Obwohl der zuletzt genannte Aspekt (*trouble à l'ordre public*) intensiv diskutiert wurde und seit 1996 zu einer Reihe gesetzgeberischer Feinjustierungen Anlass gegeben hat, liegt diese ursprüngliche Konzeption der Sache nach auch noch der heutigen Ausgestaltung der Haftziele in Art. 137, 144 CPP zugrunde; vereinzelte Stimmen (*Carbonnier; Rassat*), die sich für eine Aufspaltung der Maßnahme unter Trennung ihrer präventiven und repressiven Ausprägungen aussprachen (*dualité de la détention préventive bzw. provisoire*), fanden kein Gehör.

Die gesetzgeberische Umfunktionierung der Untersuchungshaft, die seit ihrer Kodifikation in der StPO stattgefunden hat und welche die h.L. bis heute ablehnt, steht zwar in klarem Kontrast zur Stabilität der französischen Haftzwecklehre – sie hat jedoch zugleich zu einer inhaltlichen Annäherung der Institute geführt. Durfte die deutsche Justizhaft nämlich in der ursprünglichen Gesetzesfassung einzig zur Anwesenheitssicherung und Verhinderung von Beweismanipulationen, also zur Verfahrensprävention eingesetzt werden, so ist sie seit 1964, ganz wie ihr französisches Pendant, auch zur Abwehr einer Wiederholungs- bzw. Fortsetzungsgefahr zulässig – und bei besonders schweren Taten, glaubt man dem Gesetzeswortlaut, sogar völlig (haft-)grundlos.

Die eminente Bedeutung, welche den gesetzlichen Haftzielbestimmungen für die Anordnung und Aufrechterhaltung von *détention provisoire* und Untersuchungshaft zukommt, spiegelt sich nicht zuletzt darin wider, dass sie von wenigen Ausnahmen abgesehen für das gesamte Einsatzspektrum der Justizhaft maßgeblich sind. Da die StPO die Haftvoraussetzungen in der Zentralbestimmung des § 112 einheitlich für alle Stadien des Strafverfahrens definiert, bedarf es stets – insbesondere auch im Zeitraum *nach* der Verurteilung, solange diese noch nicht rechtskräftig ist (vgl. § 268b StPO) – eines der dort normierten Haftgründe. Entsprechendes gilt, wie

gesehen, auch für die Haftvollzugssurrogate nach § 116 StPO *und* deren Widerruf. Nur eine Scheinausnahme formuliert der Haftgrund der besonderen Tatschwere (§ 112 Abs. 3 StPO): Er erklärt die Haft zwar für bestimmte, im Gesetz abschließend aufgezählte Formen von Schwerekriminalität auch dann für zulässig, „wenn ein Haftgrund nach Abs. 2 nicht besteht“, ist jedoch kraft verfassungskonformer Auslegung an die in den anderen Haftgründen (§§ 112 Abs. 2, 112a StPO) verkörperten Haftziele anzubinden und erleichtert lediglich deren Feststellung. Besonderheiten gelten allerdings für die in den §§ 127b und 230 Abs. 2 StPO geregelten Sonderformen der Haft. Da diese Vorschriften eigenständige, anwesenheits- und verfahrenssichernde Haftgründe definieren und anderenfalls überflüssig wären, bedarf es hier keines der in den §§ 112, 112a StPO niedergelegten Haftgründe i.e.S.

Im französischen Recht ist das Erfordernis eines gesetzlichen Haftziels seit 1989 auch auf Verbrechen anwendbar. Trotz seiner Normierung in dem Abschnitt über die gerichtliche Voruntersuchung ist Art. 144 CPP kraft gesetzlicher Verweisungen auch für die Haftanordnung in Verfahren ohne *instruction* maßgeblich (siehe Art. 396, 397-3 CPP). Soweit das Gesetz im Zusammenhang mit anderen Haftentscheidungen auf Art. 144 CPP abstellt, gelten teilweise Besonderheiten, da der CPP einige Maßnahmen (unmittelbare Anrufung des Haftrichters durch den Staatsanwalt; Haftfortdauer nach Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung) nur im Hinblick auf bestimmte der darin genannten Haftgründe zulässt (Art. 137-4, 179, 397-3-1 CPP), wohingegen er in anderem Kontext (Eilrechtsbehelf der Staatsanwaltschaft) die Verwirklichung mindestens zweier Haftziele fordert (Art. 187-3 CPP). Keines gesetzlichen Haftziels bedarf es dagegen nach wie vor für die Anordnung der Haftsurrogate (Art. 137 CPP), die Anordnung und Aufrechterhaltung der Haft im Zeitraum *nach* der Verurteilung (Art. 397-4, 465 f. CPP; Ausnahme: Art. 397-3-1 CPP) sowie schließlich die *détention-sanction* wegen Verstoßes gegen eine Haftersatzmaßnahme (Art. 141-2, 143-1 Abs. 2 CPP). Wengleich die *détention provisoire* in den zuletzt genannten Fällen mit Blick auf die Anknüpfung an die Verurteilung bzw. den Verstoß nicht *grundlos* ergeht, so fehlt doch die das *principe de légalité* kennzeichnende gesetzliche Zweckbindung des Richters. Indem der CPP die Haft in dessen Ermessen stellt, handelt es sich letztlich um nichts anderes als Relikte des eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle versperrenden *principe d'opportunité*, welches dem deutschen Haftrecht, ungeachtet seiner Beweiserleichterungen in § 112 Abs. 3 StPO und der Erweiterung der klassischen Haftgründe in §§ 127b, 230 StPO – sowie § 112a StPO – fremd ist.

Obwohl sich das Erfordernis eines gesetzlichen Haftgrundes in der Praxis primär in Gestalt von entsprechenden Begründungserfordernissen niederschlägt, handelt es sich nichtsdestominder auch und vor allem um eine *materielle* Haftvoraussetzung (*condition de fond*), deren Nachweis relativ strengen Anforderungen unterliegt, da die StPO ausdrücklich eine objektive, konkrete und individualisierte Tatsachengrundlage in Form von „bestimmten Tatsachen“ und der CPP „präzise und ausführlich dargelegte Verfahrenselemente“ (*éléments précis et circonstanciés résultant de*

la procédure) fordert. Anders als bei der Polizeihaft stimmt die Regelungstechnik hier in systematischer Hinsicht insofern überein, als beide Gesetzgeber sich zumindest in den Zentralbestimmungen der Art. 144 CPP und § 112 Abs. 2 StPO für eine Katalogtechnik entschieden haben – die der CPP aber konsequenter durchhält (Ausnahme: *détention-sanction*; siehe dagegen §§ 112 Abs. 3, 112a, 127b StPO). Beiden Rechtsordnungen ist außerdem gemeinsam, dass der Anwendungsbereich bestimmter Haftgründe auf spezifische Straftaten beschränkt ist (§§ 112 Abs. 2, 112a, 113 StPO; Art. 144 Nr. 7 CPP) und dass die zulässige Dauer der Maßnahme je nach einschlägigem Haftgrund ggf. variiert (§ 122a StPO; Art. 179 Abs. 3 CPP).

Unterschiede bestehen dagegen – ähnlich wie schon bei der Polizeihaft, hier jedoch besonders gut sichtbar – in der Formulierungstechnik. Während nämlich die einschlägigen Vorgaben des deutschen Rechts in Konditionalsätzen („wenn, dann“) formuliert sind und dem Rechtsanwender durch die ausdrückliche Anknüpfung an bestimmte Gefahren- bzw. Verdachtslagen, welche entsprechende Wahrscheinlichkeitsprognosen erforderlich machen, eine tatbestandliche *Haftgrundlage* an die Hand geben, begnügt sich Art. 144 CPP mit finalen Umschreibungen („um zu“) in Form von *Haftzielen* (*objectifs*), welche dem Richter bewusst breite Beurteilungsspielräume belassen. Dort etwa, wo § 112 StPO die Feststellung einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungs*gefahr* fordert, stellt der CPP schlicht auf die *Ziele* der Gewährleistung des Verbleibs, der Bewahrung der Beweise oder der Verhinderung der Wiederholung ab. Auf ähnliche Weise, wie sich den deutschen Konditionalsätzen korrelierende *Haftzwecke* entnehmen lassen (z.B. Fluchtgefahr – Anwesenheitssicherung; Verdunkelungsgefahr – Beweissicherung), liest aber auch das französische Schrifttum in einige der finalen Vorgaben aus Art. 144 CPP die entsprechenden, in der StPO vertatbestandlichten Gefahrenlagen hinein und stellt etwa im Zusammenhang mit dem Ziel der Anwesenheitssicherung auf ein Fluchtrisiko und bei dem Motiv des Beschuldigtenschutzes auf dessen konkrete Gefährdung ab – was mit Blick auf das gesetzliche *ultima ratio*-Erfordernis (*unique moyen*) auch naheliegt. Wenngleich auch im deutschen Recht die haftgrundspezifischen Wahrscheinlichkeitsmaßstäbe im Einzelnen streitig sind, so erscheint die Gesetzesfassung doch insgesamt verbindlicher, zumal sie zumindest zu einer Diskussion über die Prognosemaßstäbe einlädt, die in Frankreich nicht geführt wird. Während in Deutschland zu jedem *einzelnen* Haftgrund diverse Monografien existieren, finden sich selbst in französischen Großlehrbüchern und *encyclopédies* kaum mehr als ein paar Sätze zu jedem der Haftziele.

b) Gegenüberstellung und Vergleich der gesetzlichen Haftziele

Anders als bei der Polizeihaft, wo eine vergleichende Betrachtung der grundlegend unterschiedlich ausgestalteten Gesetzesvorschriften allein kaum Aufschluss über das Vorhandensein funktionaler Schnittmengen zu geben vermochte, wird bereits bei der bloßen Gegenüberstellung der Auflistung der gesetzlichen Haft-

gründe eine ganze Reihe von Übereinstimmungen und Unterschieden zwischen *détention provisoire* und Untersuchungshaft offenbar – die freilich beide bei näherer Betrachtung teils zu relativieren, jedenfalls aber näher zu spezifizieren sind.

Legt man die Konkretisierung der in der Generalklausel des Art. 137 CPP ausgewiesenen Doppelfinalität der *détention provisoire* in Art. 144 CPP zugrunde, so dient diese zum einen den *nécessités de l'instruction*, indem sie die Bewahrung der zur Wahrheitsfindung erforderlichen Beweise (Nr. 1), die Verhinderung einer Druckausübung auf Zeugen oder Opfer (Nr. 2) sowie die Verhinderung eines kollusiven Zusammenwirkens mit anderen Tatbeteiligten ermöglicht (Nr. 3); zum anderen ist sie als *mesure de sûreté* zum Schutz des Beschuldigten (Nr. 4), zur Gewährleistung seines Verbleibs zur Verfügung der Justiz (Nr. 5), zur Beendigung oder Verhinderung der Wiederholung der Tat (Nr. 6) sowie – bei Verbrechen – zur Beendigung einer außergewöhnlichen und anhaltenden, durch die Schwere der Tat, die Umstände ihrer Begehung oder die Schadenshöhe verursachten Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung, die nicht allein auf dem Medienecho beruht, zulässig (Nr. 7). Unabhängig davon kommt sie außerdem zur Sanktionierung eines Verstoßes gegen Haftersatzmaßnahmen in Betracht (Art. 141-2, 143-1 Abs. 2 CPP).

Die Untersuchungshaft ist gemäß § 112 Abs. 2 StPO in erster Linie in den Fällen einer Flucht (Nr. 1) bzw. Fluchtgefahr (Nr. 2), also zur Anwesenheitssicherung, sowie im Fall einer Verdunkelungsgefahr (Nr. 3 lit. a–c), also zum Zwecke der Beweissicherung einsetzbar (Verfahrensprävention). Während die mit der Neuaufnahme des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr (§ 112a StPO) verbundene Einbeziehung einer gefahrenabwehrrechtlichen Komponente (materielle Prävention) eine echte, allerdings nur subsidiäre Erweiterung dieser beiden klassischen Haftfunktionen bewirkt hat, verbirgt sich hinter dem Haftgrund der besonderen Tatschwere (§ 112 Abs. 3 StPO) in der einschränkenden Auslegung durch das BVerfG letztlich nur eine Beweiserleichterung im Hinblick auf die drei eben genannten Haftzwecke und kein zusätzliches, eigenständiges Haftziel. Nichts anderes gilt im Ergebnis für die in den §§ 127b Abs. 2, 230 Abs. 2 StPO normierten Sonderfälle der Anwesenheitssicherung, welche im Grunde die Zielsetzung von § 112 Abs. 2 Nr. 1, 2 StPO teilen und lediglich deren tatbestandliche Anwendungsvoraussetzungen erweitern.

Auf den ersten Blick sind mithin die Ziele der Anwesenheits- (Art. 144 Nr. 4 CPP; §§ 112 Abs. 2 Nr. 1, 2, Abs. 3, 127b, 230 StPO) und Beweissicherung (Art. 144 Nr. 1–3 CPP; § 112 Abs. 2 Nr. 3 lit. a–c, Abs. 3 StPO) sowie der Verhinderung der Wiederholung bzw. Fortsetzung der Tat (Art. 144 Nr. 6 CPP; §§ 112a, 112 Abs. 3 StPO) beiden Rechtsordnungen gemeinsam, wohingegen nur die *détention provisoire* in ihrer Eigenschaft als Sicherungsmaßnahme außerdem zum Schutz des Beschuldigten (Art. 144 Nr. 4 CPP) und zur Abwehr einer Gefahr für die öffentliche Ordnung (Art. 144 Nr. 7 CPP) in Betracht kommt sowie, darüber hinaus, als prozessuale Sanktion für Verstöße gegen Haftersatzmaßnahmen (Art. 142-2 CPP).

Das Ziel der Anwesenheitssicherung liegt über 90 % der deutschen Haftbefehle (mit) zugrunde und gilt auch in Frankreich als eines der häufigsten Haftmotive. Im Schrifttum beider Länder werden die notorische Überbewertung der Schwere des Tatvorwurfs und formelhafte Begründungen moniert. Die normative Umsetzung dieses Haftziels divergiert in zweierlei Hinsicht. Einerseits ist es bei der deutschen Untersuchungshaft insofern weiter gefasst, als es dort nicht nur – negativ – auf eine Fluchtverhinderung, d.h. die Sicherstellung des Fortbestands der Präsenz gerichtet ist (Nr. 2), sondern auch deren positiver Erlangung gegenüber dem flüchtigen oder verborgenen Beschuldigten dient (Nr. 1). Hintergrund ist, dass die Anordnung der *détention provisoire* eine vorherige Anhörung voraussetzt und damit nur gegenüber Anwesenden in Betracht kommt; nachdem der CPP jedoch mit dem *mandat d'arrêt* einen speziell auf die Ergreifung des flüchtigen Verdächtigen gerichteten Verhaftungsbefehl eigener Art kennt und umgekehrt der deutsche Haftgrund der „Flucht“ spätestens mit der Festnahme entfällt, kommt ein die Justizhaft i.e.S. kennzeichnender Inhaftierungs(dauer)zustand in beiden Ländern nur beim anwesenden Beschuldigten und damit nur aufgrund eines anderen Motivs als dem der „Flucht“ i.S.v. § 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO in Betracht. Andererseits ist die Anwesenheitssicherung im französischen Haftrecht insoweit extensiver angelegt, als Art. 144 Nr. 4 CPP – im Gegensatz zu § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO, der sich explizit auf das Strafverfahren bezieht – nichts über die Zwecke der Präsenz selbst sagt. Diese kann so ggf. auch den in Deutschland der Freiheitsstrafe vorbehaltenen Zielen der Resozialisierung und Besserung dienen (siehe oben A.1.). Das im Tatbestand der *détention provisoire* fehlende Prognoseerfordernis hinsichtlich einer Fluchtgefahr wird immerhin dadurch gemildert, dass ein entsprechendes Risiko stillschweigend für die anwesenheitssichernde Haft vorausgesetzt wird. Die Tatsache schließlich, dass die §§ 127b, 230 StPO die §§ 112 Abs. 2 Nr. 1, 2 StPO im Hinblick auf zwei spezifische prozessuale Situationen erweitern, während im CPP stets Art. 144 Nr. 5 maßgeblich bleibt, verliert vor dem Hintergrund der weiteren tatbestandlichen Fassung dieser nicht konditional, sondern final formulierten Vorschrift und der in Art. 395 ff., 410-1 Abs. 2 CPP für die entsprechenden Verfahrensabschnitte (Schnellverfahren; ausgebliebener Angeklagter) vorgesehenen Erweiterungen des Anwendungsbereichs der *détention provisoire* an Gewicht.

Die Beweissicherungshaft, die beide Gesetze in drei unterschiedlichen Variationen vorsehen und die vom Schrifttum wegen ihrer Missbrauchsanfälligkeit und möglicher Kollisionen mit legitimen Verteidigungsinteressen des Betroffenen nur in engen Grenzen für legitim erachtet wird, ist in Deutschland insgesamt von eher untergeordneter Bedeutung (2011: 7 % der Haftbefehle), wohingegen sich in der französischen Haftpraxis offenbar zumindest der Aspekt der Verhinderung einer unlauteren Einwirkung auf Beweispersonen, Opfer oder Tatbeteiligte einiger Beliebtheit erfreut. Inhaltlich geht die Regelung des CPP zu diesen die *nécessités de l'instruction* abschließend konkretisierenden Haftzielen in mehrerer Hinsicht über die deutschen Kollusionstatbestände hinaus, bedarf es bei diesen doch stets

eines verhaltensbasierten, dringenden *Verdachts* einer Verdunkelungshandlung des Beschuldigten und der *Gefahr* einer Erschwerung der Wahrheitsermittlung: Zum einen knüpfen die Finalbestimmungen in Art. 144 Nr. 1 und 2 CPP weder an ein Verhalten des Beschuldigten an, noch verlangen sie, dass eine etwaige Verdunkelungshandlung gerade durch ihn zu befürchten ist; zum anderen verzichten sie in Nr. 2 und 3 auf die Herstellung eines Bezugs zu den Erfordernissen der Wahrheitsfindung. Wenngleich in Nr. 1 von einer Beweisbewahrung die Rede ist, bedarf es dort offenbar keiner Gefahr eines Beweismittelverlusts; vielmehr soll dieses Haftziel – im Gegensatz zur deutschen Kollusionshaft, die gerade nicht als „Ermittlungshaft“ zulässig ist – über die Sicherung des vorhandenen Beweismaterials gegen Manipulationen hinaus auch zur Gewinnung *neuer* Beweise in Anspruch genommen werden dürfen. Schließlich schützt die Nr. 2 nicht nur Zeugen, sondern auch Opfer und deren Familien vor Druck – ist dabei allerdings insofern enger als die StPO (Nr. 3 lit. b) formuliert, als diese jede unlautere Einwirkung erfasst. Die festgestellten Unterschiede dürfen freilich auch ihrerseits nicht überbewertet werden. So lassen sich die bei der *détention provisoire* fehlenden Prognoseerfordernisse unter Umständen auch aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ableiten, und die Zulässigkeit ihres Einsatzes als „Ermittlungshaft“ ist wegen des fließenden Verlaufs der Grenzen zwischen positiver und negativer Beweissicherung zu relativieren. Obschon Art. 144 Nr. 2 CPP eine aus deutscher Sicht präventiv-polizeilich anmutende Opferschutzkomponente einführt, die § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO fremd ist, dürften die praktischen Unterschiede im Ergebnis gering sein, ist das Opfer doch in aller Regel zugleich auch über den Begriff des Zeugen miterfasst; einer ausdrücklichen Einbeziehung der „Familie“ bedarf es im deutschen Recht nicht, weil sich – ähnlich wie bei der Nötigung (§ 240 StGB) – die Einwirkung auf eine dem Zeugen nahestehende Person mittelbar zugleich auf diesen selbst erstreckt.

Grundlegende Unterschiede treten dagegen beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr zutage, der in weiten Teilen der deutschen Lehre weniger aus Kompetenzgründen, denn vor allem wegen seiner verfahrensfremden, präventiv-polizeilichen Zielrichtung selbst ein halbes Jahrhundert nach seiner Einführung noch immer als systematischer Fremdkörper abgelehnt wird und auch in der Praxis nur eine vergleichsweise untergeordnete Rolle spielt (2011: 6 % der Haftbefehle), wohingegen er in Frankreich seit jeher und quasi unangefochten als Ausprägung des *mesure de sûreté*-Charakters der *détention provisoire* anerkannt ist und als einer der meistgenutzten Haftgründe überhaupt gilt. Während seine „Beliebtheit“ in Frankreich nicht nur auf das Fehlen eines polizeirechtlichen Sicherheitsgewahrsams, sondern vor allem auch auf die extrem weite, weil – abgesehen vom Erfordernis der Identität von Anlass- und Wiederholungstat – *keinerlei* tatbestandlichen Einschränkungen unterliegende Ausgestaltung zurückzuführen sein dürfte, lässt sich sein zurückhaltender Gebrauch in Deutschland nicht nur durch die Koexistenz eines funktionsäquivalenten Sicherheitsgewahrsams in den Polizeigesetzen und die weitverbreitete Skepsis an der Legitimität dieser strafprozessualen „Sicherungshaft“ erklären, son-

dern vor allem auch durch seine überaus restriktiven – und komplizierten – Tatbestandsanforderungen (Beschränkung auf Katalogtaten; spezifische Anforderungen an Anlasstat und Straferwartung bei Serienkriminalität i.S.v. Nr. 2; erhöhte Prognoseanforderungen), seine Subsidiarität (§ 112a Abs. 2 StPO) und seine im Vergleich zu den anderen Haftgründen eingeschränkte Höchstdauer (§ 122a StPO).

Die funktionalen Divergenzen setzen sich fort und zeigen sich sogar noch stärker bei den zwei verbleibenden, haftzielbezogenen Erscheinungsformen der *détention provisoire* als „Sicherungsmaßnahme“, die bei der Untersuchungshaft ohne Entsprechung sind. Zwar wird der Schutz des Beschuldigten vor sich selbst (Suizidgefahr) von einer Mindermeinung unter den Haftgrund der Fluchtgefahr (§ 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO) subsumiert; der Schutz vor Dritten (Lynchjustiz), auf den das – freilich nicht sonderlich praxisrelevante – Haftziel in Art. 144 Nr. 6 CPP primär ausgerichtet ist, scheidet dagegen in Deutschland unstreitig als Anordnungsgrund aus, sodass eine Ingewahrsamnahme gegen den Willen des Betroffenen nur auf polizeirechtlicher Grundlage denkbar wäre. Das Motiv der Beendigung einer Beinträchtigung der öffentlichen Ordnung (Nr. 7) verbindet zwar sowohl die rechtliche, kriminalpolitische und dogmatische Brisanz mit dem deutschen Haftgrund der besonderen Tatschwere als auch die unübersehbare Nähe zu der tradierten Vorstellung einer „Erregung der Öffentlichkeit“, die es bei besonders schweren Straftaten – in Deutschland: Katalogtaten, in Frankreich: Verbrechen (insb. wegen der *gravité de l'infraction*) – zu „beruhigen“ gelte. Unterschiede bestehen dagegen nicht nur bei der statistischen Bedeutung der Vorschriften, die in Deutschland ausgesprochen gering ist (2011: 1 %), denen in Frankreich jedoch eine beachtliche praktische Relevanz attestiert wird, sondern auch und vor allem bei ihrer teleologischen Struktur. Während der Haftgrund der Tatschwere aufgrund der verfassungskonformen Auslegung des BVerfG – seiner zweckfreien Formulierung zum Trotz – die Ziele der übrigen, in §§ 112 Abs. 2, 112a StPO normierten Haftgründe teilt und lediglich deren Beweis-, Prognose und Tatbestandsanforderungen reduziert, also – ähnlich wie die vormals im Gesetz vorgesehenen Fluchtvermutungen – keine *neue* Haftfinalität einführt, ist das Haftziel des *trouble à l'ordre public* von den übrigen Haftmotiven abgekoppelt und enthält eine über diese hinausgehende, allerdings ausgesprochen konturenlose und deshalb subjektiven Wertungen zugängliche Zusatzzweckrichtung, die im Hinblick auf die Unschuldsvermutung *noch weniger* legitimierbar erscheint als die Beweiserleichterung des deutschen Rechts. Obschon der *trouble à l'ordre public* auch im französischen Schrifttum den mit Abstand umstrittensten Haftgrund darstellt, wird dort – im Gegensatz zur deutschen Lehre hinsichtlich § 112 Abs. 3 StPO – nicht seine Abschaffung gefordert, sondern wegen seiner vermeintlichen Unentbehrlichkeit ganz überwiegend nur eine tatbestandsmäßige Einschränkung.

Die Haftanordnung wegen Verletzung einer gerichtlichen Kontrollauflage weist zwar durchaus strukturelle und situative Gemeinsamkeiten zum Widerruf der Aussetzung des Vollzugs nach § 116 Abs. 4 StPO auf. Erhebliche Unterschiede beste-

hen allerdings insoweit, als der CPP – der auch die Anordnung der Ersatzmaßnahme selbst in das Ermessen des *Untersuchungsrichters* stellt – die Haft in diesem Fall unabhängig vom Vorliegen eines sonstigen Haftziels als *détention-sanction* zulässt, wohingegen es im deutschen Recht stets eines Haftgrundes bedarf, da der Untersuchungshaft die Funktion einer prozessualen Sanktion fremd zu sein hat.

c) *Zusammenfassende Betrachtung zur Reichweite der Zweckkonvergenz*

Ungeachtet aller Unterschiede in der historischen Entwicklung und bei der Regelung- und Formulierungstechnik (oben a.) und trotz der Divergenzen, die sich bei der Gegenüberstellung der konkreten Ausgestaltung der – selbst vermeintlich identischen – Haftziele, ihrer Anwendungshäufigkeit und dem Grad ihrer Akzeptanz im Schrifttum identifizieren lassen (oben b.), besteht auf Grundlage des geltenden Rechts zumindest insofern ein Konsens, als die Justizhaft nicht *nur* als Mittel der Verfahrenssicherung, sondern auch als Instrument der Gefahrenabwehr konzipiert ist. Während diese Grundübereinstimmung im Hinblick auf die verfahrenspräventive Zielrichtung der Haft relativ stark ausgeprägt ist, variiert das Gewicht der auf die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerichteten Belange der *materiellen Prävention*. Im Gegensatz zur StPO, die der in der Lehre höchst umstrittenen „Sicherungshaft“ lediglich *subsidiären* Charakter beimisst, steht die gleichberechtigte Eignung der *détention provisoire* als „Sicherungsmaßnahme“ (*mesure de sûreté*) und die Zulässigkeit ihres Einsatzes zur Abwehr einer Wiederholungsgefahr sowie zum Schutz des Beschuldigten, ja ausnahmsweise selbst zur Beseitigung einer Störung der öffentlichen Ordnung außer Frage; sogar die in Deutschland der Freiheitsstrafe vorbehaltene Resozialisierung und Besserung des vermeintlichen Straftäters wird im französischen Haftrecht offenbar als zulässiger Zweck akzeptiert (*détention-correction*).

Unterschiede bestehen außerdem insoweit, als der CPP die *détention provisoire* vergleichsweise unverhohlen als Instrument der Sanktionierung nicht nur prozessualen Fehlverfahrens (*détention-sanction*), sondern mit dem Haftgrund des *trouble à l'ordre public* auch des Tatvorwurfs selbst zulässt, während entsprechende Erwägungen dem deutschen Recht in § 112 Abs. 3 StPO lediglich latent zugrunde liegen – ohne deshalb allerdings mit Blick auf die Unschuldsvermutung weniger problematisch zu sein. Begünstigt durch die teils recht vagen gesetzlichen Vorgaben werden in der Praxis, über die gesetzlichen Haftzwecke hinaus, auch apokryphe Haftgründe (*fonctions cachées*) beobachtet. Im Vordergrund steht in beiden Ländern ihre Zweckentfremdung als Beugehaft (*détention-pression*). Diese mit der Selbstbelastungsfreiheit nicht zu vereinbarende, auf die aktive Wahrheitssuche zielende Finalität wird durch ein buntes Spektrum weiterer unrechtmäßiger Haftziele, insbesondere die allgemeine Erleichterung der Ermittlungsarbeit, komplettiert.

4. Form und Verfahren

a) Form

Die Haftanordnung (Haftbefehl bzw. *ordonnance de mise en détention provisoire*) ergeht schriftlich, der Betroffene erhält eine Kopie. Der deutsche Haftbefehl fungiert zugleich als Grundlage für die Vollstreckung, in Frankreich bedarf es hierfür einer gesonderten, an die Gefängnisverwaltung adressierten Inhaftierungsverfügung (*mandat de dépôt*). Der gesetzlich vorgeschriebene Inhalt der Haftanordnungen variiert. So ist zwar in beiden Ländern eine rechtliche und tatsächliche Spezifizierung des Haftgrundes vorgeschrieben. Im deutschen Recht bedarf es jedoch nur bei besonderem Anlass Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit, wohingegen aus der französischen *ordonnance* stets hervorgehen muss, dass die Haft das *einzig* zielführende Mittel ist und dass das Haftziel nicht ebenso gut durch Ersatzmaßnahmen erreicht werden kann. Umgekehrt verlangt nur die StPO rechtliche und tatsächliche Angaben zum Tatvorwurf und zu den Tatsachen, die den dringenden Tatverdacht begründen, während der CPP Ausführungen zum gesetzlichen Strafrahmen genügen lässt.

Obgleich im französischen Schrifttum mit guten Gründen darüber hinausgehende Angaben zum Tatverdacht gefordert werden und auch wenn solche Ausführungen in der Praxis häufig vorhanden sind, so lässt sich dem Gesetz doch keine dahingehende Verpflichtung entnehmen. Der Wortlaut von Art. 137-3 CPP legt vielmehr das Gegenteil nahe und steht denn auch im Einklang mit dem Standpunkt der überwiegenden Meinung, wonach der Tatverdacht bei der Haftentscheidung selbst nicht zu prüfen ist, sondern nur bei der ihr in der gerichtlichen Voruntersuchung vorgelagerten Entscheidung über die förmliche Beschuldigung (*mise en examen*); eine (schriftliche) Begründung des Tatverdachts ist allerdings auch dort nicht vorgesehen. Immerhin ist der französische Haftrichter gehalten, seine Haftanordnung *selbst* zu formulieren – die in Deutschland verbreitete Praxis des bloßen Abzeichnens staatsanwaltschaftlich vorformulierter Anträge ist dort unüblich. Reduzierte inhaltliche Anforderungen an den Haftbefehl kommen im deutschen Recht im Fall einer Gefährdung der Staatssicherheit in Betracht (Verzichtbarkeit tatsächlicher Angaben zu Tatverdacht und Haftgrund); bei der französischen *détention-sanction* besteht dagegen die Besonderheit, dass *keinerlei* über die Feststellung des Verstoßes hinausgehenden Ausführungen nötig sind.

b) Verfahren

aa) Vorbemerkung

Der Vergleich des im Zusammenhang mit der Haftentscheidung zu beobachtenden Verfahrens stellt wegen der tiefgreifenden strukturellen Unterschiede besondere Herausforderungen. So geht der haftrichterlichen Entscheidung über die Anord-

nung der *détention provisoire* (Prüfung der Haftvoraussetzungen i.e.S.) in der *instruction* zwingend die dem Untersuchungsrichter obliegende Entscheidung über die förmliche Beschuldigung (Prüfung des Tatverdachts) voraus, und das diesen *beiden* Entscheidungen zwingend vorgelagerte *physische* Erscheinen vor dem jeweiligen Richter zum Zwecke der Anhörung kann vom Untersuchungsrichter nur auf anderer Rechtsgrundlage, namentlich im Wege eines *mandat d'arrêt* oder eines *mandat d'amener* erwirkt werden. Die Anordnung der Untersuchungshaft, bei der sowohl der Tatverdacht als auch alle übrigen Haftvoraussetzungen zu prüfen sind, ist dagegen gegenüber jedem Beschuldigten zulässig und kommt insbesondere auch gegenüber Abwesenden und ohne vorherige Anhörung als sogenannter Dezernatshaftbefehl in Betracht, der auch zur Ergreifung des Betroffenen ermächtigt. So gesehen verbindet der deutsche Haftbefehl also nicht nur die Funktionen von *ordonnance de mise en détention provisoire* (Feststellung der Haftvoraussetzungen i.e.S.) und *mandat de dépôt* (Invollzugsetzung), sondern auch die von *mandat d'arrêt* und *mandat d'amener* einerseits (Veranlassung der Verbringung zum Richter) und *mise en examen* (Feststellung des Tatverdachts und Begründung der Adressateneigenschaft) andererseits.

Eine sinnvolle Gegenüberstellung des Haftanordnungsverfahrens setzt daher zum einen voraus, dass die im französischen Recht der Haftentscheidung *vorgelagerten* Verfahrensabläufe im Fall einer zwangsweisen Verbringung des Verdächtigen zum Gericht *und* bei der förmlichen Beschuldigung in die Betrachtung einbezogen werden. Zum anderen ist im deutschen Recht auch die im Fall eines Dezernatshaftbefehls der Haftanordnung erst *nachgelagerte* Vernehmung durch den Haftrichter (§§ 115, 115a StPO) zu berücksichtigen, richtet diese sich doch nach identischen Grundsätzen und dient dem identischen Ziel der *erstmaligen* Gewährung rechtlichen Gehörs im Zusammenhang mit der – dem Beginn des Haftvollzugs i.e.S. vorausgehenden – Entscheidung über die Aufrechterhaltung (§ 115 StPO) oder den Erlass (§ 128 i.V.m. § 115 StPO) des Haftbefehls.

bb) Verbringung des abwesenden Verdächtigen zum zuständigen Richter

Die richterliche Veranlassung der Verbringung des flüchtigen oder sonst abwesenden Verdächtigen zum zuständigen Gericht und das hierbei einzuhaltende Verfahren richtet sich im CPP nach den inhaltlich insofern weitgehend deckungsgleichen Regelungen über *mandat d'arrêt* (Verdächtiger auf der Flucht oder im Ausland) und *mandat d'amener* (Verdächtiger erreichbar), im deutschen Recht dagegen – vorwiegend⁵⁰ – nach §§ 112 ff. StPO (Dezernatshaftbefehl). Die betreffenden Verfügungen ergehen in beiden Rechtsordnungen nach Aktenlage.⁵¹

⁵⁰ Liegt kein Fall der Flucht (§ 112 Abs. 2 Nr. 1 StPO) vor und *zweifelt* der Richter noch am Vorliegen eines anderen Haftgrundes, so steht ihm außerdem das Instrument der Vorführung nach vorheriger Ladung zur Verfügung (§§ 133–135 StPO). Hierbei handelt es

Wird die ausgeschriebene Person ergriffen, so ist sie in Deutschland unverzüglich und vor Ablauf des Folgetages, in Frankreich binnen 24 Stunden dem mit dem Verfahren befassten Richter vorzuführen. Während der CPP eine polizeiliche Vernehmung explizit ausschließt, schreibt § 115 Abs. 1 StPO lediglich – aber, im Vergleich zu § 128 StPO: immerhin – vor, dass die Vorführung nicht durch polizeiliche Ermittlungen *verzögert* werden darf; die Polizeipraxis soll es hiermit allerdings Berichten zufolge nicht allzu genau nehmen.

Unterschiedlich behandeln beide Rechtsordnungen die Frage, wann die Verbringung vor ein anderes, verfahrensfremdes, aber nähergelegeneres Gericht möglich ist, wenn eine rechtzeitige Verbringung vor das zuständige Gericht zu scheitern droht. Konsens herrscht immerhin darüber, dass dies wegen der fehlenden Aktenkenntnis, dem Mangel eigener Entscheidungsbefugnisse und der folgerichtig stark eingeschränkten Vernehmung zur Sache nur ausnahmsweise in Betracht kommt. Der CPP lässt ein solches Prozedere nur zu, wenn der Ergreifungsort mehr als 200 km vom Sitz des zuständigen Untersuchungsrichters entfernt liegt. In diesem Fall ist der Betroffene vor Ablauf der 24-Stunden-Frist dem nächsten Grundrechte- und Haftrichter zur Anhörung vorzuführen, die Überstellung an das zuständige Gericht hat sodann binnen vier (bzw. bei Übersee-Fällen: sechs) Tagen ab der Ergreifung zu erfolgen. Die Vorgaben der StPO sind ungleich weniger verbindlich: Die Verbringung zum nächsten Richter ist ohne weitere Spezifizierung bereits dann zulässig, wenn der Beschuldigte nicht vor Ablauf des Folgetages dem zuständigen Gericht vorgeführt werden kann – was wegen des Einsatzes von Gefangenensammeltransporten vereinzelt bereits bei Distanzen von 20 km angenommen wird. Begehrt der Beschuldigte nach der Anhörung durch den nächsten Richter die Verbringung vor das zuständige Gericht, so fehlen hierfür im Gegensatz zum französischen Recht jegliche zeitliche Vorgaben. In der Praxis nimmt die „Verschubung“ im Wege fahrplangebundener Sammeltransporte bei entsprechend weiten Distanzen unter Umständen über zwei Wochen in Anspruch.

cc) Ablauf der Anhörung vor dem bzw. den zuständigen Richtern

Ein zentraler und offenkundiger Unterschied im Ablauf des (weiteren) Verfahrens besteht darin, dass der Beschuldigte nach deutschem Recht – ggf. im Anschluss an eine Ergreifung, wobei es keine Rolle spielt, ob dieser ein Haftbefehl zugrunde lag oder nicht – vor dem *Haftrichter* erscheint. Dieser befindet nach der Vernehmung über die Anordnung bzw. Aufrechterhaltung und Invollzugsetzung der Haft. Dabei haben Anhörung und Entscheidung auch und gerade die Beschuldigung bzw. den dringenden Tatverdacht als eine der wichtigsten Voraussetzungen des Haftbefehls zum Gegenstand.

sich um eine in Frankreich so nicht vorhandene Zwischenstufe zwischen *mandat de comparution* und *mandat d'amener*; zum Vergleich der Verfahrensabläufe siehe oben A.3.a.

⁵¹ Zum Verfahren im Zusammenhang mit diesen *mandats* siehe oben Teil 1, III.A.3.a.

In Frankreich hingegen erscheint der Verdächtige, gegen den in der gerichtlichen Voruntersuchung die Anordnung der *détention provisoire* intendiert ist, stets – d.h. selbst im Fall der Ergreifung aufgrund eines *mandat*, es sei denn, die förmliche Beschuldigung oder eine untersuchungsrichterliche Anhörung ist bereits früher erfolgt – in einem ersten Schritt vor dem *Untersuchungsrichter*. Dieser entscheidet im Anschluss an die Gewährung rechtlichen Gehörs – und ggf. auch erst zu einem späteren Zeitpunkt – über das Vorliegen der für die *mise en examen* erforderlichen Verdachtsmomente. Erst in einem zweiten Schritt wird die Person dann, nunmehr in ihrer Eigenschaft als förmlich Beschuldigter, dem *Grundrechte- und Haftrichter* zur Verhandlung und Entscheidung über die Haftanordnung vorgeführt. Diesem Kontrast zwischen dem dualistischen französischen Ansatz und dem deutschen „Einheitsmodell“ ist im Folgenden Rechnung zu tragen:

Während für das deutsche Haftrecht uneingeschränkt der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit gilt, werden in Frankreich zwar die untersuchungsrichterlichen Vernehmungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt, die Haftverhandlung ist ihr dagegen grundsätzlich zugänglich. Anders als in Deutschland kommt eine Durchführung der Anhörung im Wege einer audiovisuellen oder sonoren Übertragung nach freiem gerichtlichem Ermessen in Betracht, wenn der Betroffene sich bereits in anderer Sache in Haft befindet. Ein Widerspruchsrecht steht ihm nur im Hinblick auf die Verhandlung vor dem Grundrechte- und Haftrichter zu, wobei der Widerspruch unbeachtlich ist, wenn der Transport zu riskant erscheint. Bei der haftrichterlichen Vernehmung sind Staatsanwalt und Verteidiger im deutschen Verfahren lediglich zur Anwesenheit berechtigt, der CPP schreibt sie für die kontradiktorische Debatte dagegen zwingend vor; in der auf die förmliche Beschuldigung gerichteten Vernehmung vor dem Untersuchungsrichter ist die Präsenz des Staatsanwalts jedoch nicht vorgesehen und die Hinzuziehung eines Verteidigers disponibel.

Der wichtigste Unterschied beim Gegenstand der richterlichen Vernehmungen besteht wie gesehen darin, dass das französische Recht, im Gegensatz zum deutschen „Einheitsmodell“, eine Aufspaltung vornimmt, indem es dem Untersuchungsrichter die Feststellung des qualifizierten Tatverdachts und dem – ggf. erst geraume Zeit später intervenierenden – Grundrechte- und Haftrichter die der übrigen Haftvoraussetzungen vorbehält. Ging der Anhörung eine Festnahme voraus, so ist sie in beiden Ländern grundsätzlich ohne Unterbrechung an einem Stück zu Ende zu führen; eine Entscheidungsfrist besteht einzig im deutschem Recht, wenn eine vorläufige Festnahme vorlag (Ende des Folgetages; str.). Nur der CPP gewährt dem Haftrichter, über die Alternativen Haft – Haftersatzmaßnahme – Freiheit hinaus, die Option einer mehrtägigen vorläufigen Inhaftierung (*incarcération provisoire*), wenn er sich von weiteren Nachforschungen die Chance einer Haftvermeidung verspricht oder der Beschuldigte eine Vorbereitungszeit für seine Verteidigung begehrt. Auch im Übrigen trägt der CPP den zeitlich bedingten Kenntnisdefiziten im Moment der Haftentscheidung besser Rechnung: Zwar hat der Haftrichter in beiden

Ländern – ungeachtet seiner Möglichkeit, kleinere Nachforschungen selbst anzustellen – keine Befugnis, seine Entscheidungsgrundlage durch die bindende Anordnung weiterer Ermittlungen zu erweitern, sondern ist auf die Kooperation des Staatsanwalts bzw. Untersuchungsrichters angewiesen. Während jedoch die Hinzuziehung einer Haftentscheidungshilfe im deutschen Strafverfahren (analog § 160 Abs. 3 StPO) aus Zeitgründen kaum jemals imstande sein wird, bereits auf die Entscheidung über die Anordnung bzw. erstmalige Invollzugsetzung des Haftbefehls (vgl. § 72a JGG) Einfluss zu nehmen, gibt der CPP dem Haftrichter, über die Möglichkeit einer *incarcération provisoire* hinaus, mit der – in bestimmten Fällen sogar zwingend noch vor der Haftantragstellung durchzuführenden – *enquête sociale rapide* ein besonderes Instrument an die Hand, um die Situation des Beschuldigten und die Erfolgsaussichten von Ersatzmaßnahmen durch die an jedem Gericht eigens dazu eingerichteten Bereitschaftsdienste überprüfen zu lassen.

Im Unterschied zum deutschen Recht, wo die soeben skizzierten Grundsätze im Wesentlichen für das gesamte Verfahren gelten (Bsp.: Verhandlungen vor dem Prozessgericht, welche die Untersuchungshaft betreffen, sind nicht Bestandteil der *öffentlichen* „Verhandlung“ i.S.v. § 169 GVG), existieren im französischen Recht weitreichende prozessuale Besonderheiten, wenn die Haft in einem Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung – und damit ohne förmliche Beschuldigung und ohne Intervention des Untersuchungsrichters – zum Einsatz kommt (Unanwendbarkeit von Art. 145 CPP; zum Sonderfall der Haft wegen Ausbleibens in der Hauptverhandlung siehe aber Art. 410-1 Abs. 2 i.V.m. Art. 135-2 CPP). Dabei ist hier insbesondere danach zu differenzieren, ob die Haft innerhalb oder außerhalb der Hauptverhandlung angeordnet wird. Ist Letzteres der Fall (z.B. Art. 396, 495-10 CPP), so geht der Haftanordnung eine nicht öffentliche Verhandlung vor dem Grundrechte- und Haftrichter voraus, bei der die Inanspruchnahme eines Verteidigers disponibel und die Anwesenheit des Staatsanwalts nicht zwingend ist. Ist Ersteres der Fall (z.B. Art. 397-3, 397-3-1 CPP), so gelten die Grundsätze der erstinstanzlichen Verhandlung vor dem *tribunal correctionnel*, d.h. das Verfahren ist öffentlich, die Präsenz des Staatsanwalts obligatorisch und die Hinzuziehung eines Verteidigers freiwillig. Die Frage, ob die haftbezogenen Verhandlungen in diesen Fällen auch den Tatverdacht zum Gegenstand haben (müssen), wird, soweit ersichtlich, nicht diskutiert. Fest steht, dass die Möglichkeit einer *incarcération provisoire* entfällt, wohingegen die Durchführung einer *enquête sociale rapide* zwingend ist.

5. Verhältnismäßigkeit und Ermessen

Beide Rechtsordnungen messen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Haftanordnung herausragende Bedeutung bei, bedienen sich zu seiner Umsetzung jedoch unterschiedlicher Techniken und legen andere Schwerpunkte. Die Gemeinsamkeiten und Unterschiede, welche für die Haftersatzmaßnahmen als dem zentralen Instrument zur Konkretisierung des Vorrangs milderer Mittel (Erforderlichkeit:

Haft als letztes Mittel/Subsidiarität) gelten, wurden bereits dargetan. Der Verhältnismäßigkeit i.e.S., d.h. der Angemessenheit der Haft im Hinblick auf die Bedeutung der Sache, trägt das französische Recht vor allem durch abstrakte gesetzliche Mindeststrafbarkeitsvorgaben Rechnung, wohingegen im deutschen Recht eine richterlich-einzelfallbezogene Beurteilung vorherrscht.

Das große Gewicht, das der CPP der abstrakten Strafandrohung beimisst, zeigt sich bereits darin, dass die *détention provisoire* in der *instruction* nur bei Straftaten in Betracht kommt, die im Höchstmaß mit einer Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren bedroht sind; für die Anwendbarkeit der Untersuchungshaft spielt die gesetzliche Strafandrohung dagegen grundsätzlich keine Rolle (siehe aber §§ 113, 112 Abs. 3, 112a StPO). Indem jedoch dem deutschen Richter die Haftanordnung untersagt ist, wenn sie im konkreten Fall zur Bedeutung der Sache und der Rechtsfolgenenerwartung außer Verhältnis steht, ist ihm eine Abwägung sämtlicher für und gegen die Haft sprechenden Umstände aufgegeben, die einer nachträglichen (Rechts-)Kontrolle im Hinblick auf Ermessens- und Abwägungsfehler zugänglich ist. Liegt dagegen im französischen Recht der „harte“ gesetzliche Hafttatbestand (Mindeststrafe, Haftziel, Unzulänglichkeit von Ersatzmaßnahmen) vor, so steht die Anordnung im richterlichen Ermessen und ist als Zweckmäßigkeitentscheidung einer nachträglichen Rechtskontrolle entzogen. Nachdem der CPP bei der *détention-sanction* auf alle drei dieser den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz abschließend konkretisierenden Tatbestandsvoraussetzungen verzichtet und sich stattdessen mit dem Verstoß gegen ein Haftsurrogat begnügt, ist die Beurteilung der Erforderlichkeit der Haft dort von vornherein dem freien Ermessen des Richters überlassen.

C. Dauer

1. Grundsätzliches zum Verlauf der Haft

a) Haftvollzug im Überblick

Die Durchführung der Justizhaft ist in beiden Ländern Gegenstand einer vielschichtigen, an der Schnittstelle von Strafverfahrens- und Verwaltungsrecht angesiedelten Regelung, wird jedoch vom gesetzlichen Kernstrafprozessrecht in StPO und CPP selbst nur spärlich bedacht. Die seit einigen Jahren rechtsordnungsübergreifend zu beobachtende Aufwertung des Gesetzlichkeitsprinzips erfolgte in Deutschland unter Abkehr vom System bundeseinheitlicher Verwaltungsvorschriften im Wege einer Aufsplitterung in 16 selbstständige Landes-UVollzG, während in Frankreich dem durch diverse ministerielle Rundschreiben komplettierten Nebeneinander gesetzlicher und untergesetzlicher Vorschriften eine spezialgesetzliche *Loi pénitentiaire* an die Seite gestellt wurde. Der zentralstaatlichen Einheitsregelung Frankreichs ist die föderale Vielfalt des deutschen Rechts ebenso fremd, wie umgekehrt die den französischen Haftvollzug prägenden untergesetzlichen Be-

stimmungen im deutschen Verfahren ohne Entsprechung sind. Während das deutsche Recht eine klare Trennung im Sinne eines strikten Nebeneinanders von Straf- und Untersuchungshaftvollzugsrecht etabliert, ziehen die gefängnisrechtlichen Regelungen in Frankreich oftmals einheitliche Regelungen vor die Klammer und differenzieren erst auf unterster Gliederungsebene zwischen den verschiedenen Haftvollzugsformen.

Inhaltlich übereinstimmend erfolgt die Vollstreckung der Justizhaft im Gefängnis. Die Grundsätze der Freistellung von der Arbeitspflicht, der Einzelunterbringung und der Trennung von Strafgefangenen sind zwar in beiden Rechtsordnungen anerkannt. Wegen der Überbelegung der französischen Haftanstalten können die zwei zuletzt genannten Aspekte dort in der Praxis aber nicht befriedigend umgesetzt werden. Im Übrigen besteht Einigkeit darin, dass dem Betroffenen mangels rechtskräftiger Verurteilung lediglich unerlässliche Beschränkungen auferlegt werden dürfen – einige der neuen UVollzG heben die Unschuldsvermutung und die besondere Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sogar ausdrücklich hervor.

Gerade weil aber das Strafverfahren noch läuft, kommen Eingriffe, anders als bei Strafgefangenen, nicht nur aus Gründen der Sicherheit und Ordnung der Anstalt in Betracht, sondern auch zur Verfahrenssicherung. Die im Einzelfall delicate Unterscheidung ist in beiden Rechtsordnungen insbesondere im Hinblick auf die Abgrenzung der Zuständigkeiten von Gefängnisverwaltung und Justiz von Interesse. In Deutschland sind seit der Ausgliederung des Haftvollzugs in die Landesgesetzgebung nur mehr verfahrenssichernde Anordnungen i.e.S., d.h. Beschränkungen, die der Verwirklichung eines Haftzwecks dienen, indem sie zur Abwehr einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsfahrerfordern, erforderlich sind, einer bundeseinheitlichen Regelung in der StPO zugänglich: Für ihren Erlass ist nicht die Haftanstalt, sondern der Haftrichter zuständig; im Fall von Eilanordnungen durch den Staatsanwalt oder die Anstalt ist dessen nachträgliche Genehmigung herbeizuführen; der Inhalt möglicher Beschränkungen ist im Gesetz nur beispielhaft aufgezählt (Generalklausel); der Verkehr mit dem Verteidiger (und weiteren „privilegierten Stellen“) bleibt von ihnen unberührt, da das Gesetz hierfür andernorts eine abschließende Regelung trifft. Das französische Recht stellt für den Erlass verfahrenssichernder Verfügungen ebenfalls eine (subsidiäre) Generalklausel zugunsten der *autorité judiciaire* bereit (Art. 715 CPP), behält allerdings die Anordnung nicht dem Haftrichter vor, sondern dem für das Verfahren zuständigen Untersuchungsrichter bzw. Staatsanwalt; außerdem ermächtigt die Vorschrift, im Gegensatz zu § 119 Abs. 1 StPO, nicht nur zum Erlass *haftzwecksichernder*, sondern *aller* für die gerichtliche Voruntersuchung bzw. die Urteilsfindung erforderlichen Anordnungen.

Obwohl, ähnlich wie im deutschen Recht, eine Grundsatzkompetenz der Gefängnisverwaltung für die sonstigen Sicherungsmaßnahmen besteht (vgl. die Unterscheidung von *isolement judiciaire* und *isolement administratif*), ist die finale Abgrenzung zu den strafverfahrensrechtlich motivierten Anordnungen in Frankreich

insofern von geringerer Bedeutung, als das Gesetz häufig – insbesondere dort, wo der Kontakt des Betroffenen nach außen infrage steht (siehe unten D.2.) – eine vom Zweck der Beschränkung unabhängige (Mit-)Zuständigkeit der *autorité judiciaire* begründet. Umgekehrt ist die Abgrenzung, anders als in Deutschland (§§ 119, 119a StPO; Art. 19 Abs. 4 GG), oftmals von entscheidender Bedeutung für den Rechtsschutz, da ein solcher gegen Maßnahmen der Gefängnisverwaltung auch heute noch nur in sehr eingeschränktem Umfang besteht (siehe unten E.2.f.).

b) Automatische Kontrolle und Beendigung von Amts wegen

Die Zulässigkeit der Aufrechterhaltung der Haft – d.h. der Fortbestand der Anordnungsvoraussetzungen und das Fehlen von Fortsetzungshindernissen – ist in beiden Ländern nicht nur auf Antrag, sondern auch von Amts wegen zu prüfen. Besonderes Gewicht kommt der fortlaufenden Kontrolle insofern zu, als die Anforderungen an die Bejahung der Haftgründe mit der Zeit zunehmen. Diese zeitliche Dynamik gilt im deutschen Recht auch für die Beurteilung des Tatverdachts; in Frankreich werden die für die Haft nur mittelbar erforderlichen Verdachtsmomente dagegen lediglich punktuell im Zusammenhang mit der *mise en examen* geprüft. In der StPO teilen sich Haftrichter und Staatsanwalt die automatische Kontrolle; Letzterer kann bis zur Anklage auch gegen den Willen des Richters die Freilassung erzwingen. In der *instruction* obliegt die Kontrolle von Amts wegen primär dem Untersuchungsrichter; der ebenfalls zur Aufhebung berechnete Grundrechte- und Haftrichter interveniert nur auf fremde Initiative – namentlich auf Antrag des Staatsanwalts, wenn dessen Freilassungsgesuch vom Untersuchungsrichter abgelehnt wurde. Ebenso wie die Anordnung kommt also auch der Fortbestand der Haft im Vorverfahren beider Länder nur in Betracht, solange *sowohl* das für den Haftantrag *als auch* das für die Haftentscheidung zuständige Organ dies befürwortet.

Während anlässlich der Überleitung des Verfahrens in den eigentlichen Prozess (Zulassung der Anklage bzw. Beendigung der *instruction*) und bei der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe im deutschen Recht stets von Amts wegen über die Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft zu befinden ist, gilt dies im französischen Recht in beiden Fällen nur für Vergehen; bei Verbrechen besteht die Haft automatisch fort. Sie ist kraft Gesetzes und ungeachtet etwaiger Rechtsmittel zu beenden, wenn das Verfahren eingestellt wird oder in einen Freispruch mündet; der CPP sanktioniert darüber hinaus die Überschreitung bestimmter (Entscheidungs-)Fristen, insbesondere im Zusammenhang mit Rechtsmitteln, ausdrücklich mit der Freilassung. Anders als in Deutschland kann (bzw. bei Opfergefährdung: *muss*) eine solche in Frankreich sogar dann mit Ersatzmaßnahmen verbunden werden, wenn die Haftvoraussetzungen selbst, z.B. ein Haftgrund, nicht (mehr) vorliegen. Eine erneute Inhaftierung setzt in beiden Ländern das Vorliegen neuer Umstände voraus, scheidet aber aus, wenn das OLG (§§ 121 f. StPO) den Haftbefehl aufgehoben hat.

2. Zulässige Grund- und Höchstdauer

Absolute Höchstgrenzen sind im Haftrecht beider Länder ebenso die Ausnahme (Hauptverhandlungshaft, § 127b StPO: eine Woche; *comparution immédiate*: 3 Werktage bei Haft vor Verhandlungsbeginn, Art. 396 CPP; 2–4 Monate bei Haft nach Verhandlungsbeginn, Art. 393-3 CPP; CRPC-Verfahren, Art. 495-10 CPP: 20 Tage; Ausbleiben in der Hauptverhandlung, Art. 410-1 Abs. 2 CPP: 1 Monat) wie das Fehlen *jeglicher* zeitlicher Richtwerte (Ungehorsamshaft, § 230 Abs. 2 StPO).

Für das Ermittlungsverfahren bzw. die *instruction* als dem Kernanwendungsbereich der Justizhaft formulieren StPO und CPP vielmehr spezifische zeitliche Maßgaben, um sicherzustellen, dass in regelmäßigen Abständen und im Rahmen eines formalisierten Verfahrens auch unabhängig von einem Antrag des Betroffenen eine richterliche Entscheidung über die Zulässigkeit der Haftfortdauer ergeht – und um die Ermittlungsbehörden zu einer zügigen Verfahrensführung anzuhalten. Da diese Zeitvorgaben übereinstimmend mit dem eigentlichen Prozessbeginn – genauer: in Deutschland erst mit dem Beginn der Hauptverhandlung, in Frankreich dagegen bereits mit dem Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung – hinfällig werden, handelt es sich hier wie dort nicht um absolute Zeitobergrenzen.

Im Übrigen divergiert die Regelungstechnik insofern, als die StPO auf die Definition fester Obergrenzen verzichtet (Ausnahme: § 122a StPO) und lediglich einen einheitlichen Richtwert von sechs Monaten markiert, ab dem die Haft nur mehr unter besonders strengen Voraussetzungen und in einem besonderen Verfahren aufrechterhalten werden kann. Das französische Recht dagegen legt eine feste Grunddauer von vier (Vergehen) bzw. zwölf Monaten (Verbrechen) fest, die je nach der Schwere des Tatvorwurfs unterschiedlich, aber nicht beliebig oft in bestimmten Intervallen verlängerbar ist („System der periodischen Verlängerung“); um eine nicht verlängerungsfähige Obergrenze von vier Monaten handelt es sich nur, wenn der Tatvorwurf auf ein mit höchstens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedrohtes Vergehen gerichtet ist und keine Vorverurteilung zu einer mehr als einjährigen Haftstrafe ohne Bewährung vorliegt sowie bei einer *détention-sanction* wegen einer im Höchstmaß mit unter drei Jahren Gefängnis bedrohten Tat (Art. 145-1 Abs. 1, 141-3 Satz 2 CPP).

3. Verlängerung bzw. Aufrechterhaltung

Die mehr als sechsmonatige Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist ebenso wie die Verlängerung der *détention provisoire* über das einschlägige Grundintervall hinaus an besondere materielle und prozessuale Voraussetzungen gebunden. Während diese in §§ 121 f. StPO für alle Straftaten und Haftgründe weitgehend einheitlich definiert sind (Sonderfälle: feste Obergrenze bei Wiederholungsgefahr, § 122a StPO; abweichende Zuständigkeiten bei Staatsschutzdelikten, §§ 121 Abs. 4, 122

Abs. 7 StPO), führt der CPP eine Vielzahl von an der abstrakten Tatschwere (Verbrechen, Vergehen; gesetzlicher Strafraumen), dem betroffenen Delinquenzbereich (organisierte Kriminalität, Terrorismus etc.), dem Grund der Haft (*détention-sanction*) und den hypothetischen Folgen einer Freilassung (Gefahr) orientierten Differenzierungen ein, welche der gesetzlichen Regelung ein ausgesprochen komplexes Gepräge verleihen. Hinzu kommt, dass die Art. 145-1 f. CPP bereits mit Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung von der Sonderregelung – und den Zusatzfristen – in Art. 179, 181 CPP abgelöst werden, während in Deutschland bis zum Hauptverhandlungsbeginn die allgemeinen Grundsätze in §§ 121 f. StPO maßgeblich bleiben.

Anders als im deutschen Recht, in dem sämtliche der stets im Drei-Monats-Takt einzuholenden Entscheidungen über die Aufrechterhaltung der Haft einheitlich von dem mit drei Berufsrichtern besetzten OLG (bzw. ausnahmsweise vom BGH) in einem identischen Verfahren getroffen werden (Aktenvorlage auf Veranlassung des Staatsanwalts oder des Haftrichters; schriftliche Anhörung; fakultative Durchführung einer nicht öffentlichen, mündlichen Verhandlung, bei der seit 2013 die subsidiäre Möglichkeit des Einsatzes von Videokonferenztechnik besteht), ist bei der *détention provisoire* zu differenzieren: Während die Maßnahme vom Grundrechte- und Haftrichter in einem der Haftanordnung entsprechenden Verfahren (Initiative des Untersuchungsrichters; kontradiktorische Verhandlung mit Öffentlichkeitsgrundsatz und Präsenz von Verteidigung und Staatsanwaltschaft; Einsatz sonorer oder audiovisueller Telekommunikationstechnik nach freiem Ermessen des Gerichts, solange Betroffener nicht widerspricht) bei Vergehen in sukzessiven Vier-Monats-Fristen auf eine Gesamtdauer von bis zu zwei bzw. drei Jahren und bei Verbrechen in Sechs-Monats-Intervallen auf eine solche von bis zu vier Jahren erstreckt werden kann, sieht das Gesetz seit 2002 eine bei Vergehen einmalige, bei Verbrechen zweimalige Zusatzverlängerungsmöglichkeit um weitere vier Monate vor, über die nicht mehr der Grundrechte- und Haftrichter, sondern auf dessen Antrag hin die Untersuchungskammer als mit drei Berufsrichtern besetztes Kollegialorgan entscheidet (Öffentlichkeitsgrundsatz; Anwesenheitsrecht des Betroffenen in der Verhandlung, bei der auch Verteidiger und Staatsanwalt zugegen sind; Unzulässigkeit der Ersetzung der Präsenz des Beschuldigten durch Bild- und/oder Tonübertragungstechnik).

Wird die *instruction* vom Untersuchungsrichter abgeschlossen, so besteht die Haft bei Verbrechen kraft Gesetzes für ein weiteres Jahr ab *Bestandskraft* der Anklageverfügung fort; bei Vergehen kann der *Untersuchungsrichter* nach schriftlicher Anhörung ihre zweimonatige Aufrechterhaltung anordnen. Ist der Beginn der Verhandlung in der Sache nicht vor Ablauf dieser Fristen möglich, so ist das Prozessgericht (Vergehen) bzw. die Untersuchungskammer (Verbrechen) befugt, zwei zusätzliche Verlängerungen à zwei (Vergehen) bzw. sechs Monate (Verbrechen) auszusprechen. Dabei wird der Beschuldigte auf Antrag persönlich gehört. Lässt man die Möglichkeit zusätzlicher Verzögerungen im Fall von Rechtsmitteln gegen

die Anklageverfügung zum Geschworenengericht außer Betracht, so ist bis zum Beginn der Hauptverhandlung (Verbrechen) bzw. bis zum Urteilerlass (Vergehen) eine ununterbrochene Fortdauer der *détention provisoire* von bis zu sechs Jahren und acht Monaten (Verbrechen) bzw. drei Jahren und sechs Monaten (Vergehen) möglich. – Während die StPO für den Zeitraum ab der Hauptverhandlung generell auf weitere Zeitvorgaben für die Haftfortsetzung verzichtet, folgt der CPP dieser Regelungstechnik nur bei Verbrechen.

In materieller Hinsicht stellen beide Gesetzgebungen – über den Fortbestand der sachlichen Haftanordnungsvoraussetzungen hinaus (StPO: Tatverdacht, Haftgrund, Verhältnismäßigkeit; CPP: Mindesthöchststrafe, Haftziel, Subsidiarität – oder statt alledem: Verstoß gegen Haftsurrogat) – zusätzliche Anforderungen, die sich auch in entsprechend verschärften Begründungspflichten niederschlagen. Die StPO schreibt dem OLG einheitlich eine zweistufige Prüfung vor: In einem ersten Schritt ist die Erforderlichkeit der Haftfortdauer festzustellen, also das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“, der dem Urteil entgegensteht (z.B. besondere Schwierigkeit oder besonderer Umfang der Ermittlungen). Dabei sind nach h.M. auch *zulässige* Verteidigungshandlungen, etwa die Ausübung des Schweigerechts, berücksichtigungsfähig; irrelevant ist dagegen – in deutlichem Kontrast zum französischen Recht – die Tatschwere oder Straferwartung als solche. In einem zweiten Schritt ist im Wege einer umfassenden Gesamtabwägung die „Rechtfertigung“ der Aufrechterhaltung der Maßnahme, d.h. die Angemessenheit, also die Verhältnismäßigkeit i.e.S. und die Einhaltung des Beschleunigungsgrundsatzes, zu prüfen (siehe unten 5.). Die strenge obergerichtliche Kontrolle dieser – voll justiziablen – Kriterien und die Tatsache, dass ein Haftvollzug von mehr als einem Jahr vor Beginn der Hauptverhandlung nach ständiger verfassungsrichterlicher Rechtsprechung „nur in ganz besonderen Ausnahmefällen“ gerechtfertigt sein kann, relativieren die Bedeutung der Sonderregelung für die Höchstdauer der Untersuchungshaft beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr (§ 122a StPO: feste Ein-Jahres-Obergrenze).

Der vergleichsweise übersichtlichen Lösung des deutschen Rechts steht im CPP ein ausgesprochen komplexes Regelungsmodell gegenüber: Er weist zwar bei Vergehen allen Verlängerungsentscheidungen Ausnahmecharakter (*à titre exceptionnel*) zu, bei Verbrechen statuiert er einen solchen dagegen einzig im Hinblick auf die Sonderverlängerungen durch die Untersuchungskammer (Art. 145-2 Abs. 3, 181 Abs. 9 CPP). Einheitlich für alle Verlängerungen gilt immerhin die Vorgabe in Art. 144-1 CPP (*durée raisonnable*), wonach die Haftdauer im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs und die Komplexität der Ermittlungen angemessen sein muss. Gesteigerte Begründungsanforderungen sind bei allen Entscheidungen über das „Ob“ der Haft zu beachten, die zu einem Zeitpunkt ergehen, in dem die Haftdauer ein Jahr (Verbrechen) bzw. acht Monate (Vergehen) überschritten hat – also ab der zweiten (Verbrechen) bzw. dritten (Vergehen) Verlängerung. Neben der voraussichtlichen Dauer bis zum Verfahrensabschluss sind hier auch die die Fortsetzung der Untersuchung rechtfertigenden Gründe darzutun. Die Angabe der Art

der noch beabsichtigten Ermittlungen ist nur entbehrlich, wenn sie deren Durchführung gefährden würde. Abgesehen von den ersten beiden Sechs-Monats-Verlängerungen bei Verbrechen, kraft derer die *détention provisoire* eine Dauer von zwei Jahren zu erreichen vermag, unterwirft das Gesetz alle während der gerichtlichen Voruntersuchung möglichen Verlängerungen spezifischen Anforderungen im Hinblick auf die Qualität des Tatvorwurfs (Höhe der gesetzlichen Strafandrohung, Kriminalitätsbereich, Ort und/oder Art der Tatbegehung) oder die möglichen Folgen einer Freilassung:

Bei *Vergehen* kann die Haft nur dann unabhängig von der kriminellen Vorgeschichte des Betroffenen über die Grunddauer von vier Monaten hinaus auf bis zu ein Jahr verlängert werden, wenn die Tat im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe von über fünf Jahren bedroht ist; darüber hinausgehende Verlängerungen bis zu einer Höchstdauer von zwei Jahren setzen entweder eine Tatbegehung im Ausland voraus oder aber eine mit einer Höchststrafe von zehn Jahren Freiheitsstrafe bedrohte Tat der organisierten Kriminalität bzw. eine bandenmäßige Begehung; eine abweichende Höchstdauer von drei Jahren ist schließlich in dem Sonderkapitel über die Verfolgung terroristischer Taten für kriminelle terroristische Vereinigungen vorgesehen. Bei *Verbrechen* führt sowohl das Erreichen einer Höchststrafandrohung von 20 Jahren Freiheitsstrafe als auch die Tatbegehung im Ausland zu einem „Aufschlag“ von jeweils einem Jahr auf die grundsätzliche Haftbegrenzung auf zwei Jahre; liegen dem Verfahren entweder mehrere Verbrechen gegen die Person oder die Staatssicherheit zugrunde oder aber ein Verbrechenstatbestand der organisierten Kriminalität bzw. ein bandenmäßig begangenes Verbrechen, so beträgt die Obergrenze ebenfalls vier Jahre. Die zusätzlichen, viermonatigen Ausnahmeverlängerungen durch die Untersuchungskammer setzen übereinstimmend voraus, dass die Fortsetzung der Ermittlungen erforderlich ist und dass die Freilassung eine außergewöhnlich schwere – aber nach Ursprung (Wiederholungsgefahr?) nicht näher spezifizierte – Gefahr für Personen oder Sachgüter begründen würde. Nach Abschluss der gerichtlichen Voruntersuchung kommt die Aufrechterhaltung der Haft bei *Vergehen* nur mehr im Hinblick auf die in Art. 144 Nr. 2, 4–6 CPP genannten Haftziele in Betracht. Im Übrigen setzen die Ausnahmeverlängerungen durch das Prozessgericht bzw. die Untersuchungskammer – ohne nähere Konkretisierung – voraus, dass ein Beginn der Verhandlung in der Sache noch nicht möglich war und die Hinderungsgründe für den Urteilserlass dargetan werden.

Auffällig ist, dass der CPP – der im Unterschied zur StPO (Ausnahme: § 122a) „feste“ Zeitobergrenzen definiert und dabei auch und gerade der abstrakten Schwere des Tatvorwurfs (insb. Verbrechenscharakter; allgemeiner: Strafrahmen) eminente Bedeutung beimisst – nicht nur bei der Formulierung der prozessualen, sondern vor allem auch der materiellen Verlängerungsvoraussetzungen einen sehr viel größeren Aufwand betreibt als das deutsche Recht, das dem Richter mehr Raum für eine (selbstständige) Einzelfallbeurteilung der Verhältnismäßigkeit (Erforderlichkeit; Angemessenheit) belässt. – Belohnt wird der französische Gesetzgeber für

seine Akribie offenbar nicht, denn die Haftdauer ist in der deutschen Praxis ungleich kürzer; wegen der unauflösbaren Zusammenhänge zwischen Haftdauer und Verfahrensdauer (zur mehrjährigen Durchschnittsdauer der *instruction* siehe oben Teil 1, III.A.1.b.) ist die Aussagekraft des Vergleichs jedoch limitiert. Ungeachtet dessen kann auf Grundlage der Eindrücke des französischen Rechts zumindest festgehalten werden, dass die – für das deutsche Recht *de lege ferenda* immer wieder diskutierte – Festlegung von Haftobergrenzen nicht unbedingt einen Fortschritt darstellen muss, sondern mit Blick auf die dort letztlich unabkömmlichen Sonderregelungen für bestimmte Kriminalitätsbereiche jedenfalls in Sachen Übersichtlichkeit und Kohärenz eher die Gefahr von Rückschritten birgt.⁵²

4. Fristberechnung und Anrechnungen

Die Bedeutung der in Art. 145-1 f., 179, 181 CPP einerseits und §§ 121, 122 StPO andererseits normierten Monatsfristen variiert im Hinblick auf die Folgen einer Fristüberschreitung. In Frankreich zieht eine solche unweigerlich den Ablauf der Gültigkeit des Hafttitels nach sich: Jede verspätete Haftverlängerung geht von vornherein ins Leere und ist daher unwirksam. In Deutschland dagegen kann das OLG selbst dann noch den Fortbestand der Haft anordnen, wenn es erst nach dem Verstreichen der Sechs-Monats-Frist bzw. eines der folgenden Drei-Monats-Intervalle angerufen wird, da seine Prüfung allein die sachliche Rechtfertigung der Haftfortdauer zum Gegenstand hat. Außerdem wird die Frage der Fristwahrung ebenso wie das OLG-Verfahren als solches – egal, ob bereits eingeleitet oder nicht – mit Beginn der Hauptverhandlung hinfällig, wohingegen die aus der Fristverletzung folgende Rechtswidrigkeit der *détention provisoire* auch noch nach Beendigung der *instruction* bzw. nach Prozessbeginn gerügt werden kann. Im Ergebnis stellt die Einhaltung dieser Fristen also nur im französischen Strafverfahren eine Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Justizhaft dar. Entsprechendes gilt für die absoluten, nicht verlängerungsfähigen Höchstfristen bei der *comparution immédiate*, dem CRPC-Verfahren und dem Ausbleiben in der Verhandlung – sowie im deutschen Recht für die Ein-Wochen-Frist bei der Hauptverhandlungshaft (§ 127b StPO).

Bezugspunkt der Fristen in §§ 121 f. StPO und Art. 145-1 f., 179, 181 CPP ist die Gesamtdauer des effektiven Haftvollzugs wegen derselben Tat (*mêmes faits*), die ggf. im Wege einer Addition der verschiedenen Haftphasen unter Abzug etwaiger z.B. durch Ersatzmaßnahmen bedingter Unterbrechungen zu ermitteln ist. Während in Deutschland zur Verhinderung einer missbräuchlichen Reservehaltung zusätzlicher Tatvorwürfe ein erweiterter Tatbegriff gilt, der alle prozessualen Taten erfasst, die bereits bei Haftbefehlserlass bekannt waren, finden sich in einschlägigen französischen Entscheidungen und Literaturfundstellen keine Anhaltspunkte für ein vergleichbar extensives Verständnis. Im Gegensatz zu den §§ 121 f. StPO,

⁵² Siehe Hilger, in: Löwe-Rosenberg, § 121 Rn. 8 m.w.N.

die eine abschließende Regelung für die zulässige Haftdauer formulieren, gewährt Art. 141-3 CPP für die *détention-sanction* eine über die Art. 145-1 f. CPP hinausgehende Zusatzfrist von vier Monaten, wenn die Tat mit mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist und der Betroffene in selber Sache bereits zuvor inhaftiert war. Dies bedeutet, dass in Frankreich – anders als im deutschen Recht, wo im Fall einer Ablehnung der Aufrechterhaltung des Haftvollzugs durch das OLG auch Ersatzmaßnahmen (§ 116 StPO) mangels Sanktionsfähigkeit ausscheiden – beim Erreichen der gesetzlichen Höchstdauer der Haft (ebenso wie beim Wegfall sonstiger Haftvoraussetzungen) die Möglichkeit, ja unter Umständen die Pflicht (Art. 144-2 CPP) besteht, die Freilassung mit der Anordnung gerichtlicher Kontrollauflagen zu verbinden; für die Ahndung einer Zuwiderhandlung gegen diese Auflagen stellt das Gesetz in Art. 141-3 CPP ein zusätzliches Viermonatskontingent zur Verfügung.

Die Frist beginnt in beiden Rechtsordnungen erst zu laufen, wenn der Beschuldigte aufgrund der richterlichen Haftanordnung festgehalten wird. In selber Sache, aber im Ausland oder auf anderer Rechtsgrundlage erlittene Haftzeiten – z.B. im Rahmen einer Polizeihaft, eines Vorführbefehls bzw. *mandat d'amener* oder einer gesondert geregelten Form der Justizhaft (*comparution immédiate*; Ungehorsamhaft, § 230 StPO) – bleiben selbst dann außer Betracht, wenn sie der Justizhaft unmittelbar vorausgehen. Etwas anderes gilt in Deutschland einzig für die Zeiten einer (dem CPP unbekannt) einstweiligen Unterbringung (§ 126a StPO), in Frankreich für die eines der *détention provisoire* unmittelbar vorgelagerten Haftaufenthalts infolge einer (der StPO unbekannt) *incarcération provisoire* oder eines (dem deutschen Haftbefehl wegen „Flucht“ entsprechenden) *mandat d'arrêt*. Wird der Betroffene nicht vorher freigelassen, so kommt es für die Fristwahrung bzw. die Berechnung der Haftzeit grundsätzlich auf den rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens an. Indes: In ähnlicher Weise, wie sich das deutsche Recht bereits mit der rechtzeitigen (oder verspäteten) Vorlage an das OLG bzw. der rechtzeitigen (oder verspäteten) Eröffnung der Hauptverhandlung begnügt, reicht es auch im französischen Recht für die Wahrung der Art. 145-1 f. CPP aus, wenn die gerichtliche Voruntersuchung fristgemäß beendet wird und für Art. 181 CPP, wenn der Angeklagte vor Fristablauf zur Verhandlung in der Sache vor Gericht erscheint; einzig bei Vergehen (Art. 179 CPP) kommt es nach Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung auf den Zeitpunkt des Urteilerlasses an.

Endet das Verfahren mit einer rechtskräftigen Verurteilung, so ist zwar in beiden Ländern kraft Gesetzes eine Anrechnung des Haftaufenthalts auf die Strafe vorgesehen, im Einzelnen bestehen jedoch beträchtliche Unterschiede. Übereinstimmung herrscht lediglich insoweit, als es grundsätzlich auf die effektiven Haftzeiten in derselben Sache ankommt (also: Unbeachtlichkeit von Ersatzmaßnahmen; Ausnahme: Aufenthaltsortszuweisung mit elektronischer Überwachung, Art. 142-11 CPP). Dabei werden neben der Justizhaft i.e.S. auch andere richterliche Freiheitsentziehungen (z.B. Vorführungsbefehl, einstweilige Unterbringung; *mandat d'arrêt*,

mandat d'amener, incarcération provisoire) berücksichtigt, und es ist unerheblich, ob diese im In- oder Ausland erlitten wurden. Während im deutschen Recht zur Vermeidung von Unbilligkeiten auch hier ein erweiterter Tatbegriff gilt, stellt der CPP primär auf das konkrete Verfahren ab. Anders als das französische Recht, das die Anrechnung lediglich im Fall der Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe vorschreibt, ordnet das StGB eine solche auch im Hinblick auf Geldstrafen an: Hierbei entspricht ein Tag Haft einem Tagessatz. Umgekehrt ist dem CPP die im deutschen Recht vorgesehene Möglichkeit eines gerichtlichen Anrechnungsausschlusses wegen des Nachtatverhaltens des Betroffenen fremd. Gleiches gilt für die in Deutschland kraft richterlicher Rechtsfortbildung entwickelte „Vollstreckungslösung“, kraft derer im Fall einer überlangen Verfahrens- und/oder Haftdauer *unabhängig* von der gesetzlich vorgeschriebenen Anrechnung nach § 51 StGB – d.h. über diese hinaus – fingiert wird, dass ein bezifferter Teil der Strafe bereits vollstreckt ist.

5. Verhältnismäßigkeits- und Beschleunigungsgrundsatz

Die sachlichen Anordnungs- und Vollzugsvoraussetzungen, welche den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz im Hinblick auf das „Ob“ der Freiheitsentziehung konkretisieren, sind auch für die Aufrechterhaltung (das „Ob noch“ bzw. „Wie lange“) der Haft zu beachten. Sie müssen nicht nur anlässlich der vom Gesetz intervallmäßig vorgeschriebenen Entscheidungen über den Fortbestand bzw. die Verlängerung der Maßnahme, sondern – gerade wegen ihrer dynamischen Natur und der zeitlichen Grenzen, die bestimmten Haftzielen immanent sind – jederzeit auch von Amts wegen geprüft werden. Dabei besteht eine konkurrierende Zuständigkeit von Staatsanwalt und Haftrichter (§ 120 Abs. 1 StPO) bzw. Untersuchungsrichter und, sofern anrufen, Grundrechte- und Haftrichter (Art. 144-1 Abs. 2 CPP).

Außerdem werden dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in beiden Ländern wie gesehen *besondere* Anforderungen für die Aufrechterhaltung der Haft entnommen. So schreibt das deutsche Recht für eine Fortdauer der Haft über sechs Monate hinaus eine verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das OLG vor, indem es die Annahme ihrer Erforderlichkeit nur bei Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ zulässt und eine umfassende Gesamtabwägung zur Feststellung der Angemessenheit verlangt. An der Verhältnismäßigkeit i.e.S. fehlt es nicht nur (in aller Regel), wenn die Dauer das voraussichtliche Strafmaß erreicht, sondern auch dann, wenn eine Analyse der konkreten Verfahrensabläufe – die anhand objektiver Kriterien und unter Zugrundelegung eines strengen und mit zunehmender Haftdauer immer strengeren Maßstabs durchzuführen ist – ergibt, dass eine Fortsetzung nicht gerechtfertigt ist, was namentlich im Fall einer Verletzung des Beschleunigungsgrundsatzes anzunehmen ist. Dieser auch noch im Zeitraum nach der Verurteilung bis hin zu deren Rechtskraft zu beachtende Grundsatz besagt, dass Haftsachen vorrangig zu behandeln sind. Dabei steigen die Anforderungen an die zügige Verfahrensführung mit fortschreitender Dauer. Zwar können kurze Verzögerungen infolge

leichterer Versäumnisse ggf. durch das Gewicht der zu ahndenden Tat kompensiert werden, niemals jedoch grobe Mängel oder erhebliche, dem Staat zurechenbare Verzögerungen. Unabhängig von etwaigen der Sphäre der Justiz entspringenden Fehlern kommt die Rechtfertigung einer über zwölfmonatigen Haft vor Beginn der Hauptverhandlung nur in ganz besonders gelagerten Ausnahmefällen in Betracht. Obwohl der Stellenwert der Verhältnismäßigkeit bei der OLG-Haftprüfung besonders deutlich zutage tritt und es erst hier für die Bejahung der Erforderlichkeit eines wichtigen Grundes (§ 121 Abs. 1 StPO) bedarf, ist deren Bedeutung – ebenso wie die der Sechs-Monatsmarke allgemein – insofern zu relativieren, als das Gebot der Verhältnismäßigkeit der Haftdauer, d.h. die Erforderlichkeit auch und gerade der Fortsetzung ihres Vollzugs (§ 116 StPO) und die Angemessenheit, insbesondere die Wahrung des Beschleunigungsgrundsatzes mit seinem oben skizzierten Inhalt, selbstverständlich auch schon vorher zu beachten ist, was nicht selten dazu führt, dass der Haftvollzug bereits deutlich vor einem halben Jahr abubrechen ist.

Im CPP manifestiert sich die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes in einer überaus detaillierten – und insofern zur StPO deutlich kontrastierenden – Regelung. Sichtbarste Umsetzung ist die explizite Anknüpfung der Verlängerungsmöglichkeiten an die Bedeutung, Schwere und Komplexität der Sache, d.h. den – auch und gerade für die Abgrenzung von Verbrechen und Vergehen maßgeblichen – Straffrahmen, den Delinquenzbereich sowie Ort und Art der Tatbegehung. Darüber hinaus existieren zwei weitere gesetzliche Konkretisierungen, die wie in Deutschland auch unabhängig von der Verlängerungsentscheidung zu prüfen sind: Zum einen haben der Untersuchungsrichter und, sofern angerufen, der Grundrechte- und Haftrichter bis zum Erlass des *erstinstanzlichen* Urteils jederzeit und von Amts wegen darauf zu achten, dass die Haft nicht eine im Hinblick auf die Schwere des Tatvorwurfs und die Komplexität der Ermittlungen „angemessene Dauer“ (*durée raisonnable*) überschreitet. Zum anderen sind ab einer bestimmten Haftdauer bei allen Entscheidungen über das „Ob“ der Haft die voraussichtliche Dauer der gerichtlichen Voruntersuchung und die Gründe, welche ihre Fortsetzung gebieten, zu spezifizieren. Schließlich sieht das Gesetz zur Verfahrensbeschleunigung in Haftsachen teilweise kürzere Fristen und besondere Beschleunigungsoptionen vor.

Abgesehen von den unterschiedlichen Regelungsmodellen – in denen der traditionelle französische „Legizentrismus“ und das Misstrauen gegenüber weitreichenden, eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnissen des Richters mitschwingen – bestehen vor allem auf der Ebene der Justiziabilität und Kontrolle der gesetzlichen Konkretisierungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gravierende Divergenzen. Im deutschen Recht handelt es sich bei *sämtlichen* der in §§ 112 ff., 121 StPO benannten Kriterien, ungeachtet ihrer Unbestimmtheit, um im Hinblick auf Abwägungs- und Ermessensfehler gerichtlich voll nachprüfbar Begriffe, die einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung vermitteln und es der obergerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen ihrer Rechtskontrolle ermöglichen, einheitliche Auslegungskonzepte und Prüfungsmaßstäbe zu entwickeln. Nachdem nicht nur das

Grundrecht auf persönliche Freiheit, sondern auch der Verhältnismäßigkeits- und Beschleunigungsgrundsatz Verfassungsrang genießen, unterliegen selbst die nicht-rechtsmittelfähigen OLG-Entscheidungen im besonderen Haftprüfungsverfahren der mitunter durchaus minutiösen Kontrolle des BVerfG (Verfassungsbeschwerde). Im französischen Recht bilden dagegen nur die „harten“ gesetzlichen Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (Strafrahmen, Fristen etc.) voll justiziable Kategorien, wohingegen die Bewertung der Angemessenheit der Dauer ebenso wie die Beurteilung der Rechtfertigung des Fortgangs der Untersuchung der souveränen Einschätzung des Haftrichters obliegen und sich als rein tatsächliche Fragen (*questions de pur fait*) jeder inhaltlichen Rechtskontrolle entziehen. Deshalb und weil anders als in Deutschland verbindliche höchstrichterliche oder verfassungsgerichtliche Vorgaben fehlen, dürften in der Praxis subjektive Zweckmäßigkeitserwägungen dominieren – zumal der psychologische Nebeneffekt der Wahrnehmung fest vorgegebener Obergrenzen als ohne Weiteres ausschöpfbare Grundfristen nicht zu unterschätzen ist.

D. Garantien

1. Recht auf Information

Im Zusammenhang mit Anordnung und Vollzug der Justizhaft ist der Verdächtige mehrfach auch ungefragt über die ihm zur Last gelegte Tat, die Freiheitsentziehung als solche und seine Rechte zu informieren. Entsprechende Auskünfte sind nicht erst bei Gelegenheit des Haftantritts in der Anstalt zu erteilen, sondern sie müssen bereits zuvor anlässlich der richterlichen Vernehmungen eröffnet werden, die der Anordnung (CPP) bzw. dem eigentlichen Vollzug (StPO) der Haft zwingend vorgelagert sind; in Frankreich besteht insoweit die Besonderheit, dass neben der haftrichterlichen Vernehmung, die auf die Feststellung der Haftvoraussetzungen gerichtet ist, auch die vorherige untersuchungsrichterliche Vernehmung zu berücksichtigen ist, welche die Verifizierung der für die förmliche Beschuldigung erforderlichen Verdachtsmomente zum Gegenstand hat. Geht dem Haftvollzug i.e.S. eine gerichtlich veranlasste Festnahme voraus, die im deutschen Recht auf Basis des Haftbefehls, in Frankreich aufgrund eigenständiger *mandats* erfolgt, so sind darüber hinaus auch schon bei der Ergreifung und einer ggf. zwischengeschalteten Verbringung vor den „nächsten Richter“ bestimmte Auskünfte zu gewähren.⁵³

Für die zuletzt genannte Hypothese der Ergreifung auf richterliche Initiative schreiben beide Verfahrensordnungen die Aushändigung einer Abschrift der richterlichen Anordnung vor. Dabei erlaubt nur die StPO eine subsidiär-provisorische *mündliche* Mitteilung. So ist zwar übereinstimmend eine Unterrichtung über den

⁵³ Zu den *mandat*-spezifischen Belehrungen siehe oben Teil 1, III.A.3.a.

Tatvorwurf gewährleistet; tatsächliche Angaben zu dem für die Anordnung erforderlichen Tatverdacht enthält jedoch nur der deutsche Haftbefehl. Weiterreichende Informationspflichten formuliert die StPO auch insoweit, als der verhaftete Beschuldigte unverzüglich im Wege eines *letter of rights* über sämtliche in § 114b StPO aufgelisteten Rechte (Aussagefreiheit, Beweisantrag, [Pflicht-]Verteidiger, ärztliche Untersuchung, Benachrichtigung, Akteneinsicht/-information, Rechtsbehelfe) und Haftmodalitäten (Vorführung vor Richter vor Ablauf des Folgetages) zu informieren ist. Im CPP dagegen fehlen entsprechende festnahmeakzessorische Belehrungen auch nach der Reform von 2014; insbesondere soll die neue *déclaration des droits* (Art. 803-6 CPP) erst bei der Anordnung der *détention provisoire* auszuhändigen sein, nicht dagegen bei der Ergreifung auf Grundlage eines *mandat*. Scheidet eine unmittelbare Verbringung vor den zuständigen Richter aus und muss der bei der Polizei festgehaltene Betroffene deshalb zunächst zum nächsten Richter verbracht werden, so schreibt der CPP für die Anhörung einzig eine Schweigerechtsbelehrung vor. In Deutschland dagegen sind, so es sich um die *erste* richterliche Vernehmung handelt, die allgemeinen Beschuldigtenbelehrungen (Tatvorwurf, [Pflicht-]Verteidiger, Beweisantrag) zu erteilen (§ 136 Abs. 1 StPO). Unabhängig davon muss stets ein Hinweis auf die Aussagefreiheit und, soweit trotz fehlender Aktenkenntnis möglich, auf die belastenden Umstände erfolgen; bleibt er in Haft, so ist der Betroffene über seine Rechtsbehelfe und das Recht, die Verbringung vor den zuständigen Richter zu verlangen, zu unterrichten (§ 115a StPO).

Bei den der Entscheidung über die Haft vorgelagerten Vernehmungen vor dem (bzw. den) zuständigen Richter(n) gelten in Deutschland weitgehend identische Grundsätze. Handelt es sich um die *erste* richterliche Vernehmung, so müssen die Beschuldigtenbelehrungen (Tatvorwurf, Verteidiger, Beweisantrag) erfolgen. Ungeachtet dessen findet stets eine Belehrung über die Aussagefreiheit statt, und es ist, über den Inhalt des Haftbefehls hinaus, das gesamte für die Haftfrage rechtlich oder tatsächlich relevante Belastungsmaterial inklusive entlastender Umstände mitzuteilen. Wird die Haft aufrechterhalten, so ist über alle Rechtsbehelfe zu unterrichten.

Im französischen Recht bedarf es dagegen traditionell einer Vielzahl von Differenzierungen. Mit der Umsetzung der Belehrungsrichtlinie durch das Gesetz vom 27.5.2014 wurden die verschiedenen Regelungen nun zumindest der Sache nach weitgehend vereinheitlicht. Einige Unterschiede bestehen jedoch fort:

– Die in der gerichtlichen Voruntersuchung notwendige *mise en examen* setzt eine untersuchungsrichterliche Anhörung voraus, bei der wie folgt zu unterscheiden ist: Wird für die Vernehmung der Rechtsrahmen des *interrogatoire de première comparution* gewählt, so ist zunächst der Tatvorwurf zu erläutern. Fand eine förmliche Ladung (mit Informationen zu Tatvorwurf, weiterem Prozedere und Recht auf Anwalt) statt *und* ist ein Verteidiger zugegen, so bedurfte es bisher keiner weiteren Belehrungen; anderenfalls war über das Recht auf einen Anwalt und die Aussagefreiheit zu unterrichten. Seit 2014 findet nunmehr in beiden Fällen eine Belehrung

über das Schweigerecht statt. Wird für die Anhörung stattdessen der Rechtsrahmen der Vernehmung als unterstützter Zeuge (*témoïn assisté*) zugrunde gelegt, so ist dieser nach Bekanntgabe des Antrags auf Eröffnung der *instruction*, in dem die verfahrensgegenständlichen Taten spezifiziert werden, über seine Rechte zu unterrichten (Anwalt; Akteneinsicht; Gegenüberstellung; Nichtigkeitsklage); erst seit 2014 erhält er außerdem eine Schweigerechtsbelehrung. Erfolgt auf Grundlage einer dieser beiden Vernehmungsformen die förmliche Beschuldigung, so ist nur im Fall von Änderungen des Tatvorwurfs eine erneute Information über dessen Gegenstand vorgeschrieben. Es erfolgen jedoch Belehrungen über die voraussichtliche Verfahrensdauer und die aus der Parteistellung abzuleitenden Rechte (Beweisantrag; Annullierungsklage; Anspruch auf erneute Vernehmung, wenn förmliche Beschuldigung dem unterstützten Zeugen schriftlich kundgetan wurde; Recht auf Beantragung der Verfahrensbeendigung nach 12- bzw. 18-monatiger Dauer).

– Im Termin vor dem Grundrechte- und Haftrichter, dem im Rahmen der *instruction* die Entscheidung über die Haft obliegt, ist der Beschuldigte darüber zu informieren, dass er eine Vorbereitungsfrist für die Verteidigung in Anspruch nehmen kann und dass die Entscheidung über die Haft nach Durchführung einer kontradiktorischen Debatte ergeht, bei der ein Wahl- oder Pflichtverteidiger präsent ist. Weitere Belehrungen, etwa über das Schweigerecht, sind in diesem Termin bis heute nicht vorgesehen. Da er erst nach dem Vortrag des Staatsanwalts gehört wird, ist immerhin gewährleistet, dass die für einschlägig erachteten Haftziele vorher eröffnet werden. In der Haftbegründung ist die Tatsachenbasis der Haftgründe ebenfalls zu spezifizieren.

– In Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung entfallen die förmliche Beschuldigung und die kontradiktorische Debatte vor dem Haftrichter sowie die dort vorgesehenen Belehrungen. Seit 2014 findet jedoch im Vorführtermin vor dem Staatsanwalt im Anschluss an das *défèrement* eine kontradiktorische Verhandlung statt, bei der das Gesetz den vorgeführten Verdächtigen mit umfangreichen Informationsrechten ausstattet (Eröffnung des Tatvorwurfs in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht, Belehrung über das Recht auf anwaltlichen Beistand, Schweigerechtsbelehrung, eigenes Akteneinsichtsrecht des nicht verteidigten Verdächtigen). Außerdem ist seit der Reform vom 27.5.2014 für die Ladung zur Gerichtsverhandlung sowie zu Beginn der Hauptverhandlung eine Schweigerechtsbelehrung vorgeschrieben. Im Übrigen ist bei der *comparution immédiate* auf das Recht zur Vertagung der Verhandlung hinzuweisen, beim CRPC-Verfahren auf das Kostenrisiko der Hinzuziehung eines Verteidigers und die Möglichkeit einer Bedenkzeit.

Bei seiner Ankunft in der Haftanstalt wird der Betroffene in beiden Ländern mündlich und schriftlich über seine Rechte und Pflichten belehrt. Der CPP sieht, anders als z.B. das UVollzG Bln und die ex-UVollzO, nicht nur die Zugänglichmachung der einschlägigen Gesetzestexte vor, sondern auch die Einrichtung kostenfreier Rechtsberatungsstellen. Die Einsichtnahme in die Gefangenenakte gestattet grundsätzlich beide Rechtsordnungen. Über individuelle Beschränkungen im

Haftvollzug wird nur im deutschen Recht auch der Verteidiger von Amts wegen unterrichtet. Der Anspruch auf Zugang zu schriftlichen und audiovisuellen Informationen, insbesondere Zeitschriftenbezug und Rundfunkempfang, kann in beiden Ländern von der Anstaltsleitung aus Gründen der Sicherheit und Ordnung eingeschränkt werden.

Die StPO gesteht dem Beschuldigten zwar in keinem Verfahrensstadium ein eigenes Akteneinsichtsrecht zu, sondern behält ein solches dem Verteidiger vor. Wird jedoch der nicht verteidigte Beschuldigte aufgrund eines Haftbefehls ergriffen, so hat er seit 2010 einen aktenbezogenen Informationsanspruch bezüglich aller für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme wesentlichen Umstände. Der CPP dagegen kennt weder einen vergleichbaren, von der Akteneinsicht losgelösten Informationsanspruch noch differenzierte er bislang danach, ob der Betroffene sich in Haft befand oder ob er einen Verteidiger hatte. Er gewährte vielmehr jedem Angeklagten einen Anspruch auf vollumfängliche Akteneinsicht und -kopien, sobald das Prozessgericht mit der Sache befasst war (*stade du jugement*) – also nicht vor Abschluss der in der Praxis im Durchschnitt *zwei Jahre* dauernden *instruction*. Seit 2014 ist dieses Akteneinsichtsrecht ab der ersten untersuchungsrichterlichen Vernehmung auch dem *nicht verteidigten* förmlich Beschuldigten bzw. unterstützten Zeugen eröffnet; überdies kommt es in Verfahren ohne *instruction* nun auch dem nicht anwaltlich vertretenen Verdächtigen im Vorführtermin vor dem Staatsanwalt zugute.

Sieht man von den landesrechtlich normierten Informationsrechten im Haftvollzug als Spezialmaterie ab, so regelt das deutsche Strafverfahrensrecht die festnahmeakzessorischen Unterweisungen (§§ 114a f. StPO) und vernehmungsakzessorischen Beschuldigtenbelehrungen (§ 136 Abs. 1 StPO) für alle Stadien des Strafverfahrens *einheitlich* – egal, ob die Festnahme auf richterliche Initiative erfolgt ist oder nicht; egal, ob es sich um eine polizeiliche, staatsanwaltschaftliche oder richterliche Vernehmung handelt. Lediglich im Hinblick auf die erste *hafrichterliche* Vernehmung gilt ergänzend § 115 Abs. 3 StPO, der nicht nur die Pflicht zur Schweigerechtsbelehrung wiederholt, sondern eine über §§ 136, 114a StPO hinausgehende Hinweispflicht über alle be- und entlastenden Umstände statuiert.

Entsprechend vor die Klammer gezogene Bestimmungen sind dem CPP dagegen fremd. Die französische Regelung ist vielmehr durch ihren disparaten Charakter gekennzeichnet, gelten doch für jeden Verfahrensabschnitt (z.B. *instruction* oder staatsanwaltschaftliche Vorführung), für jede Vernehmungsperson (Richter, Staatsanwalt, Polizeibeamter) und für jeden Adressaten (Polizeihäftling, unterstützter Zeuge, förmlich Beschuldigter/Person in *détention provisoire*) spezifische Regelungen – auch wenn diese 2014 im Hinblick auf das Akteneinsichtsrecht und die Schweigerechtsbelehrung inhaltlich harmonisiert wurden. Auffälligste inhaltliche Unterschiede im Vergleich zum deutschen Recht sind die Abwesenheit festnahmebezogener Belehrungen bei der Ergreifung aufgrund eines *mandat* und die fehlende Mitteilung der Tatsachen, aus denen sich der qualifizierte Tatverdacht ergibt. Der

Lückenhaftigkeit des Anwendungsbereichs der Schweigerechtsbelehrung, die das französische Recht lange Zeit geprägt hat, hat die unionsrechtlich vorgegebene Reform vom 27.5.2014 erfreulicherweise abgeholfen (Ausnahme: Termin vor dem Grundrechte- und Haftrichter).

2. Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt

Wird der Verdächtige aufgrund eines (Dezernats-)Haftbefehls bzw. eines *mandat d'amener* oder *mandat d'arrêt* ergriffen, so steht ihm – im deutschen Recht unverzüglich, in Frankreich erst, wenn sich ergibt, dass er mangels sofortiger Vorführungsmöglichkeit vor den Richter zunächst polizeilich festgehalten werden muss – ein Benachrichtigungsrecht zu. Es richtet sich nach den bei der Polizeihaft geltenden Grundsätzen, unterliegt also insbesondere den dort näher ausgeführten Vorbehalten und Schranken (§ 114c Abs. 1 StPO; Art. 133-1 i.V.m. Art. 63-2 CPP).⁵⁴

Im Zusammenhang mit der Anordnung der *détention provisoire* sah der CPP bislang keine Benachrichtigung vor, wohingegen eine solche in Deutschland in der Verfassung für jede richterliche Entscheidung über die Anordnung und Fortdauer der Haft vorgeschrieben ist (Art. 104 Abs. 4 GG). Im Einklang dazu besteht gemäß § 114c Abs. 2 StPO eine im Unterschied zu Abs. 1 grundsätzlich uneinschränkbare und unverzichtbare Benachrichtigungspflicht seitens des Haftrichters, sobald dieser den Vollzug der Untersuchungshaft bzw. dessen Aufrechterhaltung verfügt hat. Trotz der insoweit unterschiedlichen Ausgestaltung beider Rechtsordnungen wurden die Divergenzen im Ergebnis insofern abgemildert, als im deutschen Recht regelmäßig bereits die formlose Kenntniserlangung durch den Pflichtverteidiger bei der Verkündung der Haftentscheidung ausreichen sollte; eine solche ist nämlich im französischen Recht, anders als in Deutschland, zumindest bei der Anordnung der Maßnahme *stets* gewährleistet (Art. 145 Abs. 5 CPP: zwingende Verteidigerpräsenz, siehe unten 3.). Entsprechend vage gehalten ist auch die 2014 erfolgte Klarstellung in der *déclaration des droits*, die bei der Anordnung der *détention provisoire* neuerdings auszuhändigen ist. Hiernach besteht lediglich ein Recht darauf, dass „wenigstens ein Dritter“ (*au moins un tiers*) über die Freiheitsentziehung informiert wird. Zu beachten ist freilich, dass die Benachrichtigungspflicht in § 114c Abs. 2 StPO an den Haftvollzug anknüpft, für den in beiden Ländern gesonderte Benachrichtigungsregelungen bestehen. Bei Haftantritt ist dem Gefangenen Gelegenheit zur Benachrichtigung zu geben. Während das entsprechende Telefonat in Frankreich eine vorherige Genehmigung des Untersuchungsrichters voraussetzt (Erlaubnisvorbehalt), stellt die Benachrichtigungsmöglichkeit in Deutschland den Grundsatz dar und entfällt nur, wenn eine verfahrenssichernde Anordnung des Haftrichters entgegensteht (Verbotsvorbehalt). Wegen der *zwingenden*, auch die

⁵⁴ Siehe oben II.2. sowie speziell zu den *mandats* Teil 1, III.A.3.a.bb. und cc.

Folgeentscheidungen erfassenden Natur des deutschen Benachrichtigungsregimes erscheint dieses insgesamt noch immer lückenloser als das des CPP.

Lässt man die auf Ausnahmefälle beschränkte Hypothese einer Ausföhrung bzw. Ausgangserlaubnis unter Eskorte auÖer Betracht, so wird der Kontakt des Betroffenen mit der AuÖenwelt wöhrend der Dauer seines Haftvollzugs im Wesentlichen durch das Recht auf Besuchsempfang sowie auf Post- und Telefonverkehr verwirklicht. Obwohl es die Unschuldsvormutung gebietet, Beschränkungen auf das unvermeidbare MaÖ zu reduzieren, ergeben sich doch umgekehrt gerade auch aus dem Umstand, dass das Verfahren noch nicht rechtskräftig abgeschlossen ist, spezifische, von den Belangen der Anstaltssicherheit und -ordnung losgelöste verfahrensichernde Einschränkungsöglichkeiten, derer es im Strafvollzug nicht bedarf.

Wöhrend der oftmals heiklen Abgrenzung anhand des Zwecks der Beschränkung im deutschen Recht eminente Bedeutung – für die Gesetzgebungskompetenz und Rechtsgrundlage (§ 119 StPO versus landesrechtliche UVollzG), für die Anordnungszuständigkeit (Haftrichter versus Anstalt) und damit, wenn nicht für das „Ob“, so doch zumindest auch für das „Wie“ des Rechtsschutzes (§ 119 Abs. 5 versus § 119a StPO) – zukommt, ist die Unterscheidung im französischen Recht vorliegend nur von untergeordneter Relevanz, da der CPP und die *Loi pénitentiaire* für sämtliche der hier interessierenden Beschränkungsöglichkeiten, unabhängig davon, ob diese strafverfahrensrechtlich motiviert sind oder nicht, eine Intervention der *autorité judiciaire*, in der Regel also des Untersuchungsrichters, vorschreiben. In beiden Ländern setzen der Besuchsempfang und der – für die *détention provisoire* überhaupt erst seit 2009 vorgesehene – Zugang zum Telefon eine vorherige Erlaubnis voraus, wohingegen für den Schriftverkehr ein Verbotsvorbehalt besteht; über die strikte Alternative „Erlaubnis contra Verbot“ hinaus kommen dabei auch diverse Zwischenstufen, namentlich eine Überwachung der Kommunikation, in Betracht. Im Übrigen werden Familienangehörige (insb. Ehegatten und Kinder) privilegiert.

Unterschiede bestehen vor allem bei den legitimen Zwecken der *nicht* auf die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt gestützten Einschränkungen. Wöhrend solche im deutschen Recht nur zulässig sind, soweit dies zur Abwehr einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr, also zur Verwirklichung eines gesetzlichen Haftzwecks erforderlich ist (Verfahrensicherung i.e.S.), bedarf es in Frankreich – wenn überhaupt – nur der *nécessités de l'instruction*, d.h. die Entscheidung steht im richterlichen Ermessen (Verfahrensicherung i.w.S.). Anders als in Deutschland, wo deshalb etwa die Anordnung einer Briefkontrolle zu allgemeinen Ermittlungszwecken richtigerweise für unzulässig zu erachten ist,⁵⁵ dürfte eine entsprechende Verfügung im französischen Recht unproblematisch zulässig sein.

⁵⁵ Siehe oben Teil 2, III.C.1.a.b.

Neben der Möglichkeit, den Empfang von Besuchen, die Telekommunikation sowie den Schrift- und Postverkehr mit der Außenwelt im konkreten Fall verfahrensichernden Beschränkungen, insbesondere Erlaubnisvorbehalten und Überwachungsmaßnahmen zu unterwerfen (vgl. in Deutschland § 119 Abs. 1 Satz 2, 4 StPO; zur Begründungspflicht im Einzelfall siehe § 34 StPO) kann der französische Untersuchungsrichter auch ein umfassendes, zeitlich auf zwei Mal zehn Tage befristetes Kommunikationsverbot anordnen. Dieses pauschale Verbot schließt zwar ähnlich wie die deutsche „Kontaktsperre“ jede Verbindung zur Außenwelt aus, lässt jedoch anders als diese nicht nur den Verkehr zu Mithäftlingen unberührt, sondern vor allem auch – ebenso wie alle anderen bislang erörterten Einschränkungsmöglichkeiten – die Kommunikation mit dem Verteidiger. Im Gegensatz zur Kontaktsperreregelung, die auf extreme terroristische Gefährdungslagen zugeschnitten und seit ihrer Schaffung nicht mehr zum Einsatz gekommen ist, steht die *interdiction de communiquer* im freien untersuchungsrichterlichen Ermessen („peut“).

3. Recht auf anwaltlichen Beistand

Während der CPP den Verteidigerbeistand einer im Vergleich zur *garde à vue* völlig selbstständigen Regelung zuführt, indem er, unter weitgehendem Verzicht auf die Vorgabe übergeordneter Grundsätze, diverse situationsspezifische Verteidigerkonsultationsregelungen aneinanderreihet (z.B. für förmliche Beschuldigung, Haftanordnung in der *instruction*, Vorführung vor Staatsanwalt außerhalb gerichtlicher Voruntersuchung, CRPC-Verfahren; seit 2014: Ladung zur Gerichtsverhandlung), gelten im deutschen Verfahren für die Hinzuziehung eines Anwalts zumindest im Ausgangspunkt identische Grundsätze wie bei der Polizeihaft. Im Einzelnen bestehen allerdings auch hier bei der Untersuchungshaft Besonderheiten, da einerseits eine Reihe von Erweiterungen (insb. Anwesenheitsberechtigung bei Vernehmungen, notwendige Verteidigung, Akteneinsichtsrecht), andererseits zusätzliche Beschränkungsmöglichkeiten vorgesehen sind.

Obwohl die StPO nur punktuell bei bestimmten Anlässen entsprechende Belehrungen vorsieht, kann der Beschuldigte im deutschen Strafverfahren jederzeit und unabhängig davon, ob er sich in Haft oder auf freiem Fuß befindet, den Beistand eines Verteidigers in Anspruch nehmen, der bei allen richterlichen Vernehmungen anwesenheitsberechtigt und daher grundsätzlich vorher von ihnen zu benachrichtigen ist; obligatorisch ist seine Präsenz jedoch niemals (*e contrario* § 145 StPO). Obschon die Konsultation eines Anwalts selbstverständlich auch in Frankreich grundsätzlich jedermann und jederzeit offen steht, ist seine Hinzuziehung zu konkreten Verfahrenshandlungen (z.B. Vernehmungen, Ermittlungsmaßnahmen) nur dort zulässig, wo das Gesetz dies ausdrücklich, in der Regel im Wege entsprechender, situationsspezifischer Belehrungsvorschriften, vorsieht. Da solche Bestimmungen im Zusammenhang mit der Ergreifung aufgrund eines *mandat* und der

sich ggf. anschließenden Anhörung durch den *nächsten* Richter fehlen (Art. 125 ff., *e contrario* Art. 133-1 CPP), scheidet die Inanspruchnahme eines Verteidigers in diesen der Haftanordnung häufig vorgelagerten Stadien – anders als im deutschen Recht – aus.

Anschließend hat der Verdächtige jedoch nicht erst in der Eigenschaft als förmlich Beschuldigter (d.h. als Partei), sondern bereits in den für die *mise en examen* – und damit mittelbar für die Haftanordnung – unabdingbaren Vernehmungen gemäß Art. 116 (*interrogatoire de première comparution*) oder Art. 113-1 ff. CPP (Vernehmung als unterstützter Zeuge) die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Anwalts;⁵⁶ geht dem Termin nach Art. 116 CPP eine förmliche Ladung i.S.v. Art. 80-2 CPP voraus, so ist ihm diese Möglichkeit bereits ab diesem Zeitpunkt eröffnet. Auch wenn die anwaltliche Präsenz bei diesen untersuchungsrichterlichen Vernehmungen niemals obligatorisch ist, kommt ihr bei der auf die *mise en examen* gerichteten Anhörung nach Art. 116 CPP besonderes Gewicht zu, da der Betroffene hier nur im Beisein eines Anwalts sein für eine Befragung erforderliches Einverständnis erklären kann. Bei der auf die Haftanordnung gerichteten kontradiktorischen Debatte vor dem Grundrechte- und Haftrichter ist die Anwesenheit eines Verteidigers zwingend (Art. 145 CPP), d.h. sie steht hier – anders als etwa bei den Verlängerungsterminen – nicht zur Disposition des Beschuldigten. Auch dort, wo die *détention provisoire* in Verfahren ohne *instruction* zum Einsatz kommen kann, sieht das Gesetz die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Anwalts vor. Wird der Betroffene nach Beendigung der *garde à vue* und vor dem Erscheinen vor dem Staatsanwalt über Nacht im Gerichtspalast (*dépôt*) festgehalten, so steht ihm bereits dort – ebenso wie zuvor in der Polizeihaft – ein Verteidigerkonsultationsrecht zu. Seit 2014 kann im Vorführtermin vor dem Staatsanwalt, der notwendige Grundlage für die Einleitung des *comparution immédiate*-Verfahrens ist, bereits *vor* der Anhörung – die nunmehr als kontradiktorische Verhandlung ausgestaltet ist – ein Anwalt konsultiert werden. Für die Durchführung des CRPC-Verfahrens und die Anwendbarkeit der dort vorgesehenen Inhaftierungsbefugnis ist die Präsenz eines Verteidigers sogar unentbehrlich. Im Übrigen hat seit 2014 jeder Angeklagte ab dem Zeitpunkt der Zustellung der Ladung zum Gerichtstermin (*citation*, Art. 390 Abs. 2, 390-1 Abs. 2 CPP) das Recht, einen selbstgewählten oder von Amts wegen beizuziehenden Anwalt hinzuzuziehen.

Ungeachtet vereinzelter Lücken bei der *situativen* Reichweite der Gewährleistung des Verteidigerbeistands (Ergreifung aufgrund *mandat* und Anhörung durch nächsten Richter), denen allerdings der in anderen Situationen teils normativ zwingende, teils faktisch unentbehrliche Charakter der Verteidigerpräsenz – als dem

⁵⁶ Siehe auch Art. 122 Abs. 7 CPP, wonach die untersuchungsrichterliche Vernehmung der aufgrund eines *mandat* ergriffenen Person ausschließlich gemäß Art. 116 oder 113-1 ff. CPP zulässig ist – also nicht als einfacher Zeuge/schlichter Verdächtiger, dem die Inanspruchnahme anwaltlicher Unterstützung bei der Vernehmung verwehrt ist, vgl. Art. 101 ff. CPP.

deutschen Ermittlungsverfahren in dieser Form unbekannte Konstruktionen – gegenübersteht, gehen die französischen Regelungen in einem wichtigen, bereits beim Vergleich der Polizeihaft angerissenen Aspekt über die Verteidigerkonzeption der StPO hinaus: Während der CPP überall dort, wo er die Inanspruchnahme eines Verteidigers zulässt, zugleich dafür Sorge trägt, dass im Fall des Fehlens oder der Nichtverfügbarkeit eines Wahlverteidigers auf Verlangen ein vom *bâtonnier* ausgewählter, von Amts wegen beigeordneter und staatlich vorfinanzierter Anwalt – bei Vernehmungen regelmäßig ad hoc – herbeigerufen wird, ist der Beschuldigte nach deutschem Recht bei der Auswahl, Kontaktierung und Finanzierung seines Verteidigers grundsätzlich auf sich allein gestellt. Etwas anderes gilt nur, wenn die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung vorliegen, was seit 2010 insbesondere *während des Vollzugs* der Untersuchungshaft nach §§ 112 f. StPO der Fall ist. Die erste haftrichterliche Vernehmung soll davon aber selbst dann nicht erfasst sein, wenn ihr eine haftbefehlsbedingte Ergreifung zugrunde liegt (§ 115 StPO), ebenso wenig sonstige Fälle des Untersuchungshaftvollzugs (§§ 127b, 230 StPO). Auch wenn, unabhängig vom Haftvollzug, namentlich im Hinblick auf die Tatschwere, weitergehende Fälle einer notwendigen Verteidigung denkbar sind, fehlt anders als in Frankreich eine Regelung zur ad hoc-Verständigung des Anwalts. Im Übrigen obliegt dessen Auswahl anders als dort nicht der Anwaltskammer, sondern dem Gericht. Vorschläge des Beschuldigten sind aber auch in Deutschland zu berücksichtigen. Im Gegensatz zu § 465 StPO, der die Kostenerstattungspflicht primär an den Verfahrensausgang gekoppelt, knüpft das französische Recht das Bestehen eines Regressanspruchs in erster Linie an die Vermögensverhältnisse.

Wegen der weitreichenderen Unterstützung, die der CPP dem (förmlich) Beschuldigten bei der Verteidigerauswahl, -verständigung und -finanzierung gewährt, erweist sich dessen Rechtsstellung im Hinblick auf die *effektive* Möglichkeit der Inanspruchnahme anwaltlichen Beistands im Zusammenhang mit der Haftentscheidung als dem deutschen Strafverfahren überlegen. Angesichts der oben festgestellten Schutzdefizite bei den der französischen Strafjustiz *von Amts wegen* obliegenden Belehrungen und Benachrichtigungen (keine Kommunikation der Tatsachengrundlage der Beschuldigung; fehlende Pflicht zur Benachrichtigung Dritter; bis 2014: lückenhafte Schweigerechtsbelehrung) legt dieser Befund den Schluss nahe, dass der CPP die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen in stärkerem Maße als die StPO der Eigenverantwortung des *anwaltlich unterstützen* Beschuldigten zuweist (vgl. Art. 116 CPP a.F.: Entfallen der Schweigerechtsbelehrung bei Verteidigerpräsenz).

Die Möglichkeit eines nicht überwachten Verteidigerverkehrs ist in beiden Rechtsordnungen auch im Haftvollzug zu gewährleisten, die allgemeinen Schranken für die Kommunikation mit der Außenwelt gelten nicht. Während der CPP, anders als bei der *garde à vue*, auf Ausnahmeregelungen weitgehend verzichtet (siehe aber immerhin Art. 117 CPP: „unmittelbare Befragung“ zwecks *mise en examen*), sieht das deutsche Recht, anders als bei der vorläufigen Festnahme, Ein-

schränkungsmöglichkeiten für organisierten Terrorismus vor. Die StPO selbst erlaubt eine Überwachung des Schriftverkehrs durch einen externen Richter sowie Trennscheiben; weitergehende Beschränkungen, insbesondere solche auch des mündlichen Verkehrs, sind nur in Extremsituationen aufgrund der bislang erst einmal zur Anwendung gekommenen Kontaktsperre denkbar, die den Notstandsgedanken konkretisiert. Nachdem auch in Frankreich, etwa bei „höherer Gewalt“, Ausnahmen von der zwingenden Verteidigerpräsenz bei der Haftanordnung diskutiert werden, erscheint es zumindest nicht ausgeschlossen, dass dort in vergleichbaren Situationen – ähnlich wie in Deutschland vor der Schaffung der §§ 31 ff. EGGVG und unter nachträglicher Billigung der EKMR – entsprechende Einschränkungen praktiziert werden könnten. So gesehen hat die Regelung im EGGVG zumindest den Vorteil, dass die Grenzen der Kontaktsperre (z.B. Dauer) definiert und prozessuale Minimalabsicherungen (z.B. anwaltliche Kontaktperson) statuiert werden.

Für das in beiden Ländern noch immer primär dem Anwalt vorbehaltene Recht zur Einsicht in die Originalakten stellt die StPO seit 2010 klar, dass Einschränkungen unzulässig sind, wenn der Beschuldigte inhaftiert ist bzw. aufgrund des Haftbefehls ergriffen wurde und es um für die Rechtmäßigkeit wesentliche Informationen geht. Einer entsprechenden Erweiterung bedarf es in Frankreich nicht, da der Anwalt überall dort, wo seine Inanspruchnahme vorgesehen ist – bei der Spontanhinzuziehung zu Vernehmungen auch ad hoc, im Übrigen *jederzeit* ab der förmlichen Beschuldigung – zu einer gesetzlich *unbeschränkten* Einsichtnahme berechtigt ist (Ausnahme: Videoaufzeichnung der Vernehmung bei Verbrechen). Im Gegensatz zur StPO sieht der CPP für die Überlassung von Kopien an den Mandanten ein aufwendiges, richterliches Vorabgenehmigungsverfahren vor.

4. Recht auf ärztliche Untersuchung und gesundheitliche Mindeststandards

Beide Rechtsordnungen teilen die Vorstellung, dass den Staat für den Schutz der Würde und Gesundheit des Gefangenen im Haftvollzug eine besondere Mitverantwortung trifft. Die Einzelheiten werden allerdings nicht im gesetzlichen Kernstrafprozessrecht geregelt, sondern in Deutschland in den landesrechtlichen UVollzG (Ausnahme: § 114b Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 StPO), in Frankreich in den untergesetzlichen Bestimmungen des CPP (Ausnahme: Art. 22, 44 ff. Loi pénitentiaire sowie, seit 2014, Art. 147-1 CPP).

In beiden Ländern ist zu Haftbeginn *von Amts wegen* eine ärztliche Untersuchung durchzuführen, außerdem ist bei haftverschärfenden Einzelmaßnahmen eine besondere ärztliche Überwachung vorgesehen. Im Übrigen muss jederzeit die Möglichkeit bestehen, auf Verlangen ärztliche Betreuung und medizinische Versorgung in Anspruch zu nehmen. Während der Häftling in Frankreich grundsätzlich auf den Anstaltsarzt verwiesen wird, gilt in Deutschland seit 2009, entsprechend den Forderungen des CPT, der Grundsatz der freien Arztwahl. Ebenso wie in Frankreich,

wo die Berücksichtigung des eigenen Arztwunsches im Einzelfall genehmigt werden kann, trägt der Untersuchungsgefangene die so verursachten Kosten selbst.

Die Verordnungs- und Dekret-Teile des CPP enthalten ebenso wie die landesrechtlichen UVollzG – anders jedoch, als noch die alte UVollzO – eine Vielzahl von Einzelbestimmungen zur Wahrung der gesundheitlichen Mindeststandards im Hinblick auf die Ernährung und Anstaltshygiene. Als Zwangsmaßnahme auf dem Gebiet der Gesundheitsfürsorge erlauben beide Länder im Fall eines Hungerstreiks die Zwangsernährung von Häftlingen; der CPP setzt insoweit allerdings ausdrücklich eine gravierende Verschlechterung des Gesundheitszustands voraus. Weil dafür in Deutschland seit 2009 keine hafrichterliche Anordnungszuständigkeit mehr besteht, obliegt die Entscheidung übereinstimmend dem Arzt. In den deutschen UVollzG wird im Fall einer Lebensgefahr teilweise ausdrücklich die „Erste Hilfe“ durch Dritte für zulässig erklärt. Umgekehrt schreibt nur der CPP explizit eine Benachrichtigung der Staatsanwaltschaft und des Untersuchungsrichters vor. Körperliche Zwangsmaßnahmen zu Verfahrenszwecken richten sich in beiden Rechtsordnungen nach den einschlägigen Bestimmungen des allgemeinen Strafprozessrechts (§§ 81a ff. StPO; Art. 81 Abs. 8–11 CPP). Ihre Anordnung ist grundsätzlich dem Richter, die Durchführung ausnahmslos dem Arzt vorbehalten.

5. Protokollierung, Aufzeichnung und Publizität

Ähnlich wie der Verlauf des Haftvollzugs in der Anstalt in Form von Haftregistern und Gefangenenakten zu dokumentieren ist, bestehen auch für die Vernehmungen im Zusammenhang mit Untersuchungshaft und *détention provisoire* Protokollierungs- und Aufzeichnungsregelungen, ja teilweise sogar eine Publizität, die ihren Ablauf transparent, rekonstruierbar und kontrollierbar machen sollen.

Im deutschen Recht gilt einheitlich für alle richterlichen – sowie etwaige nicht-richterlichen – Vernehmungen im Zusammenhang mit der Haftentscheidung der Grundsatz der Nicht-Öffentlichkeit. Der Ablauf sämtlicher Vernehmungen ist in einem Protokoll festzuhalten (§ 168a StPO). Die Belehrungen sind nach § 136 Abs. 1 StPO seit 2013 aktenkundig zu machen (vgl. § 168b Abs. 3 StPO). Außerdem sieht das Gesetz seit 2013 explizit die Möglichkeit der Anordnung einer audiovisuellen Aufzeichnung vor, für die es somit nicht mehr auf ein Einverständnis der Beteiligten ankommt (§ 163a Abs. 1 Satz 2 StPO). Wegen der unmittelbaren bzw. entsprechenden Geltung dieser Regelungen bei staatsanwaltschaftlichen und polizeilichen Vernehmungen, die im Zusammenhang mit der Polizeihaft dargestellt wurden, sei für Einzelheiten auf die dortigen Ausführungen verwiesen.

In Frankreich bedarf es dagegen einer – in Verfahren mit gerichtlicher Voruntersuchung besonders wichtigen – Differenzierung zwischen den der späteren Haftentscheidung vorgelagerten Vernehmungen durch den Untersuchungsrichter bzw.

Staatsanwalt einerseits und den in unmittelbarem Zusammenhang mit der Haftentscheidung durchzuführenden haftrichterlichen Anhörungen andererseits.

Stellt man zunächst auf die im weiteren Vorfeld der Haftentscheidung gelegene Vernehmung durch den Untersuchungsrichter als Grundlage der förmlichen Beschuldigung (Art. 116 oder Art. 113-1 ff. CPP) bzw. – in Verfahren ohne *instruction* – auf die staatsanwaltschaftliche Anhörung im Zusammenhang mit der Einleitung des Verfahrens der *comparution immédiate* (Art. 393 CPP) ab, so besteht im Hinblick auf das deutsche Recht die Gemeinsamkeit, dass die entsprechenden Termine unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfinden und dass nicht nur die Vernehmung als solche, sondern auch die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Förmlichkeiten (insb. die Vornahme etwaig erforderlicher Belehrungen) protokollarisch festzuhalten sind (Art. 429, 393 Abs. 3, 113-4, 116, 121 CPP). Unterschiede bestehen jedoch im Hinblick auf die Regelung der audiovisuellen Aufzeichnung: Während eine solche im deutschen Recht bei allen richterlichen und nicht richterlichen Vernehmungen zulässig, niemals jedoch zwingend ist, besteht im französischen Recht bei untersuchungsrichterlichen Vernehmungen nach Art. 116, 114 CPP im Fall von Verbrechen eine Aufzeichnungspflicht (Art. 116-1 CPP), wohingegen das Gesetz im Übrigen keine Aufzeichnungsmöglichkeit vorsieht.

Bei der für die Haftentscheidung erforderlichen Anhörung durch den im jeweiligen Verfahrensstadium zuständigen Haftrichter (Grundrechte- und Haftrichter, Untersuchungskammer oder Prozessgericht) ist zwar wie in Deutschland ein Protokoll zu fertigen; die Möglichkeit einer audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung sieht der CPP hingegen nicht vor. Auffälligster Unterschied zwischen beiden Rechtsordnungen ist freilich die Tatsache, dass in Frankreich seit 2007 für alle Haftentscheidungen in der *instruction* und vor dem Prozessgericht – *nicht* jedoch bei den Anhörungen durch den Grundrechte- und Haftrichter in der *comparution immédiate* und im CRPC-Verfahren – der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt.

E. Richterliche Kontrolle

1. Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft

a) Richtervorbehalt und rechtliches Gehör bei der Haftentscheidung

Während die richterliche Haftanordnung im deutschen Recht auch in Abwesenheit des Beschuldigten und ohne die vorherige Gewährung rechtlichen Gehörs ergehen kann, setzt der eigentliche Haftvollzug in der Anstalt in beiden Ländern eine richterliche Anhörung voraus. Die Tatsache, dass die StPO die Haftanordnung, im Gegensatz zum CPP, auch gegenüber Personen zulässt, die noch keine Gelegenheit hatten, ihre Einwendungen vor dem Richter vorzutragen, wird durch folgende Aspekte relativiert: Obwohl die §§ 115 f. StPO den Dezernatshaftbefehl als Regelfall

zugrunde zu legen scheinen, ergeht der Großteil der Haftbefehle in der Praxis im Anschluss an die vorläufige Festnahme und damit auf Grundlage einer persönlichen Vernehmung (§ 128 i.V.m. § 115 StPO). Im Übrigen existieren auch in Frankreich mit dem *mandat d'arrêt* und dem *mandat d'amener* funktional dem Dezernatshaftbefehl entsprechende Haftbefehle im weiteren Sinne, die ebenso wie dieser keine Anhörung voraussetzen, sondern gerade auf die Verbringung vor den Richter zwecks Entscheidung über das weitere Verfahren, namentlich die Haftfrage, zielen.

Grundsätzlich muss der Betroffene im Anschluss an diese richterlich veranlasste Ergreifung unverzüglich Gelegenheit erhalten, sich vor dem *zuständigen* Richter zu verteidigen. Die ausnahmsweise Anhörung durch den *nächsten* Richter ist in Frankreich nur im Fall größerer Distanzen (200 km) zulässig, in Deutschland dagegen bereits dann, wenn der Betroffene dem zuständigen Richter nicht vor Ablauf des Folgetages vorgeführt werden kann, ohne dass das Gesetz weitere objektive Vorgaben formulieren würde. Auch im Hinblick auf das Verfahren im Anschluss an die Vorsprache vor dem nächsten Richter erweist sich die Regelung des CPP als verbindlicher. Er beschränkt sich nicht darauf, dem nächsten Richter die Verständigung und Unterrichtung des zuständigen Richters und die Einholung seiner Instruktionen aufzugeben, sondern sieht darüber hinaus – im Fall der Nichtfreilassung – die von Amts wegen zu veranlassende Verbringung vor ihn vor, die grundsätzlich binnen vier Tagen zu erfolgen hat; in Deutschland dagegen findet ein entsprechender Transport nur auf Verlangen statt und unterliegt keinen zeitlichen Schranken.

b) *Doppelt-gespaltener versus einfach-einheitlicher Richtervorbehalt*

Die gesetzgeberischen Grundkonzeptionen des Richtervorbehalts unterscheiden sich zunächst insofern, als es für den Erlass des Haftbefehls im deutschen Strafverfahren lediglich eines positiven richterlichen Votums des zuständigen Haftrichters bedarf (einfacher Richtervorbehalt), wohingegen der Haftentscheidung in der gerichtlichen Voruntersuchung des französischen Rechts seit der Übertragung des Haftanordnungsmonopols vom Untersuchungsrichter auf den Grundrechte- und Haftrichter ein doppelter Richtervorbehalt vorgeschaltet ist. Ähnlich wie die Untersuchungshaft, die vor Erhebung der öffentlichen Klage nicht gegen den Willen der haftantragsberechtigten Staatsanwaltschaft angeordnet (Ausnahme: § 125 Abs. 1 Alt. 2 StPO) und aufrechterhalten werden kann (§ 120 Abs. 3 StPO), setzen auch Anordnung (Ausnahme: Art. 137-4 Abs. 2 CPP) und Fortbestand der *détention provisoire* während der *instruction* das Einverständnis des für die Haftantragstellung zuständigen Untersuchungsrichters voraus (Art. 148 CPP). Da jedoch, ungeachtet aller normativen Ansprüche (§ 160 Abs. 2 StPO; Art. 80 Abs. 1 CPP), an der tatsächlichen Unvoreingenommenheit des Untersuchungsrichters kaum geringere Zweifel bestehen (arg.: Entziehung der Haftanordnungskompetenz) als an der faktischen Neutralität des deutschen Staatsanwalts, sollte der Mehrwert, den der zwei-

fache Richtervorbehalt des CPP im Hinblick auf die Verwirklichung des Ausnahmecharakters der Haft gegenüber dem kombinierten staatsanwaltlich-richterlichen Vorbehalt der StPO verspricht, nicht überbewertet werden.

Der bedeutsamste, auch für das Rechtsschutzsystem folgenreichste Unterschied in der Ausgestaltung der Richtervorbehalte liegt darin, dass der deutsche Haftrichter einheitlich alle Voraussetzungen der Untersuchungshaft inklusive des dringenden Tatverdachts würdigt, wohingegen der CPP in der gerichtlichen Voruntersuchung eine Aufspaltung der Prüfkompetenzen bewirkt, indem er dem Grundrechte- und Haftrichter die Beurteilung der Haftvoraussetzungen i.e.S. zuweist, die des dringenden Tatverdachts dagegen dem Untersuchungsrichter anlässlich der Entscheidung über die förmliche Beschuldigung – als Vorfrage der *détention provisoire* – vorbehält. Wegen der separaten, abgestuften Beurteilung von Tat- und Haftfrage kann der förmlich Beschuldigte sich auch schon vor der Haftanordnung gegen die *mise en examen*, insbesondere gegen den in ihr verkörperten Tatvorwurf gerichtlich zur Wehr setzen und auf diese Weise einer ggf. erst später beabsichtigten *détention provisoire* von vornherein den Boden entziehen – während im deutschen Recht der Haftbefehl abgewartet werden kann und muss.

Dem förmlich Beschuldigten stehen heute zweierlei Rechtsbehelfe gegen die *mise en examen* zur Verfügung. Einerseits hat er die traditionelle Möglichkeit einer Nichtigkeitsklage zur Untersuchungskammer, mit der er unter Beachtung der allgemeinen Präklusions- und Verfahrensvorschriften (Art. 170 ff. CPP) die Verletzung der formellen oder materiellen Voraussetzungen der förmlichen Beschuldigung *im Moment ihrer Anordnung* rügen kann. Andererseits kann seit 2007 nach Ablauf von sechs Monaten ab der förmlichen Beschuldigung und sodann im Sechsmonats-Takt bis zur Mitteilung über den Abschluss der *instruction* der Untersuchungsrichter um ihre Aufhebung (sog. *dé-mise en examen*) ersucht werden, wenn ihre *materiellen* Voraussetzungen (insb. Tatverdacht) zum *Jetzt-Zeitpunkt* nicht mehr vorliegen. Dabei kann die Nichtabhilfeentscheidung im Wege der Beschwerde nach allgemeinen Beschwerdegrundsätzen vor der Untersuchungskammer angefochten werden. Da es sich bei der Beurteilung des Tatverdachts um eine rein tatsächliche Frage handelt, scheidet eine revisionsgerichtliche Kontrolle seitens der Cour de cassation aus.

2. Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler

a) Überblick

Die von Amts wegen erfolgende Rechtmäßigkeitskontrolle, die nicht auf das System der periodischen Haftverlängerung bzw. der besonderen OLG-Haftprüfung beschränkt ist (siehe oben C.1.b.), wird durch ein ausgefeiltes Haftrechtsschutzsystem komplettiert, welches durch das Nebeneinander haftspezifischer Rechtsbehelfe und allgemeiner Rechtsbehelfe mit haftspezifischen Sonderregeln charakterisiert

und insofern übereinstimmend durch eine funktionale Zweispurigkeit gekennzeichnet ist: Zum einen hat der inhaftierte Beschuldigte die Möglichkeit, den Haftrichter selbst um seine Freilassung zu ersuchen und ihn auf diese Weise zu einer – beschwerdefähigen – Entscheidung über den Fortbestand der Haftvoraussetzungen zu veranlassen (unten b.); zum anderen kann der Betroffene sich im Wege der (Haft-) Beschwerde an ein kraft des Devolutiveffekts mit weitreichenden Eigenkompetenzen ausgestattetes Gericht höherer Instanz wenden, um die Rechtmäßigkeit einer konkreten Haftentscheidung überprüfen zu lassen (unten c.).

Trotz dieser gemeinsamen Grundzüge erweist sich das französische Rechtssystem als ungleich komplexer als die deutschen Regelungen. Dies liegt zum einen daran, dass dem für alle Verfahrensabschnitte weitgehend einheitlichen Regime der §§ 117 ff., 304 ff. StPO im CPP eine auf die Phase der *instruction* fokussierte Regelungstechnik gegenübersteht (vgl. Art. 148 ff., 191 ff. CPP), bei der die Ausgestaltung der konkreten Rechtsschutzmodalitäten mitunter ganz entscheidend davon abhängt, ob es um Haft *während* der gerichtlichen Voruntersuchung, *nach* der gerichtlichen Voruntersuchung oder aber um Haft in Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung geht. Zwar ist ein Freilassungsgesuch, ungeachtet seiner systematischen Verortung in Art. 148 f. CPP, in *allen* Verfahrensstadien zulässig; die Regelungen über die Beschwerde variieren dagegen beträchtlich (Art. 185 ff., 496 ff. CPP), zumal die Anfechtbarkeit bestimmter Haftentscheidungen in Verfahren ohne *instruction* gesetzlich explizit ausgeschlossen wird (Art. 396 Abs. 2, 495-10 CPP). Zum anderen ist die größere Komplexität, die auch und gerade in der gerichtlichen Voruntersuchung selbst zutage tritt, auf eine „Mehrschichtigkeit“ der Rechtsbehelfe zurückzuführen, die ihrerseits in der unterschiedlichen sachlichen Reichweite der Haftkontrolle gründet: Während in Deutschland alle Haftvoraussetzungen inklusive des dringenden Tatverdachts nachgeprüft werden, scheidet in Frankreich eine Inzidentkontrolle der Rechtmäßigkeit der förmlichen Beschuldigung – und damit eine Infragestellung des Tatverdachts – wegen der Regel des „einzigen Klagegegenstands“ aus; stattdessen wird der Betroffene insoweit auf spezifische Rechtsbehelfe verwiesen (siehe unten d.). Neben der inhaltlichen Reichweite ist auch die Intensität der (höchstrichterlichen) Rechtskontrolle in Frankreich ungleich geringer. Folge ist, dass vereinheitlichende Vorgaben, anders als in Deutschland, weitgehend fehlen (unten e.). Schließlich unterliegt die (verwaltungsgerichtliche) Kontrolle von Haftvollzugsmaßnahmen der Gefängnisverwaltung gänzlich eigenen Regeln (unten f.).

b) Förmliches Freilassungsersuchen

Die *demande de mise en liberté* (Art. 148 f. CPP) und der Haftprüfungsantrag (§§ 117 ff. StPO) zielen als haftspezifische Rechtsbehelfe übereinstimmend auf die – ggf. von einer Ersatzmaßnahme begleitete – Beendigung der Freiheitsentziehung durch den für die Haft bzw. das Verfahren zuständigen Richter. Gegenstand der

Prüfung ist der Fortbestand der materiellen Haftvoraussetzungen im Jetzt-Zeitpunkt (vgl. Art. 148 Abs. 3 Satz 2: Prüfung anhand von Art. 144 CPP). Der Anwendungsbereich des Freilassungsersuchens ist unabhängig vom Verfahrensstadium während der gesamten Dauer der Haft eröffnet, also auch außerhalb der *instruction* und bei den Haftsonderformen nach §§ 127b, 230 StPO; aus Gründen der besseren Übersichtlichkeit soll sich die nachfolgende Gegenüberstellung auf die Phase des Ermittlungsverfahrens beschränken. Antragsberechtigt ist neben dem Häftling auch sein Verteidiger, in Frankreich darüber hinaus der – anders als im deutschen Vorverfahren (§ 120 Abs. 3 StPO) ohne eigene Haftbeendigungskompetenz ausgestattete – Staatsanwalt (Art. 147 Abs. 2 CPP). Der Antrag ist nicht fristgebunden und beliebig oft wiederholbar; in Frankreich kann er sogar täglich neu gestellt werden, wobei mehrere Anträge gemeinsam beschieden werden können und die Entscheidungsfrist für neu gestellte Anträge erst mit der Erledigung der vorherigen Anträge zu laufen beginnt. Für die Einlegung des Rechtsbehelfs, die im deutschen Recht anders als in Frankreich (Art. 148-6 f. CPP) auch formlos möglich ist, gelten in beiden Ländern prozedurale Erleichterungen, die der Haftsituation Rechnung tragen (§ 118b i.V.m. 299 StPO; Art. 148-7 CPP).

Die Zurückweisung des Ersuchens setzt voraus, dass sich sämtliche in die Haftanordnung involvierten Richter für die Fortsetzung der Maßnahme aussprechen. Während daher im deutschen Recht der Haftrichter zur Entscheidung berufen ist (§ 126 StPO), liegt der *demande de mise en liberté* ein zweistufiger Ablauf zugrunde, bei dem in einem ersten Schritt der Untersuchungsrichter über die Aufrechterhaltung befindet und die Sache nur im Fall der Nichtabhilfe dem Grundrechte- und Haftrichter vorlegt. Im Gegensatz zu Beschwerdegericht und Untersuchungsrichter kann der (Grundrechte- und) Haftrichter insoweit selbst keine eigenen Ermittlungen anordnen. Anders als in Deutschland, wo grundsätzlich Anspruch auf Durchführung einer nicht öffentlichen, mündlichen Verhandlung besteht, in der die körperliche Präsenz des Betroffenen zwingend vorgeschrieben ist und die nur bei Vorliegen eines Hinderungsgrundes durch eine Videoübertragung ersetzt werden kann, hat das französische Verfahren schriftlichen Charakter. Beide Gesetze schreiben relativ kurze Terminierungs- und Entscheidungsfristen vor, deren Missachtung vor dem Beschwerdegericht gerügt werden kann. Dabei gilt aber nur in Frankreich auch für die Entscheidung der Untersuchungskammer ihrerseits eine (20-Tages-)Frist, deren Nichteinhaltung mit der Freilassung sanktioniert wird. Weitere Beschleunigungsoptionen (Eilrechtsbehelfe o.Ä.) sind in diesem Kontext nicht vorgesehen. Die in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht zu begründende Entscheidung des Haftrichters ist in beiden Ländern im Wege der (Haft-)Beschwerde anfechtbar.

c) (Haft-)Beschwerde und Eilrechtsschutzmöglichkeiten

Das Rechtsmittel der Beschwerde (*appel*), mit dem die Rechtswidrigkeit einer gerichtlichen Maßnahme vor einer höheren Instanz geltend gemacht werden kann, ist im deutschen Recht grundsätzlich gegen alle Entscheidungen im Zusammenhang mit der Untersuchungshaft zulässig, in Frankreich nur gegen solche, die das „Ob“ und „Ob noch“ der Haft betreffen, also Anordnung, Verlängerung und Ablehnung der Aufhebung (Art. 186 CPP). Soweit sich die deutsche Haftbeschwerde gegen solche Haftentscheidungen i.e.S. richtet, ist sie im Verhältnis zum Freilassungsersuchen subsidiär; der Kompetenzvorbehalt, den der CPP zur Vermeidung von Entscheidungsdivergenzen *umgekehrt* zugunsten des Beschwerdegerichts vorsah, wurde dagegen für verfassungswidrig befunden. Da die Beschwerde auch gegen Ersatzmaßnahmen zulässig ist, kommt sie, anders als das Freilassungsersuchen, unabhängig davon in Betracht, ob der Betroffene inhaftiert ist oder nicht. Gegenstand der Prüfung ist im Übrigen nicht die Freiheitsentziehung als solche, sondern eine konkrete Haftentscheidung. Trotz dieses retrospektiven Ansatzes steht wegen des Devolutiveffekts, kraft dem das Beschwerdegericht im Fall der Fehlerhaftigkeit der angegriffenen Entscheidung in der Regel selbst zur Sachentscheidung und damit zur Korrektur formaler Fehler und zur Auswechslung materieller Haftewägungen berufen ist (vgl. § 309 Abs. 2 StPO), im praktischen Ergebnis auch hier das *aktuelle* Vorliegen der sachlichen Haftvoraussetzungen im Vordergrund. Die Rechtswidrigkeit hat in beiden Ländern also nicht unbedingt die Aufhebung der Haft zur Folge. Nur bei schwerwiegenden Verstößen – die in Frankreich allerdings auch bereits bei Unregelmäßigkeiten im Zusammenhang mit der kontradiktorischen Debatte (Art. 145 CPP), in Deutschland dagegen nicht schon bei einer bloßen Verletzung des rechtlichen Gehörs (§ 115 Abs. 3 StPO) angenommen werden – scheidet eine solche Fehlerkorrektur aus; hier ist die Sache an das Ausgangsgericht zurückzuverweisen und der Betroffene ggf. freizulassen.

Während die §§ 304 ff. StPO für die Beschwerde einen einheitlichen Rechtsrahmen für alle Verfahrensabschnitte zur Verfügung stellen, existiert im CPP neben der Hauptregelung über die gerichtliche Voruntersuchung (Art. 185 ff.) ein eigenständiges Kapitel für die vom *tribunal correctionnel* als Prozessgericht angeordnete Haft (Art. 496 ff.); soweit der Grundrechte- und Haftrichter außerhalb der *instruction* zur Haftanordnung berechtigt ist, scheidet eine Beschwerde ganz aus (Art. 396 Abs. 2, 495-10 CPP). Der vorliegende Vergleich muss sich auf den Zeitraum vor Abschluss des Vorverfahrens – in Frankreich also auf die gerichtliche Voruntersuchung – beschränken. Beschwerdeberechtigt sind der Beschuldigte, sein Verteidiger sowie der Staatsanwalt. Während die Einlegung in Frankreich binnen zehn Tagen erfolgen muss, ist sie in der StPO nicht fristgebunden. Im Fall einer Mehrfacheinlegung gegen dieselbe Entscheidung ist in beiden Ländern nur die erste Beschwerde zulässig. Die Einlegung unterliegt einem Formzwang, für inhaftierte Personen sind allerdings Erleichterungen vorgesehen. Neben diesen beschwerdespezifischen Modifikationen ergeben sich weitere Besonderheiten, welche

die Rechtsschutzmöglichkeiten erweitern und sie in Frankreich darüber hinaus beschleunigen und transparenter machen, wenn das Rechtsmittel als Haftbeschwerde unmittelbar die Verhaftung, also Anordnung und Fortbestand der Freiheitsentziehung bzw. den Bereich der *détention provisoire* zum Gegenstand hat.

Als Beschwerdegericht fungiert in Frankreich die beim Berufungsgericht angesiedelte Untersuchungskammer, in Deutschland im Regelfall das LG. Während das Beschwerdeverfahren des CPP einstufig ausgestaltet ist, räumt die StPO zunächst dem Ausgangsgericht eine Abhilfemöglichkeit ein und sieht nur im Fall der Nichtabhilfe eine Vorlage an das Beschwerdegericht und damit die Durchführung des eigentlichen Beschwerdeverfahrens vor. Eine (nicht öffentliche) mündliche Verhandlung mit dem anwesenheitsberechtigten Beschuldigten findet in Deutschland in der Regel nicht statt, ist aber bei der „Haftbeschwerde“ immerhin möglich (Ermessen). In Frankreich ist eine solche Verhandlung dagegen stets vorgeschrieben. Sie ist dort in Haftsachen grundsätzlich öffentlich, und der Betroffene wird auf Verlangen persönlich gehört, sofern keine unüberwindlichen Umstände entgegenstehen. Richtet sich die Beschwerde allerdings gegen die Ablehnung eines Freilassungsersuchens, so kann die Anhörung unterbleiben, wenn der Betroffene bereits vor weniger als vier Monaten vor der Kammer erschienen ist; auch die Möglichkeit eines Widerspruchs gegen ihre Ersetzung durch eine audiovisuelle Übertragung entfällt. Das Beschwerdegericht kann seine Entscheidungsgrundlage durch die Anordnung weiterer Ermittlungen erweitern (§ 308 Abs. 2 StPO; Art. 201 Abs. 1 CPP), muss dabei aber dem Beschleunigungsgebot Rechnung tragen. Während dieses im CPP durch diverse, in Haftsachen kürzer als sonst bemessene Vorbereitungs-, Verhandlungs- und Entscheidungsfristen konkretisiert wird, deren Nichteinhaltung oft kraft Gesetzes mit der Freilassung zu ahnden ist, schreibt die StPO nur für die Vorlage vom Ausgangs- an das Beschwerdegericht eine feste Frist vor, deren Missachtung allerdings keine Sanktionen nach sich zieht. Die Beschwerdeentscheidung kann in Frankreich mit der Rechtsbeschwerde vor der Cour de cassation angegriffen werden. In Deutschland besteht nur bei der „Haftbeschwerde“ die Möglichkeit einer weiteren Beschwerde, über die normalerweise das OLG befindet.

Die Einlegung der Beschwerde hat grundsätzlich keine aufschiebende Wirkung. Während der Beschuldigte im deutschen Recht in einem nicht weiter formalisierten Verfahren die Aussetzung der Vollziehung jedweder angefochtenen Haftentscheidung erwirken kann (§ 307 Abs. 2 StPO), stellt der CPP ihm hierfür einen eigenen, an die Beschwerde gekoppelten Eilrechtsbehelf zur Verfügung (*référé-liberté*), dessen Anwendungsbereich allerdings auf die *erstmalige* Haftanordnungsentscheidung beschränkt ist und der relativ strengen zeitlichen Vorgaben unterliegt. Umgekehrt scheidet im deutschen Recht die Herstellung einer aufschiebenden Wirkung aus, soweit die Staatsanwaltschaft Beschwerde gegen die Freilassungsentscheidung eingelegt hat (§ 120 Abs. 2 StPO), wohingegen der CPP seit 2002 auch für diese Hypothese einen spezifischen Eilrechtsbehelf (*référé-détention*) vorsieht.

d) Kontrolle des Tatverdachts

Obwohl Freilassungsersuchen und Beschwerde in beiden Ländern eine umfassende, rechtliche und tatsächliche Überprüfung sämtlicher Haftvoraussetzungen ermöglichen, bestehen bei der Reichweite der Kontrolle signifikante Divergenzen, die in der unterschiedlichen Fassung des Hafttatbestands wurzeln: Dieser setzt nur im deutschen Recht, über Haftziel und Verhältnismäßigkeit hinaus, unmittelbar einen qualifizierten Tatverdacht voraus, anstelle ihn bloß mittelbar im Wege einer adressatenspezifischen Beschränkung auf förmlich Beschuldigte zu inkorporieren.

Soll im deutschen Recht das Vorliegen des für die Anordnung und Aufrechterhaltung der Haft erforderlichen Tatverdachts infrage gestellt werden, so kommt kein isoliertes Vorgehen gegen die Beschuldigteneigenschaft in Betracht, sondern der Betroffene ist auf die allgemeinen Rechtsbehelfe der Haftprüfung und Beschwerde verwiesen. Eine wie auch immer geartete Bindung an vorangegangene Entscheidungen besteht dabei nicht; ein eingeschränkter Prüfungsmaßstab gilt nur, wenn die auf den Ergebnissen der Beweisaufnahme basierende Einschätzung des Prozessgerichts bestritten wird. Zeitlicher Bezugspunkt der Kontrolle ist bei der Haftbeschwerde zumindest primär der Moment, in dem die angegriffene Entscheidung erlassen wurde. Bei der Haftprüfung kommt es dagegen ausschließlich auf den Jetzt-Zeitpunkt an; den mit zunehmender Verfahrensdauer steigenden Anforderungen an die Bejahung des dringenden Tatverdachts, die aus der dynamischen Natur dieses Kriteriums folgen, ist hier in besonderer Weise Rechnung zu tragen.

Da der für die förmliche Beschuldigung erforderliche Tatverdacht in der gerichtlichen Voruntersuchung nur mittelbare Voraussetzung der *détention provisoire* ist und die Rechtmäßigkeit der *mise en examen* – als bloße Vorfrage – wegen der Regel des *unique objet* nicht inzidenter bei Gelegenheit des Vorgehens gegen die Haft in Abrede gestellt werden kann, erweisen sich Freilassungsersuchen und (Haft-)Beschwerde als wenig erfolversprechende Instrumente, wenn nicht die Haftvoraussetzungen i.e.S., sondern der Tatvorwurf bestritten wird. Für die Beseitigung der *mise en examen* als notwendiger Haftgrundlage stellt das Gesetz dem Beschuldigten daher besondere Rechtsschutzinstrumente zur Verfügung: Ist er der Auffassung, dass ihre Voraussetzungen *von Anfang an* nicht vorlagen, so kann er sie seit jeher nach allgemeinen Grundsätzen im Wege der Nichtigkeitsklage anfechten. Möchte er dagegen den *nachträglichen* Fortfall des für sie erforderlichen Tatverdachts rügen, so steht ihm erstmals seit 2007 ein Antrag auf *dé-mise en examen* zum Untersuchungsrichter zur Verfügung, gegen dessen Abweisung Beschwerde eingelegt werden kann. In beiden Fällen gelten zwar die formalen Erleichterungen zugunsten inhaftierter Personen, nicht indes die Sonderbestimmungen für Haft Sachen.

Die aus deutscher Sicht befremdliche Spaltung des Rechtsschutzes des inhaftierten Beschuldigten wird zwar – ebenfalls erst seit 2007 – durch die Existenz eines spezifischen, auf die Kontrolle des gesamten Verfahrens zielenden Sonderrechtsbehelfs zur Untersuchungskammer überwunden bzw. gemildert, da die neugeschaf-

fene *audience de contrôle* erstmals ein gleichzeitiges Vorgehen gegen Haft und förmliche Beschuldigung, also die kumulative Infragestellung der Haftvoraussetzungen i.e.S. und des Tatverdachts erlaubt. Anders als im deutschen Recht, wo der Betroffene es mit Haftprüfung und Beschwerde jederzeit und ohne Weiteres in der Hand hat, einen gerichtlichen Ausspruch über den dringenden Tatverdacht zu erwirken, sind die Rechtsbehelfe, die der CPP ihm zur Beseitigung der *mise en examen* zur Verfügung stellt, an rigide zeitliche und formale Vorgaben gebunden: Abgesehen von den die Nichtigkeitsklage kennzeichnenden Präklusionsvorschriften sind die Anträge auf *dé-mise en examen* bzw. Durchführung einer *audience de contrôle* nur in Sechs-Monats-Intervallen zulässig und scheiden aus, sobald die Mitteilung über die Beendigung der gerichtlichen Voruntersuchung erfolgt ist; darüber hinaus steht die Eröffnung der „Kontrollverhandlung“ im Ermessen des Kammervorsitzenden, dessen Ablehnungsentscheidung unanfechtbar ist. Schließlich leidet die Kontrolle des Tatverdachts im französischen Recht an der auch insoweit durch eine große Zurückhaltung geprägten Rechtskontrolle seitens der Cour de cassation.

e) *Höchstgerichtliche Rechtskontrolle und Kontrolldichte*

Auf institutionell-instanzieller Ebene ist die höchstgerichtliche Kontrolle der Haftvoraussetzungen im französischen Recht zwar insoweit besser gewährleistet, als die Entscheidungen der Untersuchungskammer der Cour de cassation als oberstem Strafgericht und Revisionsinstanz zur Rechtskontrolle vorgelegt werden können, wohingegen der deutsche Instanzenzug in Haftsachen regelmäßig vor dem OLG als obergerichtlicher Tatsacheninstanz endet. Dessen Entscheidungen sind unanfechtbar, egal, ob sie im besonderen Haftprüfungsverfahren oder auf eine weitere Beschwerde hin ergehen; eine Rechtsbeschwerde zum BGH scheidet aus. Der Befund ist jedoch insofern zu relativieren, als das BVerfG mit der Verfassungsbeschwerde vielfach die Funktionen einer Revisionsinstanz (mit-)übernimmt und wichtige Impulse zur Vereinheitlichung und Verschärfung der Anforderungen an die fachgerichtliche Kontrolle von Haftentscheidungen ausgesendet hat.

Während vor den deutschen Obergerichten, im Lichte der Vorgaben des BVerfG, auch und gerade die *materiellen* Haftvoraussetzungen und deren Begründung einer in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gleichermaßen umfassenden Überprüfung unterzogen werden, findet eine dahingehende Rechtskontrolle vor der Cour de cassation auf inhaltlicher Ebene kaum statt. Meist begnügt sie sich mit dem Vorliegen *irgendeiner* Begründung („Ob“) und weist selbst deren Schlüssigkeit und die konkrete Subsumtion („Wie“) dem Bereich des ihrer Kontrolle entzogenen „Tatsächlichen“ zu. Diese Zurückhaltung betrifft nicht nur die Ermessensausübung, die traditionell dem rechtsfreien Bereich der Zweckmäßigkeit (*opportunité*) zugeordnet wird, sondern auch die Einschätzung des für die förmliche Beschuldigung erforderlichen Tatverdachts, der Subsidiarität der Haft gegenüber Surrogaten und der An-

gemessenheit der Haftdauer, die allesamt der souveränen, also einer gerichtlichen Nachprüfung entzogenen Beurteilung der Untersuchungskammer überlassen bleiben. Im Ergebnis gilt selbst bei den Haftzielen nichts anderes – obwohl das Schrifttum nicht müde wird, die mit der Einfügung der gesetzlichen Haftzwecke erzielten Fortschritte zu betonen. Lediglich dort, wo sich die Kontrolle nicht auf unbestimmte Rechtsbegriffe, sondern auf gesetzlich klar definierte formale Kriterien bzw. inhaltlich in hohem Grade *bestimmte* Begriffe bezieht, stellt sich die Rechtskontrolle der Cour de cassation als vergleichsweise strikt dar. – Anders als in Deutschland, wo höchst- bzw. verfassungsgerichtliche Auslegungsvorgaben auch und gerade zur Konkretisierung und einheitlichen Handhabung unbestimmter Rechtsbegriffe genutzt werden, fällt diese Interpretationsaufgabe in Frankreich offenbar in erster Linie ministeriellen Anwendungsrichtlinien zu. Da diese mangels Rechtsverbindlichkeit im Außenverhältnis bei der gerichtlichen Nachprüfung von Haftentscheidungen keine Rolle spielen (dürfen), eignen sie sich aus Sicht des Individuums freilich nur in begrenztem Maße zur Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

f) Sonderproblem: Kontrolle des Haftvollzugs

Beim Rechtsschutz gegen Maßnahmen und Entscheidungen während des Haftvollzugs, die nicht das „Ob“, sondern die Durchführung der Haft oder haftrelevante Belange im weiteren Sinne betreffen, kommt es in beiden Ländern weniger auf deren Zweck an, als vielmehr darauf, *wer* der Hoheitsträger ist, dessen Verhalten gerügt wird.

Ungeachtet aller Abgrenzungsschwierigkeiten, die sich im deutschen Recht daraus ergeben, dass sich die Anordnungszuständigkeit danach bestimmt, ob die Verwirklichung der Haftgründe oder aber die Sicherheit und Ordnung in der Anstalt im Vordergrund steht, gilt im Hinblick auf die Rechtsbehelfe der einfache Grundsatz, dass gegen richterliche Entscheidungen in der Regel die Beschwerde zulässig ist, während gegen nicht richterliche Maßnahmen, insbesondere solche der Gefängnisverwaltung, aber auch solche des Staatsanwalts (z.B. § 147 Abs. 5 StPO), eine richterliche Entscheidung beantragt werden kann, die ihrerseits der Beschwerde zugänglich ist. Für die (uneingeschränkte) gerichtliche Kontrolldichte und die (fehlende) Möglichkeit einer *weiteren* Beschwerde zum OLG spielt die Abgrenzung keine Rolle. Im französischen Recht sind gegen Anordnungen der *autorité judiciaire*, zu der neben dem Richter auch der Staatsanwalt gehört, die allgemeinen Rechtsbehelfe des CPP, namentlich die Nichtigkeitsklage zur Untersuchungskammer einschlägig; darüber hinaus sieht das Gesetz gegen spezifische Maßnahmen (Isolationshaft; Verweigerung der Besucherlaubnis oder der Aktenweitergabe an den Mandanten) besondere (Eil-)Rechtsbehelfe zum Vorsitzenden der Untersuchungskammer vor. Gegen Maßnahmen der Gefängnisverwaltung muss dagegen der Verwaltungsrechtsweg beschritten werden. Anders als in Deutschland ist die Abgrenzung von zentraler Bedeutung, da die Verwaltungsgerichte – trotz einer sich

seit Mitte der 1990er Jahre andeutenden Abkehr vom Konzept der nicht justiziablen Maßnahmen der inneren Ordnung – hier bis heute einen sehr restriktiven Ansatz zugrunde legen.

3. Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation

a) Überprüfung im Rahmen des konkreten Verfahrens

Rechtsverstöße im Zusammenhang mit der Justizhaft können auch unabhängig vom Fortbestand der Freiheitsentziehung und damit selbst nach Wegfall der in ihr liegenden Beschwer einer gerichtlichen Überprüfung zugeführt werden. Während die Frage einer überlangen Haft- und/oder Verfahrensdauer bei einer Verurteilung nur in Deutschland auch von Amts wegen vom Prozessgericht zu prüfen und bejahendenfalls im Wege eines Strafabschlags zu kompensieren ist (Vollstreckungslösung), sehen beide Rechtsordnungen die Möglichkeit vor, Verstöße zum Zwecke der Verhinderung der Verwertung der durch sie erlangten Erkenntnisse vor Gericht geltend zu machen. In Deutschland entscheidet über einen entsprechenden Einwand (Beweisverwertungsverbot) stets das Prozessgericht inzidenter, in Frankreich dagegen nur bei Verfahren *ohne* gerichtliche Voruntersuchung; im Übrigen, d.h. soweit es um die *détention provisoire* im engeren Sinne in der *instruction* geht, ist die Untersuchungskammer zuständig. Während die – das Instrument der Nichtigkeitsklage verdrängende – Beschwerde (*appel*) gegen Entscheidungen, die das „Ob“ der Maßnahme betreffen, mit Beendigung der Freiheitsentziehung gegenstandslos und damit unzulässig wird, ist für die Geltendmachung von Fehlern im Zusammenhang mit dem „Wie“ der Haft – ebenso wie für die Rüge von Unregelmäßigkeiten bezüglich der förmlichen Beschuldigung (siehe oben 2.d.) – die allgemeine *requête en nullité* einschlägig. Da mit der Justizhaft *als solcher* keine Beweiserhebung verbunden ist, geht es in erster Linie um das Schicksal (selbst)belastender Aussagen und Beobachtungen, die entweder im Verlaufe einer rechtswidrigen Freiheitsentziehung *oder* während einer Freiheitsentziehung auf rechtswidrige Weise gewonnen wurden.

Die Rechtswidrigkeit der Freiheitsentziehung führt in beiden Ländern kaum jemals zur Unverwertbarkeit der in ihrem Rahmen gewonnenen Beweise. Während der BGH für die Annahme eines unzulässigen Vernehmungszwangs (§ 136a StPO) den in der Praxis schwerlich zu führenden Nachweis einer Missbrauchsintention verlangt (Finalitätskriterium), bezieht sich die Annullierung im Wege der französischen Beschwerde nur auf die Entscheidung über die Anordnung oder Aufrechterhaltung der Haft und ggf. die ihr unmittelbar vorgelagerten Anhörungen (kontradiktorische Debatte, Art. 145 CPP) sowie die bei dieser Gelegenheit erlangten Erkenntnisse. Eine Erstreckung der Nichtigkeit auf die während der Haft selbst gewonnenen Beweise wird anders als bei der *garde à vue*, die ja im Gegensatz zur *détention provisoire* geradezu auf die Vernehmung und Beweiserhebung angelegt

ist und insofern häufig eine Art „beweisrechtliche Einheit“ mit diesen bildet (siehe oben I.C.2.c. zur Abgrenzung von *nullité totale* und *nullité partielle*), soweit ersichtlich nicht diskutiert – auch nicht im Zusammenhang mit der *théorie du support nécessaire*, anhand derer sich die Frage der Erstreckung der Annullierung auf Folgemaßnahmen herkömmlich beurteilt.

Das Schicksal von während der Haft gewonnenen Belastungselementen hängt mithin in beiden Ländern weniger von der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung selbst ab als vielmehr davon, ob die konkrete Beweisgewinnung als solche (z.B. Vernehmung, Postbeschlagnahme, körperlicher Eingriff) rechtmäßig oder rechtswidrig war. Während allerdings die restriktive Handhabung der Beweisverwertungsverbote in der Kasuistik des BGH (Abwägungslehre) dazu führt, dass diesbezügliche Fehler außerhalb der seltenen Fälle einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung (insb. § 136a StPO) nur ausnahmsweise (z.B. § 136 Abs. 1 StPO) zu einem Verwertungsverbot führen, reicht es im französischen Recht für die Annullierung einer *gesetzwidrigen* Maßnahme – und, gleichbedeutend damit, für den Ausschluss der Verwertbarkeit der durch sie erlangten Erkenntnisse – grundsätzlich aus, dass dem Betroffenen der Nachweis einer Verletzung seiner (Verteidigungs-)Interessen gelingt. Anders als in Deutschland soll dabei jedoch der Verstoß gegen *untergesetzliche* Vorschriften – derer sich das französische im Gegensatz zum deutschen Haftvollzugsrecht nach wie vor in sehr weitem Umfang bedient – von vornherein unbeachtlich sein; im Übrigen gilt im Hinblick auf die eingeschränkte höchstrichterliche Rechtskontrolldichte das bereits weiter oben Ausgeführte. Bemerkenswert ist schließlich, dass die Abhorch- und Ausforschungsfälle, welche die deutschen Gerichte auffällig häufig beschäftigen und nicht selten, auf im Einzelnen umstrittener Grundlage, zur Annahme von Verwertungsverböten geführt haben, in der Rechtsprechung der Cour de cassation – die sich insoweit des ungeschriebenen *principe de loyauté des preuves* bedienen müsste – scheinbar nicht vertreten sind (vgl. aber nunmehr für die *garde à vue* oben Teil 1, II.C.1.a.bb.).

b) Überprüfung außerhalb des konkreten Verfahrens

Im Gegensatz zum deutschen Recht, in dem der Betroffene kraft seines verfassungsrechtlich verbürgten Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz auch noch *nach* Beendigung der Freiheitsentziehung eine gerichtliche Kontrolle der Anordnung, Aufrechterhaltung und Durchführung der Untersuchungshaft erwirken und auf diese Weise eine nachträgliche Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit herbeiführen kann, fehlt im CPP die Möglichkeit der Erlangung eines dergestalt isolierten, von der Verfolgung anderweitiger Klageziele unabhängigen ex post-Rechtsschutzes.

Immerhin kann, ähnlich wie auch in Deutschland, vom Staat eine Entschädigung verlangt werden, wenn sich die Haft als ungerechtfertigt herausstellt. Außerdem kann im Fall ihrer Rechtswidrigkeit Schadensersatz begehrt werden. Denkbar ist schließlich auch die Veranlassung eines Straf- oder Disziplinarverfahrens.

Endet das Verfahren nicht mit einer Verurteilung, so ist der vormalig von der Justizhaft Betroffene – unabhängig von der Rechtmäßigkeit der Maßnahme und ohne dass es auf ein dem Staat zurechenbares Verschulden ankäme – berechtigt, in einem besonders geregelten Verfahren eine Entschädigung geltend machen. Zwar wird in beiden Ländern neben dem kausal durch die Haft verursachten Vermögensschaden, der vollumfänglich ersetzt wird, auch für den immateriellen Schaden Ersatz geleistet. Anders als in Frankreich, wo sich die Bemessung des Nichtvermögensschadens nach dem konkreten, anhand diverser Parameter zu ermittelnden Haftchock bestimmt und Tagessätze von über EUR 1.500 erreicht werden können, wird im deutschen Recht nur ein Pauschalbetrag von EUR 25 pro Tag gewährt. – Da es in beiden Ländern weder für das „Ob“ noch für die Höhe der Entschädigung auf die Rechtmäßigkeit der Haft ankommt, ziehen die einschlägigen Rechtsbehelfe keine entsprechende gerichtliche Überprüfung nach sich.

Zwar findet eine dahingehende Kontrolle bei der Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs statt, für den in beiden Ländern der Staat einzustehen hat. Wegen der verschärften Anforderungen, die das nationale Recht insoweit für richterliche und staatsanwaltschaftliche Amtshandlungen – nicht jedoch (mehr) für solche der Gefängnisverwaltung – stellt, handelt es sich hierbei allerdings nur in besonders eklatanten Fällen um ein effektives Kontrollinstrument. In Deutschland haftet der Haftrichter nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit; überdies wird nicht nur ihm, sondern auch dem Staatsanwalt ein Beurteilungsspielraum zugebilligt. In sachlicher Hinsicht findet damit lediglich eine Vertretbarkeitsprüfung statt. In Frankreich setzt die Staatshaftung für Missstände in der Justiz eine Rechtsverweigerung oder ein schweres Verschulden voraus; ungeachtet der inzwischen etwas großzügigeren Handhabung dieser Kriterien in der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die praktische Bedeutung des Anspruchs gering geblieben. Der verschuldensunabhängige, konventionsrechtliche Ersatzanspruch aus Art. 5 Abs. 5 EMRK wird soweit ersichtlich nur von den deutschen Gerichten unmittelbar angewandt.

Im Wesentlichen nichts anderes gilt für die Möglichkeit, einen Strafprozess wegen rechtswidriger bzw. willkürlicher Freiheitsberaubung gegen die beteiligten Hoheitsträger anzustrengen. Zwar muss dabei inzidenter eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme stattfinden; die Voraussetzungen für die strafrechtliche Haftung vor allem von Richtern sind jedoch rechtlich und faktisch derart eng, dass sich auch die Strafanzeige im Ergebnis nur als Instrument zur Herbeiführung einer gerichtlichen Evidenzkontrolle eignet – zumal Verstöße, die lediglich Ausgestaltung und Ablauf, nicht aber das „Ob“ der Haft betreffen, weitgehend ohne Belang sind.

Die in Frankreich fehlende Möglichkeit einer selbstständigen, nachträglichen Feststellungsklage wird also nicht durch die obigen Instrumente kompensiert. Eine gewisse Abhilfe für dieses Rechtsschutzdefizit schafft zwar die dem Individuum seit 2010 eröffnete Möglichkeit einer Disziplinarbeschwerde, die in die Verhängung von Disziplinarsanktionen münden kann. Nachdem jedoch auch die Feststel-

lung eines Disziplinarverstoßes an erhöhte objektive (schwerwiegende Verletzung einer wesentlichen Garantie) und subjektive Anforderungen (bewusste Verletzung) geknüpft ist, bleibt die gerichtliche Kontrolldichte hier ebenfalls hinter derjenigen bei der nachträglichen Feststellungsklage des deutschen Rechts zurück, wo es schlicht auf die objektive Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit des hoheitlichen Handelns ankommt.

Schlussbetrachtung

Wichtigste Ergebnisse und rechtspolitische Anregungen

Die vorliegende Untersuchung hat gezeigt, dass sich die zur Ermöglichung einer rechtsordnungsübergreifenden Gegenüberstellung – „frei von den Systembegriffen der eigenen Rechtsordnung“ (*Zweigert/Kötz*) – gebildeten Metakategorien der „Polizeihaft“ und der „Justizhaft“ sowie das „Vier-Stufen-Analysemodell“ („Ob“, „Ob noch“, „Wie lange“ und „Wie“ der Haft sowie Kontrolle der Haft) als gemeinsame Strukturelemente für die Darstellung und den Vergleich des Haftrechts selbst solcher Rechtsordnungen eignen, bei denen, wie in Frankreich und Deutschland, die qualitative und quantitative Dimension der Polizeihaft ganz erheblich variiert.

Zugleich hat sie den Eingangsbefund bestätigt, dass auch das deutsche Recht eine strafprozessuale Polizeihaft kennt: Mag die Freiheitsentziehung im Anschluss an die vorläufige Festnahme nach § 127 StPO auch in ihrem Anwendungsbereich und ihrer Bedeutung, ja zweifellos auch in ihrer rechtsstaatlichen Brisanz, erheblich hinter der französischen *garde à vue* zurückstehen, so gehen doch diejenigen Auffassungen fehl, die ihr jegliche praktische Relevanz absprechen wollen. Haftrechtsvergleichende Arbeiten sollten daher nicht nur die bislang selbst bei der Analyse ausländischer Rechtsordnungen zu beobachtende Fokussierung auf die Untersuchungs- bzw. Justizhaft überdenken, sondern auch bei der Darstellung des deutschen Rechts mehr Gewicht auf die Untersuchung der Polizeihaft legen. Dies gilt umso mehr, wenn – wie vorliegend beabsichtigt – nicht nur zugunsten des deutschen, sondern auch für ausländische Gesetzgeber ein rechtspolitischer „Lösungsvorrat“ bereitgestellt werden soll. Erst recht hat dies für Untersuchungen zu gelten, die das Wissen um die unterschiedlichen nationalen Lösungsmodelle für den europäischen Haftrechtsvereinheitlichungsprozess fruchtbar machen wollen.

I. Zusammenfassung der wesentlichen Konvergenzen und Divergenzen

Die für die Beantwortung der Forschungsfrage zentralen Erkenntnisse aus den Landesberichten (Erster und Zweiter Teil) wurden inzidenter bereits im Rahmen des Rechtsvergleichs (Dritter Teil) – als dem zentralen Abschnitt der Arbeit – einer ausführlichen Zusammenfassung zugeführt. Nachfolgend sollen daher lediglich noch einmal kurz die wichtigsten Grundlinien bei den Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen dem französischen und dem deutschen Haftrecht in ihrer

Quintessenz und damit zwangsläufig verkürzend skizziert werden. Es ist also keine *erneute* Synthese der Ergebnisse der Analyse der beiden nationalen Rechtsordnungen intendiert, sondern nur mehr eine summarische Wiedergabe der wesentlichen im Rechtsvergleich identifizierten Konvergenzen und Divergenzen.

A. Grundlagen

1. Übergesetzliche Vorgaben

a) Verfassungs- und konventionsrechtliche Rahmenbedingungen

Der in beiden Rechtsordnungen postulierte Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen gegenüber bloßen Tatverdächtigen wird auf übergesetzlicher Ebene durch ein komplexes Zusammenspiel verfassungs- und konventionsrechtlicher Gewährleistungen unterstrichen.

Im innerstaatlichen Recht stehen dabei den teils minutiösen Vorgaben des GG die eher proklamatorisch gehaltenen Garantien der DDHC gegenüber, mit denen das Fehlen eines Grundrechtskatalogs in der französischen Verfassung kompensiert wird. Obwohl der verfassungsgerichtliche Grundrechtsschutz in Frankreich mit der Einführung der QPC spürbar an Bedeutung gewonnen hat, findet in Ermangelung eines Individualrechtsbehelfs zum C. const. keine Kontrolle der behördlichen und gerichtlichen Gesetzesanwendung im Einzelfall statt, wie sie das deutsche BVerfG im Wege der (Urteils-)Verfassungsbeschwerde und die französische Cour de cassation – primär allerdings unter Rückgriff auf die Rechte der EMRK – praktizieren.

Auch wenn die Konventionsbestimmungen im deutschen Recht, anders als in Frankreich, streng genommen keinen übergesetzlichen Status bekleiden, kommt ihnen wegen der europarechtskonformen Auslegung der nationalen Grundrechte doch ein Quasi-Verfassungsrang zu. Angesichts der in Frankreich herkömmlich schwachen praktischen Durchschlagskraft der nationalen Grundrechte und ihres mehr oder weniger ungeordneten Nebeneinanders im Verhältnis zu den Konventionsgarantien haben Letztere dort freilich eine sehr viel größere unmittelbare Relevanz als in Deutschland. Dass in Frankreich im Gegenzug mit Blick auf die Rollenverteilung zwischen Cour de cassation und C. const. – im deutschen Recht unbekannte – Norm- und Jurisdiktionskonflikte vorprogrammiert sind, mag unter Kohärenz- und Previsibilitätsaspekten befremden. Aus Sicht des Einzelnen, dem auf diese Weise ein höchstmögliches Schutzniveau zuteilwird, kann dies indes hin- genommen werden.

b) Verfassungsrechtlicher Schutz der persönlichen Freiheit

Dem Grundrecht auf persönliche Freiheit (vor Haft) wird in beiden Verfassungsordnungen – auch vor dem Hintergrund historischer Missbrauchserfahrungen – besondere Aufmerksamkeit gewidmet.

Obschon die Trias Parlamentsvorbehalt – Gerichtskontrolle – Verhältnismäßigkeit sowohl im GG als auch im französischen *bloc de constitutionnalité* als zentrale Schutzmechanismen des Freiheitsgrundrechts konzipiert sind, bestehen bei der Ausgestaltung im Einzelnen erhebliche Divergenzen. Zum einen verhindert es der Parlamentsvorbehalt in Frankreich nicht, dass beachtliche Teile des Haftvollzugsrechts durch Exekutivrechtsakte gesetzt werden. Zum anderen entzieht sich der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – dem im deutschen Rechtssystem eine ganz herausragende Bedeutung zuwächst – weitgehend einer konkret-individuellen gerichtlichen Kontrolle. Schließlich steht dem strikten Richtervorbehalt des GG ein französisches *habeas corpus*-Modell gegenüber, das Richter und Staatsanwälte grundsätzlich auf eine Stufe stellt und dem ein Vorrang der richterlichen Haftanordnung ebenso fremd ist wie die Formulierung fester Höchstfristen für deren nachträgliche Intervention (zu den gravierenden Konsequenzen dieser unterschiedlichen Konstruktionen für die Ausgestaltung der Polizeihaft siehe unten II.B.1.). Während nur das GG weitere ausdrückliche Verfahrensrechte speziell zugunsten inhaftierter Personen normiert, dienen die Konzepte des *fair trial*-Grundsatzes und der *droits de la défense* in beiden Verfassungsordnungen als Basis für die richterrechtliche Herausbildung zusätzlicher Garantien.

c) Verfassungsrechtliche Grenzen der staatlichen Strafandrohungsbefugnis

Da die Festlegung des Bereichs strafwürdigen Verhaltens in beiden Ländern dem einer verfassungsgerichtlichen Nachprüfung weitgehend entzogenen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers überlassen ist, ergeben sich aus den übergesetzlichen Grenzen staatlicher Strafgewalt (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz etc.) keine substantiellen Einschränkungen für den potenziellen Anwendungsbereich des tatverdachtsbasierten strafprozessualen Haftrechts. Die mittelbaren funktionalen Verschiebungen, die aus der zunehmenden Vorverlagerung der Strafbarkeitsschwellen, in Frankreich darüber hinaus aus der Existenz weitreichender „Ungehorsamskriminalisierungen“ auch für das Strafverfahrensrecht und speziell für Freiheitsentziehungen Tatverdächtiger folgen, werden insofern als kriminalpolitische Entscheidungen des Gesetzgebers letztlich hingenommen.

2. Sicherheitsrechtliche Grundstrukturen

a) Gewaltenteilungsbasierter Dualismus

Während das infolge dieser funktionalen Verschiebungen entstandene Präventionsstrafrecht in Deutschland latente Verschränkungen im Anwendungsbereich der strafverfahrens- und der gefahrenabwehrrechtlichen (Inhaftierungs-)Befugnisse bewirkt hat, kompensiert die mit ihm verbundene Ausdehnung der Reichweite und Funktionen der eigentlich primär repressiven Ermächtigungsgrundlagen des CPP den vergleichsweise dünnen Bestand an tatverdachtsunabhängigen, polizeirechtlichen Zwangsmaßnahmen im französischen Recht.

Hintergrund ist, dass in Frankreich ein historisch bedingtes Misstrauen gegenüber Eingriffsbefugnissen der Verwaltung zumal im Vorfeld eines Tatverdachts besteht, während im deutschen Recht Strafprozessrecht und Polizeirecht grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander stehen. Deshalb und wegen der föderalstaatlichen Kompetenzverteilung erscheinen die in der StPO verstreuten präventiven Elemente zumeist von vornherein als systemwidrige Fremdkörper, während sie in Frankreich wegen der schützenden Formen des Strafverfahrensrechts in der Regel auch vom Schrifttum ohne Weiteres akzeptiert werden – zumindest vereinzelt gilt dies sogar dort, wo der Verdacht einer rechtswidrigen Anlasstat fehlt.

b) Illustration: Freiheitsentziehungen

Bei einer überblicksartigen Gegenüberstellung der Normierung der vorläufigen Inhaftierungsbefugnisse wird das soeben skizzierte Bild im Wesentlichen bestätigt. Sieht man von den auf ganz bestimmte Adressaten bzw. ganz spezifische Situationen zugeschnittenen (verwaltungs-)polizeirechtlichen Festhaltebefugnissen gegenüber Ausländern, Geisteskranken, alkoholisierten und identifizierungspflichtigen Personen ab, so ist das französische *régime répressif* durch seinen Verzicht auf einen allgemeinen polizeirechtlichen Verhinderungsgewahrsam gekennzeichnet, während das deutsche Kombinationsmodell ein – konventionsrechtlich nicht unbedenkliches – Nebeneinander von tatverdachtsabhängigen, strafprozessualen und tatverdachtsunabhängigen, polizeirechtlichen Freiheitsentziehungen vorsieht (zu den Vor- und Nachteilen des *régime répressif* siehe unten II.A.1. und B.1.).

Die spezifische Offenheit des französischen Strafprozessrechts für präventive Elemente kommt schließlich darin zum Ausdruck, dass gefahrenabwehrrechtliche Aspekte, anders als im deutschen Recht, nicht nur bei den Anordnungsvoraussetzungen der strafprozessualen Freiheitsentziehungen eine beachtliche Rolle spielen, sondern darüber hinaus imstande sind, die Dauer der Maßnahme und den Umfang der dem Betroffenen gewährten Verteidigungsrechte zu beeinflussen; auch ein „Resozialisierungsverbot“ ist dem französischen Haftrecht unbekannt.

3. Einschlägige Grundzüge des Strafprozessrechts

a) Überblick

Ungeachtet aller strukturellen Divergenzen zwischen dem einheitlichen Ermittlungsverfahren der StPO und dem zweigliedrigen Vorverfahren des CPP ist in beiden Rechtsordnungen einerseits der Trend zu einer „Verpolizeilichung“ des Strafverfahrens zu beobachten, andererseits die gegenläufigen Bemühungen um eine Stärkung der Rolle des (Ermittlungs- bzw. Grundrechte- und Haft-)Richters und eine Verbesserung der Rechtsstellung des Verdächtigen. Wenngleich die *enquête*, die inzwischen fast 98 % der französischen Ermittlungsverfahren ausmacht, nicht nur äußerliche Gemeinsamkeiten mit dem Vorverfahren der StPO verbinden und obschon diese Parallelen sowohl durch die Tendenzen zur „Verpolizeilichung“ des Strafprozesses als auch durch die Aufwertung des Richtervorbehalts weiter akzentuiert werden, bestehen insbesondere im Hinblick auf die Rechtsstellung des Verdächtigen nach wie vor gravierende Unterschiede. Diese wurden durch die Entscheidung des französischen Gesetzgebers, die Einräumung von Verteidigungsrechten ausgerechnet an die Polizeihaft der *garde à vue* zu knüpfen, weiter verschärft. Auch wenn das Gesetz vom 27.5.2014, mit dem die EU-Richtlinie auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren in Frankreich umgesetzt wurde, nun auch für die „freie Vernehmung“ Garantien geschaffen hat, fehlt es in der *enquête* nach wie vor an einer maßnahmeübergreifenden Normierung von Verfahrensrechten zugunsten des Verdächtigen (zu den Nachteilen, die mit dem traditionellen Fehlen eines allgemeinen Beschuldigtenstatus vor der Eröffnung des gerichtlichen (Vor-)Verfahrens verbunden sind, siehe unten B.4. sowie II.B.1.).

Schnellverfahren spielen in Frankreich eine ungleich größere Rolle als in Deutschland; die – bei der sogenannten *comparution immédiate* besonders deutliche – Anbindung an eine vorherige Freiheitsentziehung und die schnellverfahrensspezifischen Erweiterungen des Anwendungsbereichs der Justizhaft haben es geboten, diesen speziellen Verfahrensarten im Rahmen der vorliegenden Untersuchung ein besonderes Augenmerk zu widmen.

b) Beweisrechtliche Verbindungen zwischen Vor- und Hauptverfahren

Obwohl das *nemo tenetur*-Prinzip in beiden Rechtsordnungen anerkannt ist und Einvernehmen darüber herrscht, dass dem Geständnis des Verdächtigen keine rechtlich herausgehobene Stellung als Beweismittel zukommt, variiert offenbar sowohl die Bedeutung der Selbstbelastungsfreiheit als auch diejenige von selbstbelastenden Aussagen. Die notorische Klage über einen wahrhaftigen „Geständnis-kult“, der sich vor allem im traditionellen Modell der *garde à vue* manifestierte, ist dem französischen Recht eigen. Es bleibt abzuwarten, welche Folgen die Verbesserung der Garantien des Polizeihäftlings durch die Reform von 2011 und die unions-

rechtlich veranlasste Verallgemeinerung des Anwendungsbereichs der Schweigerechtsbelehrung durch das Gesetz vom 27.5.2014 langfristig zeitigen werden.

Protokollarisch dokumentierte Aussagen aus dem Ermittlungsverfahren können vor den französischen Korrektionalgerichten ungeachtet des Mündlichkeitsprinzips ohne Weiteres in das Verfahren gelangen, während hierfür in der StPO wegen des Unmittelbarkeitsprinzips spezifische verfahrensrechtliche Hürden (namentlich: Anhörung des Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen) genommen werden müssen.

Die Tatsache, dass ein Beweis auf fehlerhafte Weise gewonnen wurde, steht seiner weiteren Verwendung nur entgegen, wenn vor Gericht der Nachweis gelingt, dass die formellen und materiellen Voraussetzungen einer Nichtigkeit (CPP) bzw. eines Verwertungsverbots (StPO) erfüllt sind. Anders als in Deutschland, wo dieser Nachweis wegen der restriktiven gerichtlichen Handhabe in der Praxis kaum je gelingt, erfreut sich dieses Instrument in Frankreich einer beachtlichen Anwendungshäufigkeit. Während darüber hinaus in beiden Rechtsordnungen eine „Beweiswürdigungslösung“ praktiziert wird, kommt eine Kompensation von Verfahrensdefiziten im Wege eines Strafabschlags nur nach deutschem Recht in Betracht.

c) Strafprozessuale Sonderregelungen für Schwerekriminalität

Obschon beide Länder Ausnahmegesetze für besonders schwere Kriminalitätsformen ablehnen und selbst für mutmaßliche Terroristen keine Haftmaßnahmen *sui generis* vorsehen, hat die Arbeit doch gezeigt, dass in Frankreich wie in Deutschland teils abweichende Sonderregelungen existieren, die nicht zuletzt auf dem Gebiet der Freiheitsentziehungen einschneidende Verschärfungen ermöglichen.

B. Polizeihaft

1. Grundlagen

a) Begriff, Bedeutung und Historie

Trotz der äußerlich-institutionellen Übereinstimmungen zwischen *garde à vue* und vorläufiger Festnahme (§ 127 StPO), die beide als funktionsverwandte Vorstufen der Justizhaft fungieren, variiert der Stellenwert der Maßnahmen ganz erheblich, führt doch die deutsche Polizeihaft in Theorie und Praxis eher ein Schattendasein, wohingegen ihr französisches Pendant in quantitativer und qualitativer Hinsicht eine der zentralen Figuren und Phasen des Strafverfahrens schlechthin bildet.

Während sich die gesetzliche Regelung und normative Grundkonzeption der vorläufigen Festnahme seit Erlass der StPO als vergleichsweise stabil erwiesen haben

und lediglich punktuellen Modifikationen zugeführt wurden, war die *garde à vue* seit Anfang der 1990er Jahre Gegenstand unzähliger Reformen, welche das Erscheinungsbild der Maßnahme (ursprünglich: garantiefreie Zone; bis 2014: *conditio sine qua non* für die Eröffnung von Verteidigungsrechten in der *enquête*; seither: Voraussetzung, um in den Vollgenuss der gesetzlichen Garantien zu gelangen) ganz erheblich umgestaltet haben. Gemeinsam ist der Entwicklung beider Länder immerhin, dass die jüngsten Reformen übereinstimmend durch europäische Impulse veranlasst waren. In augenscheinlichem Kontrast zu den relativ lapidaren Vorgaben in §§ 127 ff. StPO, die seit jeher durch ihren kompakten Charakter und ihre Fokussierung auf die *Begründung* des polizeilichen Gewahrsams gekennzeichnet sind, ist im CPP im Verlauf der Jahre eine ebenso detaillierte wie komplexe Regelung über die *Ausgestaltung* dieses Gewahrsams entstanden (zur insoweit größeren „Aufrichtigkeit“ der französischen Gesetzgebung siehe unten II.A.1. und III.).

b) *Regelungstechnik und Anwendungsbereich*

Nachdem die vormals zwischen den verschiedenen Stadien des französischen Ermittlungsverfahrens bestehenden Unterschiede sukzessive nivelliert wurden, unterliegt die *garde à vue* heute – ebenso wie die vorläufige Festnahme im deutschen Recht – unabhängig von dem Zeitpunkt bzw. Verfahrensabschnitt, in dem sie zur Anwendung kommt, einheitlichen Vorgaben. Ungeachtet dessen haben sich im CPP weitreichende Sondervorschriften für „organisierte Kriminalität“ herausgebildet, die in der deutschen StPO keine Entsprechung kennen.

c) *Verhältnis zu anderen polizeilichen Eingriffsermächtigungen und Surrogate*

Neben der französischen *garde à vue* und der vorläufigen Festnahme im deutschen Recht existieren in beiden Rechtsordnungen weitere Ermächtigungsgrundlagen für Eingriffe in die Fortbewegungsfreiheit mutmaßlicher Straftäter. Soweit sich dabei – abgesehen von dem unterschiedlichen Verselbstständigungsgrad der identifizierungssichernden „Kurz-Polizeihaft“ – strukturelle Divergenzen im institutionellen Umfeld der Polizeihaft i.e.S. feststellen lassen, können diese insbesondere auf die unterschiedlichen *habeas corpus*-Modelle (Folge: umfangreichere polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Initiativbefugnisse im CPP), die Beschränkung der gegenständlichen Reichweite der *garde à vue* auf die Aufrechterhaltung (*nicht* Erlangung) des polizeilichen Gewahrsams (Folge: Komplettierung durch Vorfeld-Festnahmebefugnisse und Anschluss-Festhalteermächtigungen) und die unterschiedliche Akzeptanz verwaltungsrechtlicher Freiheitsentziehungen (Folge: Koexistenz nur der deutschen Polizeihaft mit einem präventiven, verdachtsunabhängigen Sicherheitsgewahrsam im Polizeirecht) zurückgeführt werden.

Da die Frage, wann eine Vernehmung des Verdächtigen auch außerhalb der Polizeihaft zulässig ist, dem CPP mit seiner – bis 2014 exklusiven – Koppelung der

Verteidigungsrechte an die *garde à vue* eigen ist (zu dieser unter Freiheitsschutzgesichtspunkten höchst bedenklichen Eigenart siehe unten II.B.1. und III.), sind die Kontroversen, die sich in Frankreich bis vor Kurzem an der „freien Vernehmung“ als Polizeihaft-Surrogat entzündet haben, dem deutschen Recht fremd. Auch wenn die Neuregelung der *audition libre* mit Gesetz vom 27.5.2014 die *garde à vue* ihrer garantieröffnenden Monopolstellung beraubt hat, bleibt dem französischen Recht der paradoxe Charakter der Polizeihaft wegen des fortbestehenden Garantiefalles zwischen den beiden Vernehmungssituationen – wohlgemerkt in deutlich abgeschwächer Form – bis auf Weiteres erhalten.

2. Anordnung

Da die für das deutsche Strafverfahren charakteristische Anbindung der Polizeihaft an eine vorangegangene Spontanfestnahme im CPP aufgegeben wurde, kommt die Anordnung der *garde à vue* – im Gegensatz zur vorläufigen Festnahme im deutschen Recht – auch losgelöst von den restriktiven Voraussetzungen der Ergreifung des Verdächtigen in Betracht. Hierbei handelt es sich um einen sehr bedeutsamen, verfassungsrechtlich vorgezeichneten Konstruktionsunterschied der beiden Institutionen, der die – potenzielle – Anwendungshäufigkeit der Maßnahmen entscheidend mitbeeinflusst (siehe bereits oben A.1. sowie unten II.B.1.).

a) Zuständigkeit

Obwohl die StPO auch dem Staatsanwalt eine Festnahmekompetenz einräumt und im Übrigen darauf verzichtet, die Maßnahme bestimmten, hierarchisch höher-rangigen Polizeibeamten vorzubehalten, gelten für die Anordnungszuständigkeit – mit Blick vor allem auf die weitreichenden internen Weisungsbefugnisse des französischen Staatsanwalts – in Wirklichkeit weitgehend übereinstimmende Grundsätze.

b) Straftatbezug und Adressat

Während der für die Anordnung der Polizeihaft erforderliche Tatverdacht im deutschen Strafprozess sehr strengen qualitativen Voraussetzungen unterworfen ist („frische Tat“, „dringender Tatverdacht“), reicht für die Anordnung der *garde à vue* ein *einfacher* Verdacht, der allerdings – im Gegensatz zur insoweit indifferenten StPO – eine mit Freiheitsstrafe bedrohte Straftat zum Gegenstand haben muss.

Abgesehen von der Identitätsfeststellungshaft kommt die Anordnung ausschließlich gegenüber Tatverdächtigen in Betracht. Da die *garde à vue* selbst jedoch, anders als die §§ 127 ff. StPO, kein Festnahmerecht vermittelt, setzt sie außerdem voraus, dass die Polizei bereits einen potenziellen Zugriff auf den Verdächtigen erlangt hat.

c) Zulässige Haftzwecke

Ähnlich wie die StPO, welche die vorläufige Festnahme seit jeher an das Vorliegen gesetzlicher Festnahmegründe knüpft, formuliert seit 2011 auch der CPP entsprechende *garde à vue*-Ziele (*principe de légalité*), anstatt die Anordnung wie zuvor dem (freien) polizeilichen Ermessen zu überlassen (*principe d'opportunité*).

Obwohl die Formulierung der gesetzlichen Haftzielbestimmungen selbst nur wenige funktionale Parallelen erkennen lässt, ergibt sich bei näherer Würdigung, dass beiden Maßnahmen die Ziele der Anwesenheits-, Identifizierungs-, Beweis- und Schnellverfahrenssicherung gemeinsam sind. Das Anordnungsmotiv der Ermöglichung bzw. Erleichterung der Vernehmung (inkl. Geständniserlangung) oder sonstiger Ermittlungshandlungen ist dagegen der *garde à vue* – als ihr allgemein anerkannter Hauptzweck – vorbehalten; umgekehrt kennt nur die (haftbefehlsichernde) vorläufige Festnahme in der StPO einen Haftgrund der Wiederholungsgefahr.

All diese teleologischen Konvergenzen und Divergenzen sind jedoch mit Vorsicht zu genießen: Zum einen sind die Haftziele der *garde à vue* derart weit gefasst, dass dem Strafverfolgungsermessen der Polizeibeamten im Ergebnis nach wie vor nur äußerste Schranken gezogen sind. Zum anderen ist mit der Analyse der primär auf die Ergreifung des Verdächtigen ausgerichteten Gründe der vorläufigen Festnahme noch keine Aussage über die zulässigen Motive der Aufrechterhaltung der deutschen Polizeihaft getroffen. – Der situationsspezifische Anwendungsbereich der §§ 127 ff. StPO („Tatfrische“, „Gefahr im Verzug“) ist freilich – vor dem Hintergrund entsprechender verfassungsrechtlicher Vorgaben – derart eng, dass die einschlägigen Haftziele von vornherein nur relativ selten zur Entfaltung kommen.

d) Form und Verfahren sowie Verhältnismäßigkeit und Ermessen

Bezüglich Form und Verfahren werden in beiden Ländern keine besonderen Anforderungen an die Anordnung der Polizeihaft gestellt. Liegen deren jeweilige Voraussetzungen vor, so steht sie im Ermessen des Polizeibeamten, dem auch die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit obliegt. Dabei besteht im französischen Recht wegen der Doppelnatur der *garde à vue* (Zwangsbefehl einerseits, Voraussetzung für Eröffnung der Verteidigungsrechte – bzw. seit 2014: der Maximalgarantien – andererseits) die Besonderheit, dass eine Ermessensreduktion nicht nur im Interesse der Strafverfolgung, sondern auch zum prozessualen Schutz des Betroffenen in Betracht kommt (zu dieser im Fehlen eines allgemeinen Beschuldigtenstatus und im fortbestehenden Garantiegefälle zwischen *garde à vue* und *audition libre* gründenden Ambivalenz siehe bereits oben A.3.a.)

3. Dauer

a) Ablauf, insbesondere Durchführung, Kontrolle und Beendigung

Abgesehen davon, dass die *garde à vue* – im Gegensatz zur vorläufigen Festnahme des deutschen Rechts – unter keinen Umständen in einer Haftanstalt vollzogen werden darf, formulieren weder die lapidaren, festnahmefokussierten Bestimmungen der StPO noch die Detailregelungen des CPP bindende Vorgaben für den Ablauf der Haft.

Regelmäßig findet in beiden Ländern eine Vernehmung auf dem Polizeirevier statt, ggf. erfolgen parallel zu der Freiheitsentziehung auch andere Ermittlungsmaßnahmen. Während im deutschen Recht wegen des Gebots der unverzüglichen Vorführung vor den Richter relativ strikte zeitliche Vorgaben bestehen, die es etwa – anders als in Frankreich – verbieten, die festgehaltene Person vor der Vernehmung zunächst stundenlang eingesperrt zu lassen oder sie in Vernehmungspausen zu anderen prozessualen Taten zu vernehmen, werden der „Geständnisjagd“, mit der die *garde à vue* traditionell assoziiert wird, keine entsprechenden zeitlichen Zwänge auferlegt (zum verfassungsrechtlichen Kontext siehe oben A.1.b.).

Obwohl die Staatsanwaltschaft als „Herrin des Vorverfahrens“ auch im deutschen Strafprozess zur Kontrolle der vorläufigen Festnahme berufen ist, ist ihre Einbindung in Frankreich wegen der unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen sehr viel regelmäßiger, enger und intensiver, da sie dort ausnahmslos jede *garde à vue*, unabhängig von der Bedeutung der Sache, vom Beginn bis hin zur Beendigung (ggf. Verbringung in das Gerichtsgebäude) auf Distanz begleitet.

b) Zulässige Grund- bzw. Höchstdauer sowie Verlängerungen

Anders als in Deutschland, wo das (Grund-)Gesetz für die Dauer der Polizeihaft eine je nach Festnahmezeitpunkt variable, im Übrigen aber absolute, d.h. nicht verlängerungsfähige Höchstfrist von maximal 48 Stunden zur Verfügung stellt, die wegen des Gebots der „unverzüglichen“ Vorführung vor den Richter konkret meist noch sehr viel kürzer ausfällt, gilt für die *garde à vue* eine Obergrenze von 24 Stunden, die in ihrer Eigenschaft als Grundfrist mindestens einer, ggf. sogar mehrerer Verlängerungen zugänglich ist – und die auch ohne Weiteres ausgeschöpft werden darf.

Da der BGH die Vernehmung und Durchführung weiterer Ermittlungen – trotz kritischer Stimmen im Schrifttum – als sachliche Gründe anerkennt, die das Zurückstellen der Vorführung vor den Richter rechtfertigen, kann die vollständige Inanspruchnahme der Höchstfrist trotz des Unverzüglichkeitskriteriums auch in Deutschland durchaus zulässig sein. Unter dieser Prämisse teilen die §§ 127 ff. StPO denn auch die Vernehmungs- und Beweiserhebungsfinalität der *garde à vue* –

ein Umstand, den die Ausgestaltung des „law in the books“, zumal im Lichte der hehren verfassungsrechtlichen Ansprüche betrachtet, eher zu verschleiern droht.

Während die Freiheitsentziehung im deutschen Recht mit Ablauf des Folgetages nur in Form der Untersuchungshaft aufrechterhalten werden kann, sieht der CPP für die *garde à vue* ein komplexes dreistufiges Verlängerungssystem vor. Neben der staatsanwaltschaftlichen Regelverlängerung auf 48 Stunden besteht im Rahmen des Sonderregimes für organisierte Kriminalität die Möglichkeit, die Maßnahme durch richterliche Entscheidung auf bis zu 96 Stunden, bei Terrorismusstraftaten gar auf bis zu 144 Stunden zu erstrecken. Dabei ist nur bei der ersten Verlängerung der Haft über 48 Stunden hinaus eine – auch per Videokonferenztechnik realisierbare – Anhörung durch den Richter zwingend vorgeschrieben. Auch insofern bestehen mithin erhebliche Unterschiede im Schutzniveau beider Länder.

c) *Fristberechnung und Anrechnungen sowie Verhältnismäßigkeit*

Trotz der unterschiedlichen Anknüpfungspunkte der jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen ist für den Fristbeginn in beiden Ländern die Ergreifung maßgeblich. Außerdem werden etwaige der Polizeihaft unmittelbar vorgelagerte Zeiten des Freiheitsentzugs in die Fristberechnung einbezogen, um die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Zeitvorgaben für die Intervention eines Richters sicherzustellen. In Frankreich werden darüber hinaus auch frühere *garde à vue*-Aufenthalte in selber Sache angerechnet; Gleiches gilt für die Dauer einer etwaigen der Polizeihaft unmittelbar vorgelagerten „freien Vernehmung“. Umgekehrt findet nur in Deutschland eine Anrechnung der Zeiten der vorläufigen Festnahme auf die Strafe statt.

Während im deutschen Recht die richterliche Entscheidung über den Fortbestand der Freiheitsentziehung noch innerhalb der o.g. Höchstfrist herbeizuführen ist, stellt der CPP für den Zeitraum ab Verlassen des Polizeireviers bis zum tatsächlichen Erscheinen vor dem Staatsanwalt eine weitere 20-Stunden-Frist zur Verfügung, während der der Betroffene im Gerichtskerker festgehalten werden kann. Dieses Annexfesthalterecht im *petit dépôt*, an dem sich wegen der vielfach verheerenden Haftbedingungen seit einiger Zeit kontroverse Debatten entzünden, ist eine weitere wichtige Eigenart des französischen Rechts.

Nicht minder bedeutsam erscheint schließlich der Umstand, dass die Verhältnismäßigkeit der Haftdauer lediglich im deutschen Recht justiziabel ist.

4. Garantien

Die seit einigen Jahren unter europarechtlichen Vorzeichen zu beobachtende Aufwertung der Garantien des Polizeihäftlings hat im deutschen Recht zu einer Verdoppelung der Rechtsstellung des vorläufig festgenommenen Beschuldigten geführt, wohingegen sie der *garde à vue* eine eigenartige Hybridnatur verliehen hat

– die sich in ihrer ursprünglichen, bis zum Gesetz vom 27.5.2014 bestehenden Radikalität unter *fair trial*-Gesichtspunkten nur schwer mit ihrem angeblichen Ausnahmecharakter vertrug (siehe unten II.B.1. und III.). Auch wenn die Neuregelung der *audition libre* die *garde à vue* von ihrer garantieerröffnenden Monopolstellung befreit hat, bleibt ihr ambivalenter Charakter wegen des fortbestehenden Garantiefalles in abgeschwächter – und nunmehr rechtsstaatlich unbedenklicher – Form zumindest im Ansatz erhalten.

a) *Recht auf Information*

Das Informationsrecht des Polizeihäftlings wurde in beiden Ländern im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU erheblich aufgewertet. Im deutschen Recht erhält der Betroffene nun nicht mehr nur zu Beginn des Polizeiverhörs und anlässlich der Vernehmung vor dem Haftrichter die gesetzlich von Amts wegen vorgeschriebenen Belehrungen, sondern seit 2013 auch schon im Anschluss an seine Ergreifung. Im französischen Strafverfahren fanden die entsprechenden Unterrichtungen bis vor Kurzem nur *einmal*, nämlich in Anschluss an die Anordnung der *garde à vue* – und damit regelmäßig erst einige Stunden nach der Festnahme und, umgekehrt, einige Stunden vor Beginn der polizeilichen Vernehmung – statt. Seit 2014 sind die entsprechenden Belehrungen nicht nur dann zu erneuern, wenn der Betroffene im Rahmen der *garde à vue* zu einer verfahrensfremden Straftat befragt werden soll, sondern auch in dem auf die Polizeihaft folgenden Vorführtermin vor dem Staatsanwalt, der jetzt als kontradiktorische Verhandlung ausgestaltet ist. Außerdem bekommt der Polizeihäftling nun in beiden Ländern im Einklang mit den neuen EU-rechtlichen Vorgaben einen *letter of rights*, den er während der gesamten Dauer der Freiheitsentziehung behalten darf.

Wengleich die inhaltliche Reichweite der tat-, haft- und garantiespezifischen Belehrungen seit der 2011 erfolgten (Wieder-)Aufnahme der Schweigerechtsbelehrung im CPP weitgehend mit den Vorgaben der StPO (in der der Richtlinie angepassten Fassung von 2013) übereinstimmte, war doch auffällig, dass der *gardé à vue* bislang nicht über den Haftgrund, die Anfechtungsmöglichkeiten und das Akteneinsichtsrecht unterrichtet wurde und dass die Belehrung über den Tatvorwurf sehr abstrakt bleiben konnte. Diesem Informationsdefizit hat der französische Gesetzgeber 2014 im Zuge der Umsetzung der einschlägigen EU-Richtlinie abgeholfen. Außerdem steht dem Polizeihäftling seither auch in Frankreich ein eigener, vom anwaltlichen Akteneinsichtsrecht losgelöster Akteneinsichtsanspruch zu, dessen Umfang allerdings hinter dem deutschen Recht zurückbleibt. Umgekehrt erhält der *gardé à vue* wie schon bisher sehr viel präzisere Informationen über sein Verteidigerkonsultationsrecht als der vorläufig Festgenommene nach der StPO.

b) *Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt*

Das der festgehaltenen Person zustehende Benachrichtigungsrecht steht in beiden Ländern unter dem Vorbehalt der Belange der Strafverfolgung; diese erlauben es jedoch in Deutschland nur, das „Wie“ der Benachrichtigung einzuschränken, wohingegen sie in Frankreich auch den vollständigen Ausschluss bewirken können.

c) *Recht auf anwaltlichen Beistand*

Die Hinzuziehung eines Anwalts steht in beiden Rechtsordnungen im Belieben des Polizeihäftlings. Der *gardé à vue* hat dabei – stets – die Möglichkeit, anstelle eines selbstgewählten Verteidigers die Dienste eines von Amts wegen beigeordneten Anwalts in Anspruch zu nehmen, der vom Staat vorfinanziert wird. Diese Möglichkeit fehlt bei der vorläufigen Festnahme im deutschen Recht, begründet diese doch keinen Fall der notwendigen Verteidigung.

Während die inhaltlichen Modalitäten der Verteidigerintervention in der *garde à vue* minutiös gesetzlich geregelt sind (zweistündige Karenzfrist, 30-minütiges vertrauliches Gespräch, Anwesenheitsrecht bei Vernehmungen etc.), gelten in der StPO die allgemeinen Grundsätze (insb. kein gesetzliches Anwesenheitsrecht bei der Beschuldigtenvernehmung; aber Möglichkeit des schweigeberechtigten Beschuldigten, auf die Rahmenbedingungen der Vernehmung Einfluss zu nehmen).

Mag die Ausgestaltung der Verteidigerintervention in der *garde à vue* der deutschen Regelung heute auch insgesamt klar überlegen sein (siehe dazu unten II.A.4. und III.), so ist dieser Befund doch mit drei Nuancen zu versehen: Erstens entfallen mit dem flexibleren Regelungsmodell der StPO die rigiden zeitlich-situativen Beschränkungen, die der CPP vorsieht. Zweitens reicht das Akteneinsichtsrecht des deutschen Verteidigers wesentlich weiter als das des Anwalts des *gardé à vue*. Drittens schließlich sieht der CPP mannigfache Ausnahmeretardierungsmöglichkeiten vor, die dem deutschen Recht mangels Anwendbarkeit der Kontaktsperreregelung auf die vorläufige Festnahme in § 127 StPO fremd sind.

d) *Recht auf ärztliche Untersuchung und Dokumentationspflichten*

Der Anspruch auf eine bzw. diverse ärztliche Untersuchungen ist im französischen Recht zwar sehr viel genauer geregelt als in der StPO; der Grundsatz der freien Arztwahl, der in Deutschland seit 2010 gilt, ist dort allerdings nicht anerkannt.

Wengleich die StPO im Gegensatz zum CPP keine lückenlose Protokollierung des Polizeihaftverlaufs vorschreibt, bestehen im Ergebnis vergleichbare Dokumentationspflichten, da den Polizeibeamten im Streitfall der Nachweis der Rechtmäßigkeit obliegt. Eine *Pflicht* zur audiovisuellen Aufzeichnung der Vernehmung eines Polizeihäftlings, der eines *Verbrechens* verdächtig ist, besteht nur in Frankreich.

5. Richterliche Kontrolle

Das Fehlen einer richterlichen Vorabkontrolle ist für die Polizeihaft geradezu charakteristisch. Im Übrigen stehen dem Betroffenen während der Maßnahme selbst keine Rechtsbehelfe zur Verfügung.

Nachdem die vorläufige Festnahme in der StPO ohnehin auf die unverzügliche Vorführung vor den Richter angelegt ist, findet vor ihrer Beendigung im Normalfall auch keine automatische richterliche Intervention statt. Im französischen Strafverfahren übernimmt dagegen der Untersuchungsrichter in der gerichtlichen Voruntersuchung die Kontrollbefugnisse des Staatsanwalts; außerdem sind bestimmte Ausnahmeermächtigungen, welche dem deutschen Recht unbekannt sind, auch in der *enquête* dem Grundrechte- und Haftrichter vorbehalten. Ähnlich wie im deutschen Strafverfahren, wo vor Ablauf des auf die Festnahme folgenden Tages eine persönliche Vorführung vor den Richter erfolgen muss, setzt auch die Aufrechterhaltung der *garde à vue* über 48 Stunden hinaus eine richterliche Anhörung voraus. Diese kann jedoch – wiederum ein gewichtiger Unterschied im Vergleich zum deutschen Recht – auch per Videokonferenztechnik erfolgen.

Wegen der restriktiven Handhabe der Verwertungsverbote in der Rechtsprechung des BGH eignet sich in Deutschland vor allem die Fortsetzungsfeststellungsklage für eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle. Dass ein entsprechender Rechtsbehelf in Frankreich fehlt, wird zwar in Teilen durch die großzügigere Handhabe der *nullités* kompensiert. Rechtsschutzlücken verbleiben indes nicht nur in Fällen, in denen kein Gerichtsverfahren stattfindet, sondern auch wegen des Fehlens einer nachträglichen gerichtlichen Kontrolle der *sachlichen* Rechtfertigung der Haft(dauer). Die Möglichkeiten, Verstöße gegen freiheitsschützende Vorschriften auch noch nach Beendigung der Maßnahme einer richterlichen Kontrolle zuzuführen, variieren insofern in beiden Ländern ganz erheblich (siehe auch unten II.B.5.).

C. Justizhaft

1. Grundlagen

a) Begriff, Bedeutung und Historie

Die französische *détention provisoire* und die deutsche „Untersuchungshaft“ verbindet, über äußerlich-institutionelle Gemeinsamkeiten hinaus, ihre Doppelbedeutung als repressive Maßnahme zur Verfahrenssicherung und präventives Instrument der Gefahrenabwehr.

Die quantitative Bedeutung der Maßnahme ist in Frankreich deutlich größer, zumal dort sowohl die Fälle mit besonders kurzer als auch die mit besonders langer Haftdauer ungefähr doppelt so stark vertreten sind wie in Deutschland. Während

sich die deutschen Haftzahlen seit Ende des vergangenen Jahrhunderts nahezu halbiert haben, ist in Frankreich nur ein leichter Rückgang zu verzeichnen. Da dieser Rückgang auch auf schnellverfahrensbedingte Verschiebungen hin zur Strafhaft zurückgeführt wird, welche die (Über-)Belegung der französischen Haftanstalten unverändert lassen, und nachdem die Haftdauer in Fällen mit gerichtlicher Voruntersuchung seit Anfang der 1990er Jahre um über 50 % gestiegen ist, kann insofern kaum von einem positiven Trend die Rede sein.

Anders als die seit Erlass der StPO in ihren wesentlichen Grundzügen intakt gebliebene Regelung der Untersuchungshaft wurde die *détention provisoire* seit ihrer Normierung im CIC mehrfach grundlegend umgestaltet. War die Entwicklung der Haftgesetzgebung beider Länder im 20. Jahrhundert bis zu den großen liberalen Reformen Mitte der 1960er, Anfang der 1970er Jahre noch durch einige strukturelle Parallelen gekennzeichnet, so verlief sie im letzten halben Jahrhundert auf recht unterschiedliche Weise: Während in der StPO nur mehr sporadische Anpassungen stattfanden, die den jüngsten Rückgang der Haftzahlen kaum plausibel zu erklären vermögen, folgt bei der *détention provisoire* seit Jahren eine Gesetzesreform auf die andere. Seit 2010, als in Frankreich die Polizeihaft und allgemeiner das polizeiliche Ermittlungsverfahren in den gesetzgeberischen Fokus gerückt sind (bzw. wurden), ist es allerdings auch dort etwas ruhiger um die Justizhaft geworden.

b) Regelungstechnik und Anwendungsbereich

Bei der Gesetzgebungstechnik kontrastieren die Haftvorschriften des CPP nicht nur aufgrund ihrer Kurzlebigkeit, sondern auch wegen ihres höheren Detailgrads mit der ebenso stabilen wie kompakten Regelung der StPO.

Anwendungsbereich und Regelungstechnik variieren im Übrigen vor allem deshalb, weil der CPP bis heute an der – aus deutscher Sicht eigentümlichen – Beschränkung der Justizhaft auf den Zeitraum ab der Einleitung des gerichtlichen (Vor-)Verfahrens festhält. Im Gegensatz zu den §§ 112 ff. StPO, die, abgesehen von punktuellen Erweiterungen, einheitlich für das gesamte Strafverfahren maßgeblich sind, ist das französische Haftrecht durch einen stark ausgeprägten Dualismus gekennzeichnet. Während die Art. 137 ff. CPP für die *instruction* eine umfassende Regelung bereitstellen, auf die sich bemerkenswerterweise die gesamte Reformdiskussion und Aufmerksamkeit im Schrifttum konzentriert, existieren für die *détention provisoire* in Gerichtsverfahren *ohne* Voruntersuchung, namentlich im Schnellverfahren der *comparution immédiate*, selbstständige Sonderregelungen. Dort ist die Haft zwar nur als vergleichsweise kurzfristige Maßnahme konzipiert, im Hinblick auf die jährlichen Neuinhaftierungszahlen indes von nicht minderer Bedeutung. Umso erstaunlicher mutet es an, dass diese Sonderregelungen im französischen Schrifttum ein Schattendasein führen.

Die deliktsspezifischen Spezialbestimmungen, die im CPP in erster Linie an die abstrakte Tatschwere, in der StPO dagegen primär an bestimmte Straftaten und Kriminalitätsbereiche anknüpfen, haben neben der Zuständigkeitsordnung auch die Anwendungs- und Anordnungsvoraussetzungen der Haft sowie die Garantien zum Gegenstand, in Frankreich darüber hinaus ihre zulässige (Höchst-)Dauer.

c) Verhältnis zu anderen justiziellen Freiheitsentziehungen

Im institutionellen Umfeld der Justizhaft i.e.S. existieren neben nur der äußeren Erscheinung nach divergierenden Instrumenten auch justizielle Freiheitsentziehungen, die in der jeweils anderen Rechtsordnung ohne funktionale Entsprechung sind.

Obschon das System der französischen *mandats* der StPO in dieser Form unbekannt ist, finden sich deren Funktionen doch weitgehend im deutschen Haftbefehl gebündelt; da das *mandat de comparution* der einfachen Ladung entspricht, handelt es sich letztlich allein bei dem *mandat de recherche*, das im Kontext der Polizeihaft untersucht wurde, um eine gegenüber dem deutschen Haftrecht funktional überschießende Figur (siehe oben Teil 3, II.A.3.c.). Eine der *incarcération provisoire* entsprechende „Vor-Haft“ (siehe oben Teil 3, III.A.b. sowie unten 2.d.) ist der StPO dagegen ebenso fremd wie dem CPP die im deutschen Recht gegenüber bloßen Zeugen vorgesehene Möglichkeit einer auf die Aussageerzwingung gerichteten Beugehaft oder einer Sanktionierung im Wege der Ersatz-Ordnungshaft.

Der Umstand, dass der CPP bei Personen mit möglicherweise nur eingeschränkter Schuldfähigkeit weder für die einstweilige Unterbringung noch für die Anstaltsunterbringung zur Beobachtung eigenständige Ermächtigungen vorsieht, wird nicht nur durch das Vorhandensein funktional vergleichbarer Unterbringungsregelungen im Verwaltungsrecht kompensiert, sondern auch dadurch, dass sowohl die *détention provisoire* als auch die Haftsurrogate – anders als im deutschen Recht – selbst dann anwendbar sind, wenn ernsthafte Zweifel an der Zurechnungsfähigkeit des Betroffenen bestehen.

d) Freiheitsbeschränkende Haftsurrogate

Beide Länder sehen gegenüber der Justizhaft vorrangige, weil lediglich freiheitsbeschränkende und damit weniger eingriffsintensive Ersatzmaßnahmen vor. Anders als die in der StPO beispielhaft benannten *Haftvollzugssurrogate*, die zwar nicht den Erlass des Haftbefehls zu hindern imstande sind, sondern einen solchen gerade voraussetzen, dafür jedoch in ihren Anwendungsvoraussetzungen streng akzessorisch zu diesem sind, stellen die im CPP abschließend aufgezählten Kontrollauflagen *Haftbefehlsurrogate* dar. Dies bedeutet, dass sie zwar bereits die Haftanordnung hinfällig machen, umgekehrt jedoch – mangels Haftbefehlsakzessorietät – einem sehr viel weiterem Einsatzspektrum zugänglich sind als die Haft selbst (konkurrierende *untersuchungsrichterliche* Zuständigkeit; niedrigere Strafbarkeits-

schwollen; freies Ermessen statt gesetzliche Haftziele; Anwendbarkeit auch in Verfahrensstadien, in denen die Justizhaft ausscheidet).

Soll die mit einer Ersatzmaßnahme belegte Person anschließend inhaftiert werden, so bedarf es im deutschen Recht nicht nur des Vorliegens sämtlicher Haftvoraussetzungen, sondern außerdem neuer Umstände, namentlich in Form eines Auflagenverstößes; in Frankreich dagegen reicht es aus, wenn *entweder* die Haftvoraussetzungen *oder* ein Verstoß vorliegt. Im Gegensatz zu den deutschen Ersatzmaßnahmen, denen ausschließlich haftvermeidende Funktion zukommt, wohnt den französischen Haftsurrogaten also eine Hybridnatur inne, da sie mittels der *détention-sanction* auch eine hafterweiternde Komponente beinhalten. Hierbei handelt es sich um einen wichtigen Unterschied der beiden Haftsurrogatsmodelle (zur Bedenklichkeit der französischen Regelung unter Freiheitsschutzgesichtspunkten siehe unten II.B.1.).

Während in Deutschland alle Surrogate beim Ausbleiben einer Verurteilung entschädigungsfähig sind, im Verurteilungsfall dagegen niemals auf die Strafe angerechnet werden, gewährt der CPP nur beim Sonderfall der elektronischen Überwachung (die anders als in der StPO ausdrücklich geregelt ist, siehe unten II.A.1.) eine Entschädigung – sieht dort darüber hinaus aber auch eine Strafanrechnung vor.

2. Anordnung

a) Zuständigkeit

Solange das Prozessgericht nicht mit der Sache befasst ist, obliegt die Haftanordnung dem (Grundrechte- und) Haftrichter als verfahrensexternem Einzelrichter. Über die im Vorverfahren erforderliche Haftantragstellung befindet im deutschen Recht der Staatsanwalt, in der *instruction* der Untersuchungsrichter. Der französischen Justizhaft ist auf diese Weise ein *doppelter* Richtervorbehalt vorgeschaltet.

b) Straftatbezug und Adressat

Im Gegensatz zur deutschen Untersuchungshaft, die keinen adressatenspezifischen Beschränkungen unterliegt, setzt die Anordnung der *détention provisoire* die Anwesenheit des Angeklagten bzw. Angeschuldigten voraus, der in der gerichtlichen Voruntersuchung zuvor förmlich beschuldigt worden sein muss.

Obwohl es für die Haftanordnung in beiden Rechtsordnungen eines qualifizierten Tatverdachts bedarf, bestehen nicht nur bei den inhaltlichen Anforderungen, sondern auch bei der Frage, wer diesen wann festzustellen hat, gravierende Unterschiede. Während im deutschen Recht der Haftrichter bei der Haftentscheidung die *hohe* Tatbegehungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit beurteilt, obliegt die Prü-

fung der auf einem starken Indiz *oder* mehreren übereinstimmenden Indizien gründenden Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung in Frankreich dem Untersuchungsrichter (*juge d'instruction*). Dieser befindet anlässlich der in der *instruction* der Haftentscheidung vorgelagerten *mise en examen* über diese *mittelbare* Haftvoraussetzung (Vorfrage). Als Haftvoraussetzung i.e.S. muss der französische Haftrichter (*juge des libertés et de la détention*) immerhin selbst feststellen, dass die dem Beschuldigten vorgeworfene Tat mit einer Höchststrafe von mindestens drei Jahren Freiheitsstrafe bedroht ist. In der StPO dagegen wird der Gesichtspunkt der Tatschwere erst im Zusammenhang mit den Haftgründen und der Verhältnismäßigkeit relevant.

c) Zulässige Haftzwecke

Von wenigen Ausnahmen (vor allem *détention-sanction*) und Erweiterungen (vor allem §§ 127b, 230 StPO) abgesehen, bedarf es in beiden Rechtsordnungen stets eines gesetzlichen Haftzweckes i.S.v. §§ 112 f. StPO bzw. Art. 144 CPP (*principe de légalité*); die Inhaftierung steht also nicht im Ermessen des Richters (*principe d'opportunité*). Während die StPO die zulässigen Zwecke mittels konditional gefasster Haftgründe eingrenzt und dem Rechtsanwender spezifische Prognoseentscheidungen abverlangt, belässt der CPP dem Richter mit seinen finalen, tatbestandlich meist nicht näher konkretisierten Zielvorgaben weite Beurteilungsspielräume. Das deutsche Recht formuliert insofern also ungleich verbindlichere Vorgaben (siehe dazu auch unten II.B.2.).

Allen – auch und gerade bei einer Gegenüberstellung der konkreten Ausgestaltung der Haftmotive erkennbar werdenden – Unterschieden zum Trotz, stimmt die funktionale Grundausrichtung der Justizhaft in beiden Ländern darin überein, dass das Gesetz sie nicht nur als Mittel zur Verfahrenssicherung, sondern auch als Instrument der Gefahrenabwehr konzipiert. Anders als bei der verfahrenspräventiven Funktion der Haft (Anwesenheits- und Beweissicherung), wo dieser Grundkonsens vergleichsweise deutlich zutage tritt, bestehen jedoch im Hinblick auf ihren Charakter als Instrument der materiellen Prävention signifikante Divergenzen.

So ist die sogenannte Sicherungshaft (§ 112a StPO) im deutschen Recht nur *subsidiär* zulässig, unterliegt einer besonders restriktiven gesetzlichen Fassung, wird vom Schrifttum selbst 50 Jahre nach ihrer Einführung noch immer abgelehnt und hat in der Praxis nur eine untergeordnete Bedeutung, wohingegen die *gleichberechtigte* Doppelfunktion der *détention provisoire* in Theorie und Praxis völlig unbestritten ist. In ihrer Eigenschaft als „Sicherungsmaßnahme“ kann diese nicht nur – ohne jede Eingrenzung – zur Abwehr einer Wiederholungsgefahr eingesetzt werden, sondern auch zu dem im deutschen Recht dem Präventivpolizeigewahrsam obliegenden Schutz des Beschuldigten, dem in Deutschland der Strafhaft vorbehaltenen Zweck der Resozialisierung und Besserung und schließlich, allerdings nur bei Verbrechen, zu dem der StPO heute unbekanntes Motiv der Beseitigung einer

Beeinträchtigung der öffentlichen Ordnung. Nachdem sich die Bedeutung des verfassungskonform interpretierten Haftgrundes der besonderen Tatschwere in § 112 Abs. 3 StPO trotz offenkundiger teleologischer Parallelen in einer Begründungserleichterung erschöpft, kommt die Verfolgung entsprechender Motive (sofortige Reaktion) im deutschen Recht nur auf apokryphe Weise in Betracht. Gleiches gilt für den Einsatz der Haft als prozessuale Sanktion, den der CPP hingegen beim Verstoß gegen Ersatzmaßnahmen – welcher im deutschen Recht nur dann zum Widerruf der Vollzugsaussetzung berechtigt, wenn sämtliche Voraussetzungen für die Anordnung der Haft vorliegen – offiziell anerkennt (*détention-sanction*). Als wichtigster apokrypher Haftgrund wird schließlich in beiden Ländern, vor allem aber in Deutschland, die Zweckentfremdung als „Beugehaft“ diskutiert.

d) Form und Verfahren

In formaler Hinsicht verlangt nur der CPP, dass der Haftbefehl stets auch Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit enthält. Umgekehrt verzichtet er im Gegensatz zur StPO auf Angaben zur Tatsachengrundlage des Tatvorwurfs und begnügt sich insoweit mit Ausführungen zum gesetzlichen Strafrahmen.

Beim Haftanordnungsverfahren ist zu berücksichtigen, dass der deutsche Haftbefehl unter anderem die Funktionen von *ordonnance de mise en détention provisoire* (Feststellung der Haftvoraussetzungen), *mise en examen* (Feststellung des Tatverdachts) und *mandat d'arrêt* bzw. *mandat d'amener* (Veranlassung der Verbringung zum Richter) verbindet. Wird der Verdächtige aufgrund des Dezernatshaftbefehls (StPO) bzw. eines solchen *mandat* (CPP) ergriffen, so ist er in Deutschland dem zuständigen Haftrichter, in der *instruction* dagegen dem Untersuchungsrichter vorzuführen. Während die StPO die Zwischenschaltung einer Verbringung zum *nächsten* Richter relativ lax handhabt (Verschubungspraxis), formuliert der CPP hier klare und verbindliche raum-zeitliche Vorgaben (siehe zu diesem wichtigen Unterschied auch unten II.A.2. und III.). Im Gegensatz zur deutschen Untersuchungshaft, bei der erst für den eigentlichen Haftvollzug in der Anstalt eine richterliche Anhörung erforderlich wird, setzt bereits die Anordnung der *détention provisoire* im Vorverfahren die vorherige Durchführung sowohl einer untersuchungs- (förmliche Beschuldigung) als auch einer haftrichterlichen Vernehmung voraus.

Letztere findet im Rahmen einer kontradiktorischen Debatte statt, bei der im Unterschied zum deutschen Recht die Öffentlichkeit zugelassen ist, Staatsanwalt und Verteidiger zwingend zugegen sind und *incarcération provisoire* sowie *enquête sociale rapide* den Haftrichter in die Lage versetzen, die Tauglichkeit von Ersatzmaßnahmen ad hoc zu evaluieren (zu diesen Vorzügen gegenüber dem deutschen Recht siehe auch unten II.A.2.).

e) *Verhältnismäßigkeit und Ermessen*

Abgesehen von dem beide Rechtsordnungen kennzeichnenden Vorrang der Ersatzmaßnahmen, setzt der CPP den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Haftanordnung vor allem durch abstrakte gesetzliche Mindeststrafbarkeitsvorgaben um, wohingegen die StPO auf eine konkret-einzelfallbezogene Beurteilung des Richters baut, dessen Abwägungsentscheidung – im Gegensatz zum *freien*, einer Rechtskontrolle entzogenen Ermessen des französischen Rechts – gerichtlich nachprüfbar ist.

3. Dauer

a) *Verlauf der Haft*

Für die Dauer des Haftvollzugs ist der Beschuldigte in einer Haftanstalt untergebracht. Die Verwirklichung der Privilegien, die ihm gegenüber Strafgefangenen eingeräumt werden, scheitert in der französischen Haftpraxis vielfach an der notorischen Überbelegung der Gefängnisse. Der von strafprozessualen Motiven losgelöste *Haftvollzug i.e.S.*, der auf die Aufrechterhaltung der Sicherheit und Ordnung in der Anstalt zielt und primär der Gefängnisverwaltung obliegt, ist in Deutschland Gegenstand 16 unterschiedlicher Landesgesetze, wohingegen die einschlägigen, vor allem untergesetzlichen Vorschriften des CPP durch ein spezielles Gefängnisgesetz und diverse Anwendungsrichtlinien ergänzt werden, denen die das deutsche Recht prägende, strikte Trennung zwischen Straf- und Untersuchungshaftvollzug fremd ist.

Für den Erlass *verfahrenssichernder Anordnungen* sind indes in beiden Ländern die Generalklauseln des (gesetzlichen Kern-)Strafprozessrechts maßgeblich. Während die StPO den *Haftrichter* nur zur Anordnung *haftzwecksichernder* Beschränkungen ermächtigt, kann in Frankreich der *Untersuchungsrichter alle* notwendigen Anordnungen treffen. Da Letzterer oft auch unabhängig von ihrem Zweck in die Entscheidung über Beschränkungen eingebunden ist, sind die Abgrenzungsschwierigkeiten, denen das deutsche Recht seit der Föderalismusreform begegnet, im CPP entschärft.

b) *Zulässige Grund- und Höchstdauer sowie Verlängerungen*

Die Zulässigkeit der Fortdauer der Haft ist jederzeit auch von Amts wegen zu prüfen – vom *juge des libertés et de la détention* aber nur, wenn er angerufen wurde. Vorbehaltlich dessen kommt der Fortbestand der Freiheitsentziehung im Verfahren beider Länder nur so lange in Betracht, wie sowohl das für den Haftantrag als auch das für die Haftanordnung zuständige Organ deren Voraussetzungen bejahen.

Abgesehen von den seltenen Fällen, in denen das Gesetz absolute Obergrenzen für die Haftdauer normiert (z.B. § 127b StPO, *comparution immédiate*), sehen beide Rechtsordnungen für die Haftdauer im Vorverfahren spezifische Zeitvorgaben vor. Trotz der unterschiedlichen Regelungstechniken – hochkomplexes, stark ausdifferenziertes System der periodischen Verlängerung mit verfahrensabschnittsbezogenen, delikts- und tatschwereabhängigen Obergrenzen (CPP) versus einheitliches, tatschwereunabhängiges System der besonderen OLG-Haftprüfung (StPO) – ist so sichergestellt, dass ein Richter in regelmäßigen Intervallen automatisch und in einem förmlichen Verfahren über die Haftfortsetzung befinden muss.

Der Befund, dass im deutschen Recht, anders als in Frankreich, feste Maximalwerte fehlen, wird nicht nur durch die teilweise ausgesprochen langen Fristen im CPP relativiert (höchstmögliche, ununterbrochene Dauer bis zum Verhandlungsbeginn: sechs Jahre und acht Monate), sondern umgekehrt auch durch die strenge Kontrolle der nur theoretisch beliebig lange fortsetzbaren Haft in der deutschen Rechtsprechung (mehr als einjährige Haft vor Hauptverhandlungsbeginn „nur in ganz besonderen Ausnahmefällen“).

Im Übrigen fällt auf, dass der CPP auf die Ausgestaltung und Ausdifferenzierung der prozessualen und materiellen Verlängerungsvoraussetzungen, die je nach Tatvorwurf, Verfahrensstadium und Haftdauer stark variieren, ungleich größere Sorgfalt verwendet als die StPO, welche ab einer Haftdauer von sechs Monaten schlicht eine fortan im Drei-Monats-Takt durchzuführende, verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung durch das OLG fordert.

c) Fristberechnung und Anrechnungen

Während der CPP die Fristwahrung zur Voraussetzung für die Zulässigkeit der Haftfortdauer macht, ist die Einhaltung der für die OLG-Haftprüfung maßgeblichen Intervalle ohne Bedeutung für die Fortsetzungsfähigkeit der Untersuchungshaft.

Bezugspunkt der Fristenregelungen in Art. 145-1 f. CPP und §§ 121 f. StPO ist die Gesamtdauer des Haftvollzugs wegen derselben Tat. Die französischen Fristen werden bereits mit Abschluss der *instruction* hinfällig und durch die Zusatzfristen in Art. 179 ff. CPP abgelöst; in Deutschland bleiben sie bis zum Beginn der Hauptverhandlung maßgeblich. Außerdem gewährt der CPP eine Extrafrist von vier Monaten für die *détention-sanction*, wenn der Betroffene bereits zuvor in Haft war – im deutschen Recht scheidet dagegen die Außervollzugsetzung unter Auflagen aus, wenn das OLG eine Fortdauer der Haft für unzulässig erklärt hat. Die Haftdauer wird hier wie dort auf die Freiheitsstrafe, in Deutschland darüber hinaus auch auf die Geldstrafe angerechnet.

d) Verhältnismäßigkeits- und Beschleunigungsgrundsatz

Überragende Bedeutung für die Beurteilung der Zulässigkeit der Haftfortdauer kommt dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu. Während dieser sich im französischen Recht in detaillierten gesetzlichen Vorgaben (Koppelung der Höchstfristen an die abstrakte Schwere, Bedeutung und Komplexität der Tat; qualifizierte Begründungsanforderungen; kürzere, teils mit der Freilassung sanktionierte Fristen) manifestiert, bleibt in der StPO die allgemeine Regel maßgeblich, dass die Haft nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und Rechtsfolgenerwartung stehen darf. Dabei kommt in Deutschland jedoch auch dem mit Verfassungsrang ausgestatteten Beschleunigungsgrundsatz besonderes Gewicht zu. Insbesondere setzt die Bejahung der Erforderlichkeit der Haftfortdauer nach sechs Monaten einen „wichtigen Grund“ voraus.

Tiefgreifende Unterschiede bestehen bei der gerichtlichen Nachprüfung. Im Gegensatz zur Cour de cassation, die eine solche im Hinblick auf die Frage der Angemessenheit der Dauer strikt ablehnt, indem sie diese der Sphäre des Tatsächlichen zuordnet, findet vor deutschen Obergerichten unter der Ägide des BVerfG eine veritable Kontrolle statt, der nicht nur unter Aspekten des Freiheitsschutzes eminente Bedeutung zuwächst (siehe hierzu unten II.B.5.).

4. Garantien

Beide Rechtsordnungen räumen dem Beschuldigten im breiteren Kontext der Justizhaft – also nicht erst im Stadium des eigentlichen Haftvollzugs, sondern bereits bei den vorgelagerten Vernehmungen und der ggf. vorangegangenen, richterlich veranlassten Ergreifung – umfangreiche Garantien ein.

a) Recht auf Information

Bei den dem Beschuldigten von Amts wegen zur Verfügung zu stellenden Informationen über den Tatvorwurf, die Freiheitsentziehung und seine Rechte variiert die Regelungstechnik insofern, als der CPP für jede denkbare Vernehmungssituation eine gesonderte Regelung trifft, wohingegen die StPO die Belehrungsinhalte im Zusammenhang mit Festnahme und Vernehmung jeweils weitgehend einheitlich regelt. Auch wenn die Umsetzung der EU-Richtlinie auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren durch das Gesetz vom 27.5.2014 inhaltlich wichtige Fortschritte gebracht hat (insb. massive Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Schweigerechtsbelehrung), erweist sich der französische „Mosaikansatz“ noch immer als teilweise lückenhaft, da festnahmespezifische Unterrichtungen bei der Ergreifung nicht vorgesehen sind, eine Schweigerechtsbelehrung ausgerechnet in der kontradiktorischen Verhandlung vor dem Haftrichter bis heute fehlt und die tatsächliche Grundlage des Tatverdachts bzw. der Beschuldigung – selbst im Zusam-

menhang mit der förmlichen Beschuldigung – nicht mitgeteilt wird (zu diesen wichtigen Unterschieden siehe auch unten II.B.4.).

Während der CPP herkömmlich erst dem Angeklagten im Hauptverfahren auf Verlangen Einsicht in die Verfahrensakten gewährte, steht dem nicht verteidigten, inhaftierten Beschuldigten im deutschen Recht ein aktenbezogener Informationsanspruch zu. Seit 2014 existieren allerdings auch in Frankreich bereits an der Schnittstelle von *enquête* und Gerichtsverfahren (Vorführtermin vor Staatsanwalt; Ladung zur Hauptverhandlung) weitreichende Akteneinsichts- und Informationsrechte.

b) Recht auf Benachrichtigung und Kommunikation mit der Außenwelt

Für das Benachrichtigungsrecht, das CPP und StPO der kraft richterlicher Anordnung ergriffenen Person einräumen, gilt das bereits zur Polizeihaft Ausgeführte. Auch wenn die in Deutschland verfassungsrechtlich verankerten Benachrichtigungspflichten im Zusammenhang mit richterlichen Haftentscheidungen dem französischen Recht fremd sind, ergeben sich für die Haftanordnung keine Unterschiede, da dort in Frankreich stets ein Verteidiger präsent ist, dessen formlose Kenntniserlangung den deutschen Maßstäben in aller Regel bereits Genüge tut. Darüber hinaus besteht beim Haftantritt ein zusätzliches Benachrichtigungsrecht.

Im Übrigen wird im Haftvollzug der Kontakt des Beschuldigten mit der Außenwelt durch sein Recht auf Besuchsempfang, Telefon- und Postverkehr verwirklicht.

Einschränkungen im Einzelfall kommen nicht nur aus Gründen der Anstaltsicherheit und -ordnung in Betracht, sondern auch zum Zweck der Verfahrenssicherung; anders als in Deutschland, wo im ersteren Fall die Anstaltsleitung nach landesrechtlicher Maßgabe befindet, ist in Frankreich stets die *autorité judiciaire* zuständig. Die im freien untersuchungsrichterlichen Ermessen stehende Möglichkeit eines befristeten, generellen Kommunikationsverbots ist in der StPO ohne Entsprechung.

c) Recht auf anwaltlichen Beistand

Keine der oben skizzierten Kontaktbeschränkungen ist auf den Verkehr mit dem Verteidiger anwendbar, da dieser auch und gerade während der Freiheitsentziehung ausnahmslos gewährleistet sein muss, sofern kein Notfall und/oder organisierter Terrorismus vorliegt.

Außerhalb, namentlich im Vorfeld des Haftvollzugs, ist dessen Hinzuziehung zu Vernehmungen in Deutschland zwar ebenfalls jederzeit möglich; da jedoch eine gerichtliche Pflichtverteidigerbestellung oft erst *nach* Haftantritt stattfindet, bleibt der Beschuldigte bei der spontanen Verteidigerauswahl, -verständnis und -finanzierung – in klarem Kontrast zu Frankreich – weitgehend auf sich gestellt.

Auch die im Gegensatz zur StPO wiederum situationsspezifisch geprägte Regelung des CPP erlaubt bei allen Anhörungen (Ausnahme: nächster Richter) die Hinzuziehung eines Anwalts und schreibt dessen Präsenz teilweise, namentlich für die konträktorische Debatte vor dem Haftrichter, sogar *zwingend* vor; vor allem aber trägt sie stets dafür Sorge, dass bei Bedarf die ad hoc-Beiordnung eines von der Anwaltskammer zu bestimmenden, staatlich vorfinanzierten Anwalts erfolgt – und kompensiert so die im französischen Recht festgestellten Belehrungs- und Benachrichtigungsdefizite.

Dem Anwalt des inhaftierten bzw. förmlich Beschuldigten steht in beiden Ländern ein grundsätzlich unbeschränktes Akteneinsichtsrecht zu.

d) Recht auf ärztliche Untersuchung und Dokumentationspflichten

Im Haftvollzug besteht Anspruch auf angemessene ärztliche Betreuung; der 2009 in der StPO eingeführte Grundsatz der freien Arztwahl ist dem CPP jedoch fremd.

Die in StPO und CPP vorgesehenen Protokollierungs- und Aufzeichnungspflichten erstrecken sich, über den Inhalt der Vernehmung hinaus, auch auf die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Belehrungen und sonstigen Förmlichkeiten. Eine audiovisuelle Aufzeichnung ist in Deutschland bei allen Vernehmungen möglich, niemals jedoch zwingend; der CPP dagegen sieht für Schwerekriminalität bei untersuchungsrichterlichen Vernehmungen eine Aufzeichnungspflicht vor. Während in Frankreich seit 2007 bei allen haftbezogenen Verhandlungen der Grundsatz der Öffentlichkeit gilt, ist diese im deutschen Recht ausnahmslos ausgeschlossen.

5. Richterliche Kontrolle

a) Vor der Maßnahme: Vermeidung rechtswidriger Haft

Eine richterliche Vorabkontrolle der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung ist in beiden Ländern dadurch gewährleistet, dass die Haftanordnung dem Richter vorbehalten ist, der den Betroffenen noch vor dem Haftvollzug i.e.S. anhören muss. Das rechtliche Gehör vor dem zuständigen Richter ist nur im Fall einer ausnahmsweisen Verbringung des Festgenommenen vor den *nächsten Richter* eingeschränkt. Dabei formuliert der CPP – ungeachtet des teilweise geringeren Garantieniveaus (Hinweise, Anwalt) – sehr viel klarere, verbindlichere und im Ergebnis freiheitsschützendere Vorgaben als die StPO (siehe unten III.).

Wegen der Haftantragszuständigkeit des Untersuchungsrichters besteht in der *instruction*, anders als in Deutschland, grundsätzlich ein zweifacher Richtervorbehalt. Eine Doppelung – und Aufspaltung – des Richtervorbehalts kennzeichnet die gerichtliche Voruntersuchung Frankreichs aus deutscher Perspektive vor allem insofern, als der Tatverdacht anlässlich der untersuchungsrichterlichen Entscheidung

über die förmliche Beschuldigung bereits im Vorfeld der Haftentscheidung selbst zu prüfen ist (zu den aus Freiheitsschutzperspektive unbefriedigenden Konsequenzen dieser gespaltenen Zuständigkeit siehe unten b. sowie II.B.2. und III.). Seit 2007 kann sich der förmlich Beschuldigte gegen die *mise en examen* immerhin nicht mehr nur im Wege der Nichtigkeitsklage zur Wehr setzen, wenn der erforderliche Tatverdacht von Anfang an nicht vorlag, sondern er hat zudem nach Ablauf einer gewissen Zeitspanne die Möglichkeit, seinen nachträglichen Fortfall geltend zu machen (*dé-mise en examen*); dringt er mit einem dieser Rechtsbehelfe durch, ist einer Anordnung der *détention provisoire* von vornherein der Boden entzogen.

b) Während der Maßnahme: Abstellen aktueller Fehler

Während der Freiheitsentziehung kann der inhaftierte Beschuldigte in beiden Ländern den Haftrichter jederzeit förmlich um die Freilassung ersuchen oder Haftbeschwerde gegen eine Entscheidung über die Anordnung oder Fortsetzung der Maßnahme einlegen.

Das Freilassungsersuchen hat das aktuelle Vorliegen der Haftvoraussetzungen zum Gegenstand; das Verfahren ist im CPP zweistufig (Vorprüfung durch Untersuchungsrichter) und schriftlich ausgestaltet, in Deutschland ist auf Verlangen grundsätzlich eine mündliche Verhandlung durchzuführen.

Die Haftbeschwerde hingegen bezieht sich auf eine konkrete richterliche Entscheidung über das „Ob“ der Haft und ist durch ihren Devolutiveffekt gekennzeichnet, der das Beschwerdegericht in die Lage versetzt, im Fall ihrer Fehlerhaftigkeit eine eigene Sachentscheidung auf Grundlage des Jetzt-Zeitpunkts zu treffen. Das Verfahren ist in der StPO zweistufig (Abhilfungsverfahren vor dem Haftrichter) und im Normalfall schriftlich, in Frankreich entscheidet die Untersuchungskammer nach einer mündlichen Verhandlung. Die Beschwerde hat keinen Suspensiveffekt, beide Länder sehen aber zugunsten des Beschuldigten einen auf die Aussetzung der Vollziehung gerichteten Eilantrag vor; im CPP steht der Staatsanwaltschaft ein solcher auch *gegen* die Freilassung zu.

Das französische Rechtssystem stellt sich nicht nur wegen der verfahrensabschnittsspezifischen Regelung als ungleich komplexer dar als das einheitliche Regime der StPO, sondern auch und gerade aufgrund der Tatsache, dass im Rahmen von Freilassungsersuchen und Haftbeschwerde in der gerichtlichen Voruntersuchung eine Inzidentkontrolle des Tatverdachts als *mittelbarer* Haftvoraussetzung ausscheidet, da der Betroffene insoweit auf die spezifischen Rechtsbehelfe gegen die förmliche Beschuldigung verwiesen ist (Nichtigkeitsklage, *dé-mise en examen*). Wenngleich die *audience de contrôle* nunmehr – nach sechsmonatiger Haftdauer – auch ein gleichzeitiges Vorgehen gegen förmliche Beschuldigung *und* Haft ermöglicht, so ändert dies doch nichts an dem Befund, dass die Infragestellung des Tatverdachts im Zusammenhang mit der Haft in Frankreich nur unter sehr viel restrikt-

tiveren zeitlichen und formalen Zwängen möglich ist als in der StPO, wo der Tatverdacht eine unmittelbare Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Haft darstellt (zu diesem gravierenden Unterschied siehe auch unten II.B.5. und III.).

Während die höchstrichterliche Rechtskontrolle in Frankreich durch die Cour de cassation ausgeübt wird, übernimmt in Deutschland, wo der Instanzenzug zumeist vor dem OLG endet, faktisch das BVerfG die Funktionen eines Revisionsgerichts. Anders als die deutschen Gerichte, die auch und gerade bei unbestimmten Rechtsbegriffen (z.B. Tatverdacht, Haftgrund, Erforderlichkeit der Haft im Hinblick auf den Vorrang von Ersatzmaßnahmen, Angemessenheit der Haftdauer, Ermessensausübung) eine grundsätzlich vollumfängliche Rechtskontrolle praktizieren, ordnet die Cour de cassation diese Aspekte dem ihrer Kontrolle entzogenen Bereich des Tatsächlichen zu und überlässt sie somit im Ergebnis der souveränen, einer gerichtlichen Nachprüfung entzogenen Beurteilung der Untersuchungsgerichtsbarkeit (siehe unten II.B.5. und III.).

Die Kontrolle des Haftvollzugs richtet sich im deutschen Recht – unabhängig von Zweckrichtung, Rechtsgrundlage und Ursprung der angegriffenen Maßnahme – nach den allgemeinen Grundsätzen der StPO und der ordentlichen Gerichtsbarkeit; in Frankreich dagegen sind für Maßnahmen der Gefängnisverwaltung die Verwaltungsgerichte zuständig – die eine entsprechende Kontrolle lange Zeit abgelehnt haben.

c) Nachträgliche Überprüfung: Folgenbeseitigung und Fehlerkompensation

Unabhängig vom Fortbestand der Freiheitsentziehung können in ihrem Zusammenhang aufgetretene Rechtsverstöße zwar grundsätzlich den Ausschluss der weiteren Verwendung der in ihrem Rahmen erhobenen Beweise nach sich ziehen. Da jedoch in beiden Ländern die Rechtswidrigkeit der Haft als solcher kaum jemals die Unverwertbarkeit der in ihrem Verlauf gewonnenen Aussagen oder Beobachtungen nach sich zieht, hängt deren beweisrechtliches Schicksal weniger von der Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung selbst ab, als vielmehr von derjenigen der konkreten Beweisgewinnung (z.B. Vernehmung, Abhören, Einschleusen etc.). Insofern gelten beim Nichtigkeitsregime des CPP mit seinem Erfordernis der Beschwer zwar weniger strenge Maßstäbe als nach der Abwägungslehre des BGH; Verstöße gegen untergesetzliche Vorschriften sind in Frankreich aber unbeachtlich.

Eine „Vollstreckungslösung“, mit der eine überlange Haft- und/oder Verfahrensdauer von *Amts wegen* kompensiert wird, praktizieren nur die deutschen Gerichte. Die außerhalb des konkreten Verfahrens eröffnete Möglichkeit, vor Gericht eine Entschädigung für ungerechtfertigte Haft zu erwirken, beinhaltet *keine* Rechtmäßigkeitskontrolle; die Schadensersatzklage wegen rechtswidriger Freiheitsentziehung, die Einleitung eines Strafverfahrens wegen Freiheitsberaubung und die in Frankreich 2010 eingeführte Individualdisziplinarbeschwerde ziehen nur eine ein-

geschränkte (Evidenz-)Kontrolle nach sich. Mithin kommt der flächendeckenden Zulassung einer nachträglichen Feststellungsklage zur Schließung von Rechtsschutzlücken große Bedeutung zu – sie ist jedoch nur in Deutschland verwirklicht (siehe hierzu auch unten II.B.5. und III.).

II. Rechtspolitische Impulse

Wie eingangs dargetan (Einleitung, II.A.4.), wird in der vorliegenden Arbeit auf die Formulierung konkreter rechtspolitischer Handlungsempfehlungen verzichtet, da die dazu erforderliche Abwägung der Freiheitsschutzbelange mit den gegenläufigen Sicherheitsinteressen der Allgemeinheit wegen des Umfangs und Facettenreichtums der zur Bearbeitung ausgewählten Materie nicht geleistet werden konnte und sollte.

Aufbauend auf der summarischen Zusammenstellung der wesentlichen Konvergenzen und Divergenzen (oben I.) werden nachfolgend vielmehr anhand wichtiger Beispiele – und damit ohne Anspruch auf Vollständigkeit – noch einmal einige besonders bemerkenswerte Abweichungen im Freiheitsschutzniveau der beiden Rechtsordnungen *haftformübergreifend* veranschaulicht. In der Summe zeigt sich dabei, dass der in beiden Ländern postulierte Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen gegenüber bloßen Tatverdächtigen zumindest zum gegenwärtigen Zeitpunkt im deutschen Strafverfahren konsequenter verwirklicht erscheint als im CPP.¹ Dieser Befund gilt nicht auf faktischer Ebene, also für Haftdauer und Hafthäufigkeit, sondern – ungeachtet der massiven, größtenteils europarechtlich angestoßenen Fortschritte, die in den vergangenen Jahren in Frankreich erzielt wurden – auch in normativer Hinsicht. Gleichwohl existiert umgekehrt freilich auch eine ganze Reihe von Aspekten, bei denen die Ausgestaltung des Freiheitsschutzes im französischen Recht der StPO überlegen ist. Beide Rechtsordnungen eignen sich somit, wenn nicht als rechtspolitisches Vorbild, so doch in jedem Fall als Quelle der gegenseitigen Inspiration und Auslöser einer kritischen Selbstreflexion für das jeweilige Nachbarland. Für die Fortentwicklung des in der Entstehung begriffenen „Europäischen Haftrechts“ ist die Kenntnis der unterschiedlichen nationalen Schutzkonzepte und Akzentsetzungen unabdingbar.

¹ Ähnlich *Vallini/Houillon*, Rapport Outreau, S. 343–349.

A. Ansätze für ein höheres Freiheitsschutzniveau im französischen Recht

1. Grundlagen und Grundstrukturen

Anders als im deutschen Verfassungsrecht, in dem der Ausnahmecharakter der hier interessierenden Freiheitsentziehungen eher implizit-induktiv den Art. 2 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Art. 104 GG und der Rechtsprechung des BVerfG zu entnehmen ist, hebt Art. 9 DDHC ihn in feierlicher Weise ausdrücklich hervor und richtet insoweit einen deutlicheren, mahnenden Appell an alle drei Staatsgewalten.

Der mit dem französischen *régime répressif* einhergehende Verzicht auf einen *polizeirechtlichen* Sicherheitsgewahrsam zur Verhinderung künftiger und Beendigung laufender Straftaten, der im deutschen Recht – auf konventionsrechtlich bedenkliche Weise – die verdachtsakzessorischen Inhaftierungsbefugnisse der StPO komplettiert, kommt mittelbar auch dem Ausnahmecharakter *strafprozessualer* Freiheitsentziehungen zugute: Zum einen werden Missbrauchs-, Manipulations- und Umgehungsmöglichkeiten (willkürliche Austauschbarkeit der Ermächtigungsgrundlagen), welche die Überschneidungen von Prävention und Repression (Vorfeldkriminalisierungen; Wiederholungsgefahr) bzw. von polizeirechtlichen und strafprozessualen Befugnissen der auf beiden Gebieten gleichermaßen agierenden Polizei (Doppelfunktion) eröffnen, von vornherein vermieden. Zum anderen führt die verstärkte Verfolgung präventiver Belange im Wege strafprozessualer Freiheitsentziehungen, die mit dem *régime répressif* unweigerlich einhergeht, dazu, dass Haftmaßnahmen in weiterem Umfang als in Deutschland den schützenden Formen des Strafverfahrens – und den entsprechenden europarechtlichen Harmonisierungseinflüssen von EMRK und EU – unterworfen sind.

Bei den strafverfahrensrechtlichen Rahmenbedingung und haftrechtlichen Grundstrukturen zeichnet sich die französische Gesetzgebung – im Einklang mit ihrem historischen, der deutschen Rechtskultur unbekanntem Misstrauen gegenüber der Judikative (Legizentrismus) – durch eine größere schriftliche Normierungsdichte aus als das deutsche (Haft-)Recht. Dabei ist dem CPP speziell bei der Polizeihaft zugutezuhalten, dass er deren Existenz immerhin einräumt, während § 128 StPO sie allenfalls zwischen den Zeilen und nur auf überaus implizite Weise andeutet.

2. Erste Stufe: „Ob“ der Haft

Hinsichtlich der Anordnungsvoraussetzungen wird der Ausnahmecharakter auf gesetzlicher Ebene in Frankreich insofern stärker betont, als nur der CPP – zumal für beide Haftformen – gesetzliche Mindeststrafbarkeitsschwellen vorsieht (Polizeihaft: Verdacht einer mit Freiheitsstrafe bedrohten Straftat; Justizhaft: grundsätzliches Erfordernis einer Mindesthöchststrafe von drei Jahren Freiheitsstrafe), wo-

hingegen das deutsche Recht ganz überwiegend (*e contrario* § 113 StPO) auf die polizeiliche bzw. richterliche Verhältnismäßigkeitsabwägung im Einzelfall baut.

Bei der Justizhaft erweisen sich die französischen Regelungen über das „Ob“ der Maßnahme in mehrfacher Hinsicht als freiheitsschützender als die der StPO. Zum einen erkennt der CPP die elektronisch überwachte Aufenthaltsortszuweisung (*assignation à résidence avec surveillance électronique*) – deren gesetzliche Anerkennung in der StPO vom deutschen Schrifttum bis heute vergebens gefordert wird – seit einigen Jahren ausdrücklich als der *détention provisoire* vorrangige Haftersatzmaßnahme eigener Art (qualifizierte Freiheitsbeschränkung) an. Zum anderen räumt er dem französischen Haftrichter die – dem deutschen Recht fremde – Möglichkeit einer kurzfristigen, mehrtägigen „Vor-Haft“ (*incarcération provisoire*) zur Vermeidung einer vorschnellen Haftanordnung ein, wenn der Betroffene eine Frist zur Vorbereitung seiner Verteidigung begehrt *oder* der Richter weitere Ermittlungen abwarten möchte, um in Erfahrung zu bringen, ob Haftersatzmaßnahmen anstelle der *détention provisoire* ausreichen.

Abgesehen davon, dass der Anordnung der Justizhaft in der gerichtlichen Voruntersuchung seit 2000 sogar ein doppelter Richtervorbehalt vorgeschaltet ist, sind die französischen Regelungen über das Justizhaftanordnungsverfahren der StPO in dreierlei Hinsicht überlegen. Erstens fehlt im deutschen Recht ein der (zumal teilweise obligatorischen) *enquête sociale rapide* entsprechendes Instrument der Gerichtshilfe, das imstande wäre, dem Richter ad hoc und noch vor der Haftentscheidung Kenntnisse über die persönliche Situation des Beschuldigten zu verschaffen, welche für die Beurteilung der Erfolgsaussichten einer Haftersatzmaßnahme relevant sind. Zweitens ist die der Entscheidung über die Haft vorgelagerte kontradiktorische Debatte vor dem Grundrechte- und Haftrichter mit weiterreichenden verfahrensrechtlichen Absicherungen (zwingende Präsenz von Staatsanwaltschaft und Verteidigung, Öffentlichkeitsgrundsatz) verbunden. Drittens schließlich ist das Verfahren im Zusammenhang mit der Vorführung vor den „nächsten Richter“ im Anschluss an die haftbefehls- bzw. *mandat*-bedingte Ergreifung im französischen Recht wesentlich verbindlicher geregelt: Die ausnahmsweise Verbringung vor den nächsten Richter kommt nur ab Distanzen von 200 km in Betracht; im Anschluss an die Anhörung ist der Betroffene von Amts wegen und binnen vier Tagen vor den zuständigen Richter zu bringen. In Deutschland dagegen geschieht dies nur auf Verlangen und ohne Fristvorgaben. Die hierdurch begünstigte Verschiebungspraxis mit fahrplanmäßigen Sammeltransporten hat dabei teils mehrwöchige Odysseen zur Folge, die rechtsstaatlich höchst bedenklich erscheinen (siehe dazu auch unten III.).

3. Zweite Stufe: „Ob noch“/„Wie lange“ der Haft

Ablauf und Aufrechterhaltung der Polizeihaft sind in Frankreich insofern einer unmittelbareren, im Sinne von engeren und zeitnäheren Kontrolle durch die Justiz unterworfen, als der Staatsanwalt (bzw. der Untersuchungsrichter) *umgehend* nach

Beginn der Maßnahme von ihrer Anordnung zu unterrichten ist; der weitere Haftverlauf kann bzw. muss im Wege einer in der Regel telefonischen „Echtzeitbehandlung“ (*traitement en temps réel*) von eigens dazu vorgesehenen Bereitschaftsdiensten begleitet und mitbestimmt werden, da alle wesentlichen Entscheidungen – bis hin zur Freilassung – eine staatsanwaltschaftliche Genehmigung voraussetzen. In Deutschland dagegen wird die Staatsanwaltschaft entgegen ihrem gesetzlichen Leitbild aus Ressourcengründen nur bei schweren oder komplexen Fällen noch vor der Einholung ihrer Entscheidung über die Untersuchungshaftantragstellung von der Festnahme benachrichtigt; die Tatsache, dass § 128 StPO eine „unverzügliche“ Vorführung vor den Richter gebietet, kompensiert dieses „justizielle Echtzeitkontrolldefizit“ nur unzureichend, billigt der BGH doch die polizeiliche Praxis, die je nach Festnahmezeitpunkt bis zu 48-stündige Höchstfrist der vorläufigen Festnahme bei Bedarf zur Vernehmung und Ermittlung auszuschöpfen.

Abgesehen davon, dass der Vollzug der Justizhaft in Frankreich einheitlich und nicht in 16 unterschiedlichen Landesgesetzen geregelt ist, vermeidet das französische Recht auch die mit der deutschen Föderalismusreform entstandenen Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Kompetenzen von Richter und Haftanstalt und die damit verbundene Gefahr widersprechender Entscheidungen, indem es den Untersuchungsrichter vielfach auch in nicht strafprozessual motivierte Entscheidungen – insbesondere über den Kontakt des Betroffenen mit der Außenwelt – einbindet.

Schließlich misst das französische Recht den im Zusammenhang mit der Dauer und Verlängerung der Justizhaft vorgesehenen Fristenregelungen eine sehr viel größere Verbindlichkeit zu als die StPO, führt die Überschreitung einer solchen Frist doch nicht nur zur Rechtswidrigkeit der Haft, sondern auch zur Unwirksamkeit einer verspätet ergangenen Verlängerungsentscheidung und begründet auf diese Weise unter Umständen einen Freilassungsanspruch des Betroffenen. In Deutschland dagegen ist die lediglich verspätete OLG-Vorlage unschädlich, sofern die Vorlage – oder Eröffnung der Hauptverhandlung – nur (irgendwann) erfolgt.

4. Dritte Stufe: „Wie“ der Haft

Der Informationsanspruch des vorläufig Inhaftierten ist in Frankreich in zweierlei Hinsicht besser gewährleistet als in der StPO: Zum einen fällt in der Polizeihaft die Belehrung über das Recht auf Anwaltsbeistand – entsprechend seinem weiteren Umfang (siehe sogleich) – wesentlich detaillierter aus. Zum anderen hat der Angeklagte ab Beginn des Hauptverfahrens einen eigenen, unabhängig von der Freiheitsentziehung bestehenden Anspruch auf Einsicht in die Originalakten und auf die Fertigung bzw. den Erhalt von Kopien. Der Anwendungsbereich dieses Rechts wurde 2014 weiter ausgedehnt und gilt nun auch bereits für die an der Schnittstelle von *enquête* und Gerichtsverfahren gelegene Ladung und den Vorführtermin.

Die Genehmigung bzw. Einschränkung des Kontakts des Justizhäftlings mit der Außenwelt ist in Frankreich in stärkerem Maße als in Deutschland dem Richter anvertraut, da dieser selbst dann in die entsprechenden Entscheidungen involviert ist, wenn im konkreten Fall nicht die Belange des Strafverfahrens, sondern solche der Anstaltssicherheit und -ordnung maßgeblich sind. In Deutschland dagegen ist in letzterem Fall die Anstaltsleitung zuständig (siehe oben 3. zu den damit verbundenen Abgrenzungsproblemen).

Angesichts der Tatsache, dass das Recht auf Verteidigerbeistand im polizeilichen Ermittlungsverfahren Frankreichs noch bis 1993 *vollständig* ausgeschlossen war, ist es bemerkenswert, dass seine Gewährleistung heute im Zusammenhang mit *beiden* Haftformen – insoweit also selbst außerhalb der gerichtlichen Voruntersuchung – in mehrerlei Hinsicht über das deutsche Recht hinausgeht. Auf diese Weise werden die beim Informationsanspruch und Benachrichtigungsrecht im CPP feststellbaren Defizite, welche allerdings durch die Umsetzung der Richtlinie 2012/13/EU signifikant entschärft wurden (siehe unten B.4.), kompensiert.

Konzeptioneller Hauptunterschied zwischen beiden Rechtsordnungen ist, dass die Hinzuziehung eines Anwalts zu konkreten Verfahrenshandlungen bzw. Zwangsmaßnahmen im französischen Recht zwar stets eine entsprechende gesetzliche Ermächtigung voraussetzt; umgekehrt besteht aber überall dort, wo der CPP eine solche Ermächtigung bereitstellt – was im französischen Haftrecht (sowohl bei der Polizeihaft als auch bei Verhandlungen im Vorfeld der Anordnung der Justizhaft) mittlerweile nahezu flächendeckend der Fall ist –, die Möglichkeit der ad hoc-Beordnung eines staatlich vorfinanzierten und vom Vorsitzenden der Anwaltskammer auszuwählenden Anwalts. Der entsprechend zu behelende Betroffene braucht insofern in Frankreich nichts anderes zu tun, als ein solches Begehren zu artikulieren. Im deutschen Recht müssen Vernehmungen zwar abgebrochen werden, wenn der Beschuldigte einen dahingehenden Wunsch äußert; da jedoch eine gerichtliche Pflichtverteidigerbestellung regelmäßig erst nach bzw. ab Erlass und Invollzugsetzung des Haftbefehls in Betracht kommt, ist er – abgesehen von der Existenz anwaltlicher Notdienste – bei der Verständigung, Auswahl und Vorfinanzierung des Anwalts weitgehend auf sich allein gestellt. Im Gegensatz zur französischen Polizeihaft, für die seit 2011 ein anwaltliches Anwesenheitsrecht bei Vernehmungen sowie eine zweistündige Karenzfrist vorgeschrieben ist, fehlen solche gesetzlichen Gewährleistungen zugunsten des gemäß § 127 StPO vorläufig Festgenommenen; ihm bleibt insofern nichts anderes, als die entsprechenden Vorkehrungen im Wege seines Schweigerechts durchzusetzen – was in der Praxis (Haft- bzw. Festnahmeschock; kriminalistische List; Untersuchungshaftaussicht) freilich keine Selbstverständlichkeit ist. Bei der auf die Anordnung der Justizhaft gerichteten Verhandlung vor dem Haftrichter ist die Anwesenheit eines notfalls ad hoc und von Amts wegen beizuordnenden Anwalts in Frankreich zwingend und indisponibel. In Deutschland besteht insofern zwar immerhin ein anwaltliches Anwesenheitsrecht. Dessen effektive Inanspruchnahme setzt aber auch hier voraus, dass es dem Be-

schuldigten gelingt, auf eigene Initiative und Kosten einen selbstgewählten Anwalt zum spontanen Erscheinen vor Gericht zu bewegen. Es bleibt abzuwarten, ob die Umsetzung der am 22.10.2013 verabschiedeten Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und der von der Kommission am 27.11.2013 vorgelegte Vorschlag für eine Richtlinie über vorläufige Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte, denen die Freiheit entzogen ist, die insoweit im deutschen Recht dringend gebotenen Fortschritte herbeizuführen vermag (siehe hierzu oben Einleitung, I.B.2. sowie unten III.).

Das Recht auf ärztliche Untersuchung ist zugunsten des französischen Polizeihäftlings traditionell sehr viel detaillierter geregelt als bei der vorläufigen Festnahme in der StPO, besteht doch im deutschen Recht lediglich eine entsprechende Belehrungsvorschrift, die sich kaum zu Einzelheiten verhält.

Bei der Dokumentation und Transparenz im Zusammenhang mit Haftanordnung und Haftverlauf setzt der CPP seit 2007 insofern strengere Maßstäbe, als die Justizhaft betreffende Verhandlungen grundsätzlich öffentlich sind und polizeiliche Vernehmungen während der *garde à vue* ebenso wie untersuchungsrichterliche Vernehmungen in der gerichtlichen Voruntersuchung bei Verdacht auf ein Verbrechen im Wege einer audio-visuellen Aufzeichnung festgehalten werden müssen.

5. Vierte Stufe: Gerichtliche Kontrolle der Haft

Für beide Haftformen gilt, dass der Ausschluss der Verwertbarkeit der durch eine haftbezogene Maßnahme auf rechtswidrige Weise erlangten Beweise in Frankreich nicht so hohen materiellen Hürden unterliegt wie im deutschen Recht. Während der BGH mit seiner Abwägungslösung nur in Ausnahmefällen vom Vorliegen eines Verfahrensfehlers auf ein ungeschriebenes Verwertungsverbot schließt und im Übrigen dazu neigt, selbst gesetzliche Verwertungsverbote eher restriktiv ausulegen, begnügt sich der CPP grundsätzlich mit dem Nachweis einer Beschwer in Form einer Interessenverletzung. Anders als in Deutschland, wo die objektive Rechtswidrigkeit der Anordnung oder Aufrechterhaltung einer Freiheitsentziehung wegen des vom BGH für die Annahme eines rechtswidrigen Zwangs i.S.v. § 136a StPO geforderten Finalitätskriteriums (Quasi-Rechtsbeugungsvorsatz) beweisrechtlich praktisch irrelevant ist, kann die Rechtswidrigkeit der (Polizei-)Haft als solcher im französischen Recht sehr wohl zum Ausschluss sämtlicher durch sie erlangten Beweise führen (z.B. fehlende Benachrichtigung des Staatsanwalts zu Beginn der Maßnahme). Dies gilt umso mehr, als die Cour de cassation neuerdings in vielen Fällen von einer unwiderleglichen Vermutung der Beschwer ausgeht.

Im Hinblick auf die Justizhaft sei schließlich nochmals an die doppelte richterliche Vorabkontrolle anlässlich der Entscheidung über Haftantrag und Haftanordnung sowie vor allem an die besseren verfahrensrechtlichen Absicherungen erinnert, die der CPP im Zusammenhang mit der Verbringung vor den nächsten Richter vorsieht.

B. Ansätze für ein höheres Freiheitsschutzniveau im deutschen Recht

1. Grundlagen und Grundstrukturen

Abgesehen davon, dass im französischen Verfassungsrecht die Möglichkeit einer Individualverfassungsbeschwerde fehlt, tragen die grundgesetzlichen Rahmenbedingungen dem Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen in zweierlei weiterer Hinsicht besser Rechnung. Zum einen flankiert Art. 104 GG das Freiheitsgrundrecht ausdrücklich mit einer Reihe spezifischer Absicherungen (z.B. Benachrichtigungsrecht bzw. -pflicht), die in der feierlichen Proklamation der DDHC ebenso wenig eine Entsprechung haben wie in der lapidar gehaltenen *habeas corpus*-Regelung des Art. 66 C. Zum anderen und vor allem grenzt der strikte Richtervorbehalt des GG den gesetzlichen Anwendungsbereich und damit die potenzielle qualitative und quantitative Bedeutung der Polizeihaft massiv ein. Er statuiert einen *Vorrang* der richterlichen Haftanordnung und damit einen Vorrang der Justizhaft gegenüber der auf Eilfälle zu beschränkenden Polizeihaft (Grundsatz der vorgängigen richterlichen Entscheidung), wohingegen Art. 66 C – ähnlich wie Art. 5 Abs. 1 lit. c, Abs. 3 EMRK – von der *Gleichwertigkeit* der unverzüglichen *Nachholung* einer richterlichen oder staatsanwaltschaftlichen Intervention ausgeht. Hinzu kommt, dass die deutsche Polizeihaft von Verfassungs wegen unverzüglich und spätestens vor Ablauf des Folgetages in die Justizhaft überzuleiten ist, wenn die Freiheitsentziehung aufrechterhalten werden soll. Die Polizeihaft als solche ist in Deutschland also keiner richterlichen Verlängerung zugänglich und deshalb auf maximal 48 Stunden beschränkt. Art. 66 C hingegen begnügt sich in der Lesart des französischen Verfassungsgerichts damit, dass der Staatsanwalt unverzüglich ab Beginn der Polizeihaft in die Lage versetzt wird, seine Kontrollfunktion wahrzunehmen; im Übrigen steht es dem französischen Gesetzgeber frei, Verlängerungsmöglichkeiten vorzusehen – allerdings muss er nach Maßgabe des C. const. die Verlängerungskompetenz einem Richter vorbehalten, wenn die Dauer der Polizeihaft 48 Stunden überschreiten soll.

Den oben (A.1.) skizzierten Vorzügen des französischen *régime répressif* mit seinem Verzicht auf einen polizeirechtlichen Sicherheitsgewahrsam stehen nicht minder gewichtige Nachteile und Risiken im Hinblick auf den Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen gegenüber. Da Letztere in Frankreich auch Funktionen übernehmen und Situationen erfassen, die im deutschen Recht über das Instrumentarium der Polizeigesetze gelöst werden können, ist ihr situativer und funktionaler Anwendungsbereich und damit auch ihre Anwendungshäufigkeit im CPP sehr viel weiter – und ihr Ausnahmecharakter sehr viel schwächer. Im Übrigen schlägt sich das Fehlen eines vom Verdacht einer Straftat losgelösten verwaltungsrechtlichen Verhinderungsgewahrsams zur Abwehr einer (Erst-)Begehungsgefahr in Frankreich nicht nur in dem Bedürfnis nieder, potenziell gefährliche Verhaltensweisen mehr oder weniger flächendeckend unter Strafe zu stellen (vgl.

die französischen „Ungehorsamskriminalisierungen“), sondern es leistet auch der Tendenz Vorschub, im Strafprozessrecht verdachtsunabhängige Ermächtigungen zu schaffen (vgl. die Befugnis zur präventiven Identitätskontrolle, die in eine strafprozessuale Identitätsfeststellungshaft münden kann).

Bei den strafprozessualen Rahmenbedingungen und haftrechtlichen Grundstrukturen ist den deutschen Regelungen im Vergleich zum CPP zunächst einmal ihre größere Übersichtlichkeit und Stabilität zugutezuhalten. Mögen die fortwährenden, überwiegend liberal motivierten Reformen, die das französische Haftrecht – Polizeihaft und Justizhaft gleichermaßen – seit Jahren und Jahrzehnten kennzeichnen, auch inhaltlich viele wichtige Fortschritte ermöglicht haben, so ist umgekehrt ein durch seine chronische Unbeständigkeit gekennzeichnetes Regelungsdickicht zu beklagen, das mitunter in Sachen Zugänglichkeit und Transparenz sowie teils auch bei der Kohärenz zu wünschen übrig lässt. Angesichts regelungstechnischer Unzulänglichkeiten drängt sich der Eindruck auf, dass der Gesetzgeber selbst bisweilen den Überblick zu verlieren scheint. Für die Polizeibeamten und Richter, denen die Dechiffrierung und Anwendung der Vorschriften obliegt, ist dies unbefriedigend.

Auf der anderen Seite hat das Festhalten der französischen Gesetzgebung an der in Deutschland 1975 entfallenen Zweiteilung des Ermittlungsverfahrens und der hierzulande bereits mit Inkrafttreten der StPO aufgegebenen Beschränkung des Anwendungsbereichs der Justizhaft auf den Zeitraum ab der Befassung eines Gerichts (Untersuchungsrichter oder Prozessgericht) wegen der vielfältigen CPP-Sonderregelungen für Verfahren ohne gerichtliche Voruntersuchung nur zu einer scheinbaren Eingrenzung ihrer Anwendungshäufigkeit geführt. Umgekehrt hat das Festhalten an diesen beiden Traditionen eine eigenartige Aufsplitterung und Zweiteilung des Regimes der *détention provisoire* bewirkt. Dabei ist besonders bemerkenswert, dass sich Gesetz, Rechtsprechung und Schrifttum fast ausschließlich für den Ausnahmecharakter der „klassischen“ Justizhaft im Rahmen der gerichtlichen Voruntersuchung, also im Ermittlungsverfahren interessieren.

Bei der Polizeihaft erscheint die Regelungstechnik der StPO insofern freiheitsschützender, als die Anwendungsvoraussetzungen des polizeilichen Festhalterrechts dort streng akzessorisch an die der polizeilichen Spontanergreifung ohne Haftbefehl (vorläufige *Festnahme*) gekoppelt sind; in Frankreich dagegen hat die gesetzliche Anerkennung der *garde à vue* als – von der Festnahme (*arrestation*) isoliert zu betrachtende – Ermächtigung zur Aufrechterhaltung eines anderweitig erlangten Zugriffs eine sukzessive Verselbstständigung und Ausdehnung ihrer Anwendungsvoraussetzungen zur Folge gehabt. Der Ausnahmecharakter der in erster Linie auf eine möglichst intensive und ungestörte Vernehmung zielenden Polizeihaft leidet im französischen Strafverfahren außerdem darunter, dass das Schweigerecht traditionell einen geringeren Stellenwert einzunehmen scheint als in Deutschland. Die überragende Bedeutung, die den während der *garde à vue* aufgenommenen Vernehmungsprotokollen zukommt, dürfte im Übrigen auch darauf zurückzuführen

sein, dass für deren Einführung in den Prozess keine dem Unmittelbarkeitsprinzip der StPO entsprechenden Hürden gelten.

Das schwerwiegendste, durch die Struktur des französischen Ermittlungsverfahrens bedingte Hindernis für eine stärkere normative Umsetzung des Ausnahmecharakters der Polizeihaft lag bis vor Kurzem darin, dass der Verdächtige, der im polizeilichen Ermittlungsverfahren keinen haftunabhängigen Schutzstatus hat, *einzig* in seiner Eigenschaft als Polizeihäftling in den Genuss zentraler, insbesondere auch vernehmungbezogener Garantien (z.B. Anwaltsbeistand bei Vernehmung, Schweigerechtsbelehrung, Informationsrechte) gelangte. Dieses Defizit ist 2014 mit der Neuregelung der *audition libre* auf unionsrechtliche Veranlassung hin erfreulicherweise beseitigt worden. Das bis dato bestehende Dilemma – Eröffnung der Verteidigungsrechte setzte Polizeihaft voraus – ist somit entfallen. Der StPO mit ihrem einheitlichen Ermittlungsverfahren war ein solches Dilemma freilich von vornherein fremd, da es die Eröffnung der nicht haftbezogenen Garantien seit jeher nicht an das Vorliegen einer Freiheitsentziehung knüpft, sondern an die Beschuldigteneigenschaft. Eine entsprechende, maßnahmeübergreifende Ausgestaltung der Rechtsstellung des Verdächtigen fehlt in der französischen *enquête* nach wie vor.

2. Erste Stufe: „Ob“ der Haft

Anders als die deutschen Haftersatzmaßnahmen, die nach ihrer gesetzlichen Konstruktion ausschließlich haftvermeidende, niemals hingegen hafterweiternde Natur haben, kommt den gerichtlichen Kontrollauflagen und der elektronischen Aufenthaltsüberwachung bei der *détention provisoire* eine im Hinblick auf den Ausnahmecharakter der Maßnahme bedenkliche Hybridnatur zu. Entsprechendes gilt – wiewohl seit 2014 in signifikant abgeschwächter Form – auch für die „freie Vernehmung“ bei der *garde à vue*.

Besonders deutlich ist der die französischen Haftsurrogate charakterisierende Konstruktionsunterschied bei der Justizhaft. Während der Anwendungsbereich der Haftvollzugssurrogate nach § 116 StPO untrennbar an das Vorliegen der Voraussetzungen des Haftbefehls gekoppelt ist, können die Ersatzmaßnahmen des CPP mangels Haftbefehlsakzessorietät selbst dort zum Einsatz kommen, wo die Anordnungsvoraussetzungen der Justizhaft nicht erfüllt sind. Da der Verstoß gegen diese Kontrollauflagen auch unabhängig vom Vorliegen der sonst hierfür maßgeblichen Voraussetzungen mit der Anordnung der Justizhaft sanktioniert werden kann, eröffnet ihr diese sogenannte *détention-sanction* als prozessuale Sanktion beträchtliche Zusatzanwendungsfelder. Der Rahmenbeschluss 2009/82/JI vom 23.10.2009 über die gegenseitige Anerkennung von Überwachungsmaßnahmen bezieht dieses zweischneidige Konzept der Justizhaftalternative, das auch anderen europäischen Strafverfahrensordnungen zugrunde liegt, ausdrücklich in seinen Anwendungsbe-
reich ein und erkennt es damit an (Erwgg. 4).²

² *Morgenstern*, NK 2009, 143.

Bei der Polizeihaft war es nicht die Existenz, sondern die – bis 2014 gänzlich garantierte – Ausgestaltung der *audition libre*, die mittelbar eine Erweiterung der Hafthäufigkeit zur Folge hatte. Da die polizeiliche Vernehmung eines Verdächtigen außerhalb der Polizeihaft nur im Wege einer freien Vernehmung möglich war, bei der dem Betroffenen herkömmlich keinerlei vernehmungsbezogene Garantien zustanden, sah das französische Recht vielfach eine *Pflicht* zur Anordnung der *garde à vue* vor, wenn der Betroffene als Verdächtiger vernommen werden sollte. Obwohl dieses Paradoxon durch die Neuregelung und garantiemäßige Aufwertung der „freien Vernehmung“ mit dem Gesetz vom 27.5.2014 erheblich entschärft wurde, kommt eine Vernehmung in bestimmten Fällen kraft Gesetzes auch weiterhin nur unter dem schützenden Rechtsrahmen der *garde à vue* mit ihren Maximalgarantien – und um den Preis einer Freiheitsentziehung – in Betracht.

Im Hinblick auf den für beide Haftformen erforderlichen Verdachtsgrad erweisen sich die normativen Vorgaben des deutschen Rechts ebenfalls als strenger. Während es hiernach stets mindestens eines dringenden Tatverdachts und damit ausnahmslos einer *gesteigerten* Begehungs- und Verurteilungswahrscheinlichkeit bedarf, reicht bei der französischen Polizeihaft – im Einklang mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK – ein einfacher Tatverdacht. Selbst der qualifizierte Tatverdacht, der für die Anordnung der *détention provisoire* erforderlich ist und übereinstimmende oder schwerwiegende Indizien voraussetzt, begnügt sich mit einer einfachen Prognosewahrscheinlichkeit. Folgeschwere Unterschiede bestehen bei der Justizhaft insofern, als der Tatverdacht nur in Deutschland *unmittelbare* Voraussetzung der Haft ist – in der gerichtlichen Voruntersuchung des CPP steht die entsprechende Prüfung dagegen nicht dem Haftrichter zu, sondern dem für die *vorgelagerte* Entscheidung über die förmliche Beschuldigung zuständigen Untersuchungsrichter. Der für die Haftanordnung zuständige Richter kann die Haft also nur im deutschen Recht mit der Begründung ablehnen, dass der dazu erforderliche Tatverdacht fehlt.

Bezüglich der die Haftanordnung rechtfertigenden Haftzwecke ist der Ausnahmeharakter beider Haftformen im deutschen Recht insofern besser abgesichert, als sich die StPO, im Gegensatz zum CPP, nicht mit der Vorgabe teils recht vager Zielvorgaben in Form bloßer Finalsätze („um zu“) begnügt, sondern konditionale Tatbestandsanforderungen mit spezifischen Prognosemerkmalen („wenn, dann“) formuliert. Während die französische Polizeihaft auch nach der Einführung gesetzlicher Haftziele (2011) bereits zur bloßen Ermöglichung der Durchführung anwesenheitsgebundener Ermittlungen, namentlich Vernehmungen, und damit im Ergebnis letztlich fast *stets* angeordnet werden kann, sofern der Betroffene sich nur im Zugriff der Polizei befindet, sind die situations- (frische Tat bzw. Gefahr im Verzug) und zweckspezifischen Voraussetzungen (Rückkoppelung an Justizhaftgründe) bei der festnahmeakzessorischen Polizeihaft des deutschen Rechts sehr viel restriktiver angelegt. Die im Vergleich zur StPO gesteigerte Bedeutung präventiver Gesichtspunkte tritt vor allem bei der Ausgestaltung der französischen Justizhaftziele (Beschuldigtenschutz; Schutz der öffentlichen Ordnung; umfassender, weil

keinerlei tatbestandlichen Einschränkungen unterliegender Schutz der Allgemeinheit gegen Wiederholungstäter; Opfer- und Zeugenschutz) relativ deutlich zutage.

3. Zweite Stufe: „Ob noch“/„Wie lange“ der Haft

Obwohl der BGH die in der deutschen Polizeipraxis zu beobachtende Tendenz, die je nach Festnahmezeitpunkt variierende Höchstfrist zu Vernehmungs- und Ermittlungszwecken auszunutzen, bedenklischerweise als mit dem Unverzüglichkeitskriterium in § 128 StPO vereinbar hält, ändert dies nichts daran, dass es sich bei der maximal 48-stündigen Frist – im Gegensatz zu den zwei 24-stündigen Grundintervallen bei der *garde à vue* – nicht um eine ohne Weiteres und ungeachtet der Umstände des konkreten Falls ausschöpfbare Grundfrist handelt. Jede Verzögerung bei der Einholung der richterlichen Entscheidung ist vielmehr daraufhin zu prüfen, ob sie im Einzelfall durch sachliche Gründe gerechtfertigt war. Auch wenn dadurch Missbräuche und Manipulationen nicht gänzlich ausgeschlossen werden können, sind dem polizeilichen Ermessen bei der Gestaltung des Haftablaufs so doch sehr viel engere Grenzen gesetzt als in Frankreich. Dort nimmt es die Rechtsprechung hin, wenn der Polizeihäftling über Stunden hinweg in der Zelle eingesperrt bleibt, ohne dass *irgendwelche* Ermittlungshandlungen durchgeführt würden oder sonst legitime strafprozessuale Zwecke – also: andere Zwecke als die der Willensbeugung oder der Bestrafung, die der *garde à vue* nicht selten attestiert werden – ersichtlich wären. Im Gegensatz zur vorläufigen Festnahme, die *als solche* keiner Verlängerung zugänglich ist, kann die französische Polizeihaft vom Richter bei organisierter Kriminalität auf bis zu vier und bei Terrorismus auf bis zu sechs Tage ausgedehnt werden, ohne dass der Betroffene vorher in Person vor einem Richter erscheinen müsste. Mündet die *garde à vue* in eine Vorführung vor den Staatsanwalt, so stellt der CPP für die Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung eine Zusatzfrist von bis zu 20 Stunden ab dem Zeitpunkt des Verlassens des Polizeireviers zur Verfügung, während der der Betroffene im Gerichtskerker festgehalten werden kann.

Der Ablauf der Justizhaft wird in Deutschland nicht vom Verordnungsgeber, also der Exekutive, bestimmt, sondern durch förmliche Parlamentsgesetze vorgegeben. Dabei brauchen die Privilegierungen, die beide Rechtsordnungen Justizhäftlingen gegenüber Strafgefangenen einräumen, in Deutschland mangels Überfüllung der Haftanstalten nicht unter Kapazitätsvorbehalte gestellt zu werden. Im Übrigen wird das Fehlen der ebenso differenzierten wie komplizierten gesetzlichen Detailvorgaben, die das System der periodischen Verlängerung bei der *détention provisoire* charakterisieren, durch eine strenge gerichtliche Kontrolle der Verhältnismäßigkeit der Haftdauer und der Wahrung des Beschleunigungsgrundsatzes kompensiert.

4. Dritte Stufe: „Wie“ der Haft

Die „Verdoppelung“ der Rechtsstellung des polizeilich festgenommenen Beschuldigten (§ 127 StPO), die dadurch entstanden ist, dass die haftunabhängigen Beschuldigtengarantien – die dem polizeilichen Ermittlungsverfahren des CPP bis zur Neuregelung der *audition libre* durch Gesetz vom 27.5.2014 gänzlich fremd waren – unlängst durch festnahmeakzessorische Rechte ergänzt wurden, hat eine zahlenmäßige Überlegenheit des deutschen Rechts bei der Häufigkeit und Frequenz der Belehrungen im Anschluss an die Ergreifung begründet. Während Unterrichtungen im Zusammenhang mit der Polizeihaft in Frankreich nur einmalig bei Gelegenheit der Anordnung der Maßnahme erfolgen – seit 2014 aber immerhin durch ein schriftliches Belehrungsformular (*letter of rights*) komplettiert werden und im ggf. auf die *garde à vue* folgenden Vorführtermin vor dem Staatsanwalt zu erneuern sind –, müssen sie in Deutschland seit 2013 bereits unverzüglich nach der Festnahme erteilt und sodann vor Beginn der ersten Vernehmung während der Polizeihaft wiederholt werden. Im Übrigen gelten im deutschen Recht für die vorläufige oder haftbefehlsbedingte Festnahme einerseits sowie die je erste polizeiliche, staatsanwaltschaftliche und richterliche Vernehmung andererseits jeweils einheitliche gesetzliche Vorgaben, die in der ausdifferenzierten Regelungstechnik des CPP keine Entsprechung haben.

Zwar formuliert auch der CPP für den weiteren Verlauf des Verfahrens (insb. anlässlich der Vorführung vor den Staatsanwalt oder den Untersuchungsrichter, bei der förmlichen Beschuldigung, der Verhandlung über die Anordnung der Justizhaft sowie ggf. beim Haftantritt in der Anstalt) zahlreiche weitere Belehrungsvorgaben. Im Vergleich zu der übersichtlichen, kompakten und kohärenten Regelung der StPO muten diese jedoch disparat und uneinheitlich, ja teilweise lückenhaft an. Obwohl die Reform aus 2014 mit ihrer Ausdehnung und weitgehenden Verallgemeinerung der Belehrungspflichten wichtige Fortschritte erzielt hat, bestehen eigenartige Schutzlücken fort (z.B. keine Schweigerechtsbelehrung bei Verhandlung über Haftanordnung vor dem Grundrechte- und Haftrichter; keine Belehrungen bei Ergreifung aufgrund eines *mandat*). Inhaltlich auffällig ist insbesondere, dass die Belehrungen über den Tatvorwurf bzw. die Beschuldigung im deutschen Recht (trotz der 2014 erfolgten Aufwertung bei der *garde à vue*) substantiierter ausfallen und dass die Schweigerechtsbelehrung in der StPO ausnahmslos und flächendeckend gewährleistet ist.

Anders als in Frankreich kann das Benachrichtigungsrecht der inhaftierten Person in Deutschland nur im Hinblick auf das „Wie“ eingeschränkt, niemals jedoch vollständig ausgeschlossen werden. Bei der Justizhaft gehen die deutschen Vorgaben auch insofern über den CPP hinaus, als nicht nur bei der erstmaligen Anordnung, sondern auch bei allen späteren Entscheidungen über die Aufrechterhaltung der Haft eine Benachrichtigungspflicht besteht. Der Kontakt des Betroffenen mit der Außenwelt erscheint im deutschen Recht schließlich auch deshalb besser abge-

sichert, weil die im CPP in das freie richterliche Anordnungsermessen gestellte Möglichkeit eines befristeten, *generellen* Kommunikationsverbots so nicht besteht.

Der Umstand, dass die Hinzuziehung eines Verteidigers zu konkreten Verfahrenshandlungen in Deutschland jederzeit, in Frankreich dagegen nur im Fall einer entsprechenden gesetzlichen Klarstellung zulässig ist, kann sich zulasten des französischen Polizeihäftlings auswirken, wenn dieser zu Ermittlungsmaßnahmen vor Ort (insb. einer Wohnungsdurchsuchung oder Tatortbesichtigung) ausgeführt wird, da dem Anwalt die Anwesenheit nur bei *Vernehmungen* gestattet ist. Mag die detaillierte Regelung des Anwaltsbeistands in der *garde à vue* der deutschen Rechtslage auch in vielerlei Hinsicht vorzuziehen sein, so erscheinen die vielfältigen Retardierungsmöglichkeiten, die vor allem beim Sonderregime für organisierte Kriminalität vorgesehen sind, dennoch bedenklich – auch wenn sie jüngst in weiten Teilen nahezu wörtlich an die einschlägigen Vorgaben des EGMR angepasst wurden. Im Zusammenhang mit der Polizeihaft reicht schließlich auch das anwaltliche Akteneinsichtsrecht der StPO über das des CPP hinaus: Dort ist der Verteidiger zwar seit 2011 zur ad hoc-Einsicht in bestimmte Dokumente ermächtigt, es handelt sich hierbei jedoch nur um Bruchteile der Verfahrensakte.

Im Gegensatz zum CPP erkennt die StPO seit Kurzem den Grundsatz der freien Arztwahl zugunsten von Beschuldigten an, denen die Freiheit entzogen ist.

5. Vierte Stufe: Gerichtliche Kontrolle der Haft

Bei der gerichtlichen Kontrolle erweisen sich die deutschen Regelungen in mehrfacher Hinsicht als besser geeignet, die gesetzlichen und übergesetzlichen Vorkehrungen abzusichern, die auf die Gewährleistung des Ausnahmecharakters strafprozessualer Freiheitsentziehungen gerichtet sind.

Auch wenn der Ausschluss der Verwertbarkeit rechtswidriger Verfahrenshandlungen im Nichtigkeitsregime des CPP einfacher zu erreichen ist als bei der restriktiven Handhabung der Verwertungsverbote in der deutschen Rechtsprechung, bleiben in Frankreich wegen der fehlenden Möglichkeit einer isolierten, nachträglichen Geltendmachung von Verfahrensfehlern – etwa im Fall der schlichten Einstellung des Verfahrens nach der (ggf. rein präventiv-polizeilich motivierten) Polizeihaft – empfindliche Rechtsschutzlücken, die das deutsche Recht wegen Art. 19 Abs. 4 GG mit seiner (ungeschriebenen) „Fortsetzungsfeststellungsklage“ vermeidet.

Die Möglichkeit einer Individualverfassungsbeschwerde zum BVerfG, anhand derer auch die gerichtliche Rechtsanwendung im Einzelfall nach Rechtswegerschöpfung auf ihre Vereinbarkeit mit den im Lichte der EMRK auszulegenden Grundrechten des GG überprüft werden kann, ist in Frankreich ohne Entsprechung.

Die gründliche Rechts- und Grundrechtskontrolle der deutschen Gerichte steht in deutlichem Kontrast zum Ansatz der Cour de cassation, welche die tatrichterliche Subsumtion unter unbestimmte und daher rechtlich und tatsächlich ausfüllungs-

bedürftige Rechtsbegriffe (insb. Verhältnismäßigkeit, Ermessen, Angemessenheit der Haftdauer; ähnlich: Haftgründe und Tatverdacht) in weitem Umfang dem ihrer Rechtskontrolle entzogenen Bereich des Tatsächlichen zuordnet. So verweigert das französische Revisionsgericht bei der Justizhaft vielfach eine eigene Nachprüfung in der Sache und gesteht dem Tatsachenrichter ausdrücklich souveräne (Letzt-) Entscheidungskompetenzen zu, die dem deutschen Recht – das im vorliegenden Zusammenhang keine Beurteilungsspielräume anerkennt – fremd sind. Noch gravierendere Rechtsschutzdefizite ergeben sich bei der Polizeihaft aus dem Umstand, dass die Cour de cassation die Überprüfung der Erforderlichkeit von Anordnung und Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung innerhalb des jeweiligen 24-stündigen Fristenintervalls selbst einer nachträglichen *tatrichterlichen* Kontrolle durch das Prozessgericht entzogen hat. Eine vergleichbare Beschränkung wäre heute in Deutschland – obschon einstmals (wohlgemerkt: Ende des 19. Jahrhunderts) vom RG auf ähnliche Weise praktiziert³ – wegen Art. 19 Abs. 4 GG undenkbar.

Bei der Justizhaft stellt sich die gerichtliche Kontrolle in Deutschland auch insoweit als effektiver dar, als die Rechtmäßigkeit von Vollzugsmaßnahmen der Gefängnisverwaltung nach allgemeinen Grundsätzen uneingeschränkt und selbst nachträglich überprüft werden kann, wohingegen die französischen (Verwaltungs-) Gerichte hier trotz jüngster Verbesserungen einen nur sehr rudimentären Rechtsschutz gewähren. Bemerkenswert ist außerdem, dass die Wiedergutmachung einer überlangen Haft- und/oder Verfahrensdauer im Wege einer Vollstreckungslösung o.Ä. in Frankreich nicht diskutiert und der Betroffene stattdessen auf finanzielle Entschädigungsansprüche verwiesen wird.

Aus deutscher Sicht besonders misslich erscheint schließlich die mit der eigenartigen Spaltung des Richtervorbehalts – Beurteilung des qualifizierten Tatverdachts durch den Untersuchungsrichter bei Gelegenheit der förmlichen Beschuldigung; Beurteilung der übrigen materiellen Haftvoraussetzungen durch den Haftrichter anlässlich der Haftentscheidung – verbundene „Doppelung“ bei der gerichtlichen Kontrolle der Justizhaft. Anders als im deutschen Recht, in dem der Tatverdacht unmittelbare Haftvoraussetzung und folgerichtig bei allen Rechtsbehelfen gegen und Entscheidungen über die Haft von Amts wegen zu prüfen ist, handelt es sich in Frankreich um eine bloße Vorfrage der Haft, über die nicht inzidenter, sondern nur im Wege gesonderter Rechtsschutzverfahren befunden werden kann. Auch wenn die 2007 neugeschaffenen Rechtsbehelfe (*dé-mise en examen*, *audience de contrôle*) damit einhergehende Nachteile gemildert und vormals beste-

³ RGSt 23, 334: „Die Entscheidung hierüber [Vorliegen von „Gefahr im Verzug“ i.S.v. §§ 98, 105 StPO bei Beschlagnahme/Durchsuchung] steht denjenigen Organen zu, die der Staat zur Durchführung notwendiger Maßnahmen in Eilfällen bestellt hat und hängt so sehr von der Auffassung der konkreten Sachlage unter Berücksichtigung der gesamten, den verschiedensten Richtungen angehörigen Verhältnisse ab, dass nur derjenige, dem die Anordnung bei Gefahr im Verzug anvertraut ist, erlauben kann, ob der durch Anrufen des Richters herbeigeführte Zeitverlust das Resultat der Maßregel beeinträchtigen könnte.“

hende Rechtsschutzlücken geschlossen haben, stellt sich die Herbeiführung einer gerichtlichen Überprüfung des Tatverdachts – die in Deutschland wegen der dynamischen Natur dieses Merkmals und seines untrennbaren Zusammenhangs mit den Haftgründen nicht aus der Haftprüfung wegzudenken ist – nach wie vor als vergleichsweise mühsam dar.

III. Ausblick

1.

Angesichts der fortwährenden Reformen auf dem Gebiet des französischen Haftrechts und der damit verbundenen Kurzlebigkeit und Wandlungsfähigkeit, die sich bei seiner Analyse gezeigt haben, kann der vorliegenden Bestandsaufnahme zur Haft ohne Urteil in Frankreich in mancherlei Hinsicht zweifellos nur die Qualität einer Momentaufnahme zukommen. Künftige Neuerungen werden die überwiegend liberal motivierten Reformen der vergangenen zwei Jahrhunderte früher oder später fortsetzen und unweigerlich dazu führen, dass Einzelaspekte dieser Arbeit dann nur mehr von rechtshistorischem Interesse sein werden. Dennoch deutet im Moment manches darauf hin, dass der französische Gesetzgeber nach den großen Reformen der vergangenen fünf Jahre nun zunächst einmal innehalten und den Rechtsanwendern und Gerichten Gelegenheit geben wird, die neuen Regelungen mit Leben zu füllen – zumal die bis Ende 2016 umzusetzende Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand das französische Strafverfahren vor ungleich geringere strukturelle Herausforderungen stellen dürfte als die eben umgesetzte Richtlinie 2012/13/EU auf Belehrung und Unterrichtung.

Mit umso größerer Aufmerksamkeit wird in den nächsten Jahren und Jahrzehnten zu beobachten sein, inwieweit künftige Entwicklungen auch strukturelle Komponenten des französischen Haft- bzw. Strafprozessrechts erfassen werden, die im Rahmen der vorliegenden Untersuchung als potenzielle Hindernisse für die Verwirklichung des Ausnahmecharakters strafprozessualer Freiheitsentziehungen identifiziert wurden und bei denen sich grundlegende Unterschiede im Vergleich zum deutschen Recht aufgetan haben.

Eine der skurrilsten strukturellen Eigenarten des CPP, welche nicht nur die Polizeihaft als solche, sondern die *enquête* insgesamt betraf, ist im Zuge der Umsetzung der neuen unionsrechtlichen Harmonisierungsrichtlinien erfreulicherweise bereits entfallen: Die das polizeiliche Ermittlungsverfahren seit den 1990er Jahren kennzeichnende, *exklusive* Anbindung der Verteidigungsrechte an die Polizeihaft wurde durch die garantiemäßige Aufwertung der *audition libre* aufgelöst. Die eigenartige, dem Ausnahmecharakter der Polizeihaft diametral zuwiderlaufende Vorstellung, dass die Anordnung der *garde à vue* zum Schutz der Verteidigungs-

rechte unabkömmlich ist (Idee eines Anspruchs auf Polizeihaft bzw. einer polizeilichen Anordnungspflicht im Interesse des Betroffenen), wurde wegen des fortbestehenden Garantiegefälles zwischen beiden Vernehmungssituationen zwar nicht gänzlich hinfällig, aber radikal entschärft. Eine gleichzeitige Verwirklichung beider Gesichtspunkte (Ausnahmecharakter der Haft *und* Schutz der Verteidigungsrechte) ist jetzt also endlich möglich. Ob die in den letzten Jahren vollzogene Fortentwicklung der Rechtsstellung des Verdächtigen, der sich in *garde à vue* befindet oder „frei vernommen“ wird, eines Tages in die Schaffung eines maßnahmeübergreifenden Schutzstatus im polizeilichen Ermittlungsverfahren münden wird, muss sich aber erst noch zeigen.

Ebenso ungewiss erscheint es zum gegenwärtigen Zeitpunkt, ob in Frankreich in naher oder ferner Zukunft eine gesetzgeberische oder höchstrichterliche Klarstellung ergehen wird, die es dem Haftrichter erlaubt oder gar gebietet, die Anordnung oder Verlängerung der Justizhaft abzulehnen, wenn er zu dem Schluss kommt, dass der – wiewohl vom Untersuchungsrichter bei Gelegenheit der förmlichen Beschuldigung bejahte – Tatverdacht nicht besteht. Gleiches gilt für die damit zusammenhängende Frage, ob die aus Sicht des Betroffenen so missliche Spaltung bei den Rechtsbehelfen gegen die Justizhaft eines Tages überwunden werden kann.

Nicht absehbar ist schließlich auch die Polizeihaft und Justizhaft gleichermaßen betreffende Entwicklung in der Frage, ob die Cour de cassation sich künftig auf eine intensivere Rechtskontrolle der Tatsacheninstanzen (etwa im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit der Haft und Haftdauer sowie die Beurteilung des Haftzwecks) einlassen wird. Mindestens ebenso offen ist, ob eines Tages möglicherweise gar eine nachträgliche Feststellungsklage zugelassen wird, um die gegenwärtig zu beklagenden Rechtsschutzlücken zu schließen.

Da die Bedeutung aller drei Aspekte – Rechtsstellung des Verdächtigen im (polizeilichen) Ermittlungsverfahren, Verhältnis Untersuchungsrichter versus Grundrechte- und Haftrichter, gerichtlicher Rechtsschutz – weit über das Gebiet der Freiheitsentziehungen hinausreicht, lohnt es sich, die dortigen Entwicklungen in Zukunft mit besonderer Sorgfalt zu verfolgen.

2.

Auch wenn das deutsche Haftrecht durch seine Beständigkeit und seine vergleichsweise überzeugende Regelung des Ausnahmecharakters der strafprozessualen Freiheitsentziehungen gekennzeichnet ist, ergeben sich aus der vergleichenden Gegenüberstellung mit dem französischen Recht nicht nur wertvolle Reflexionsanstöße, die nach einer weiteren wissenschaftlichen und rechtspolitischen Auseinandersetzung rufen, sondern auch ganz konkrete Verbesserungsoptionen.

Ein solches Verbesserungspotenzial besteht zum einen bei der Regelung des Anwaltszugangs. Wegen der besonderen Eingriffsintensität von Haftmaßnahmen

sollte über die Schaffung einer obligatorischen Verteidigerpräsenz bei der haftpflichtlichen Vernehmung über die Anordnung bzw. Invollzugsetzung der Justizhaft nachgedacht werden. In Erwägung zu ziehen wäre ferner eine gesetzliche Klarstellung des anwaltlichen Anwesenheitsrechts bei polizeilichen Vernehmungen. Optimierungsmöglichkeiten bestehen schließlich vor allem bei der Unterstützung des Betroffenen im Hinblick auf die Auswahl, Kontaktierung und Vorfinanzierung des Anwalts – die Regelung über die Pflichtverteidigung greift hier häufig erst viel zu spät. Insoweit darf man nicht nur auf die Auswirkungen der Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren gespannt sein, sondern auch auf das rechtspolitische Schicksal des von der Kommission Ende 2013 vorgelegten Vorschlags für eine Richtlinie über vorläufige Prozesskostenhilfe für Verdächtige oder Beschuldigte, denen die Freiheit entzogen ist.

Zum anderen sollte das Verfahren im Zusammenhang mit der auf die haftbefehlsbedingte Ergreifung folgenden Vorführung vor den nächsten Richter besser eingegrenzt werden. Erstens sollte klar geregelt werden, ab welcher Distanz ein solches Prozedere zulässig ist. Zweitens müsste sichergestellt werden, dass die anschließende Verbringung vor den zuständigen Richter nicht nur auf Verlangen, sondern vom Amts wegen veranlasst wird und binnen einer kurzen Frist von maximal vier Tagen (vgl. oben Einleitung, I.B.1. zur Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 EMRK durch den EGMR) zu erfolgen hat. Auf diese Weise würde der rechtsstaatlich höchst bedenklichen Verschiebungspraxis im Wege von Sammeltransportern mit ihren teils mehrwöchigen Transportphasen ein Riegel vorgeschoben.

Obwohl der deutsche Gesetzgeber wahrscheinlich gut beraten ist, die französische Polizeihaft als solche nicht insgesamt zum Vorbild zu nehmen, wäre es in Anbetracht der Detailregelung des französischen Rechts zumindest erwägenswert, den auf die polizeiliche Ergreifung folgenden Zeitraum, dessen Existenz das deutsche Gesetz bislang nur implizit anerkennt (vgl. § 128 StPO: „unverzüglich“, nicht „umgehend“), *entweder* einer präziseren gesetzlichen Regelung zuzuführen und z.B. zu klären, zu welchen Zwecken und unter welchen konkreten verfahrensrechtlichen Absicherungen die Vorführung vor den Richter aufgeschoben werden darf *oder* aber die – empirisch leider nur unzureichend erfasste – Polizeipraxis des Ausnutzens bzw. Ausschöpfens der je nach Festnahmezeitpunkt bis zu 48-stündigen Frist zu Ermittlungs- oder Vernehmungszwecken, die bedauerlicherweise vom BGH ohne nähere Vorgaben gebilligt wurde, für unzulässig zu erklären. Jedenfalls aber sollte dieser Form der – versteckten – strafprozessualen Polizeihaft eine verstärkte wissenschaftliche Aufmerksamkeit zuteilwerden.

Mit Blick auf die französische Entscheidung zugunsten eines *régime répressif* und die konventionsrechtliche Bedenklichkeit des Verhinderungsgewahrsams sollte schließlich die für das deutsche Sicherheitsrecht selbstverständliche Koexistenz strafprozessualer und polizeirechtlicher Freiheitsentziehungen kritischer hinterfragt werden. Obwohl vor dem Hintergrund der Nachteile des französischen Ansatzes

nicht pauschal zu einer Abschaffung des Sicherheitsgewahrsams geraten werden kann, sollte die Beziehung zwischen dieser präventivpolizeilichen Maßnahme und der strafprozessualen Festnahme nach § 127 StPO einer klareren Regelung zugeführt werden – auch um zu verhindern, dass die Polizeibeamten nach Belieben die Rechtsgrundlage auswählen und austauschen können.

3.

Abschließend sei noch einmal der Erkenntnis Ausdruck verliehen, in welchem beachtlichem Umfang der Ausnahmecharakter strafprozessualer Freiheitsentziehungen auch und gerade dank der eingangs skizzierten europarechtlichen Vorgaben in den vergangenen Jahrzehnten in beiden Ländern – vor allem in Frankreich – verschärft wurde. „Europäisches Haftrecht“ ist heute offenkundig bereits sehr viel mehr als der auf die Effizienz der Strafverfolgung bedachte Europäische Haftbefehl: Ein europäischer *habeas corpus* zeichnet sich am Horizont ab.

Literaturverzeichnis

- Achenbach, Hans*, Vorläufige Festnahme, Identifizierung und Kontrollstelle im Strafprozeß. JA 1981, 660–666.
- AFP, 103 supporters croates interpellés à Paris. LeFigaro.fr, 6.11.2012. Abrufbar unter: www.lefigaro.fr/flash-actu/2012/11/06/97001-20121106FILWWW00463-80-supporteurs-croates-interpelles-a-paris.php [Stand: 3/2015].
- Albrecht, Jobst*, Das Festnahmerecht jedermanns nach § 127 Abs. 1 StPO. Kiel 1970.
- Albrecht, Peter*, Die Untersuchungshaft eine Strafe ohne Schuldspruch? Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht. In: Andreas Donatsch u.a. (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag. Zürich 2002, S. 355–372.
- Albrechtskirchinger, Georg*, Neues zur Verfassungsgerichtsbarkeit in Frankreich. EuZW 2010, 402.
- Alix, Julie*, Les droits de la défense au cours de l'enquête de police après la réforme de la garde à vue: état des lieux et perspectives. D. 2011, 1699–1707.
- Allain, Emmanuelle*, L'assistance en garde à vue, un travail forcé? Anm. zu CE 28.12.2012. AJ Pén. 2013, 119.
- Réformes en cours: de l'enquête aux nouveaux droits de la défense. AJ Pén. 2014, 52–53.
 - Les nouveaux bouleversements à venir pour la procédure pénale. AJ Pén. 2014, 204–207.
 - Les nouveaux droits de la défense. AJ Pén. 2014, 261–263.
 - Le rapport de la mission Beaume sur l'enquête pénale. AJ Pén. 2014, 332–333.
 - L'audition du suspect libre. AJ Pén. 2014, 549–551
- Ambos, Kai*, Staatsanwaltschaftliche Kontrolle der Polizei, Verpolizeilichung des Ermittlungsverfahrens und organisierte Kriminalität. JURA 2003, 674–682.
- Ambroise-Castérot, Coralie/Bonfils, Philippe*, Procédure pénale. Paris 2011.
- Amelung, Knut*, Zur dogmatischen Einordnung strafprozessualer Grundrechtseingriffe. JZ 1987, 737–745.
- Die Entstehung des Grundrechtsschutzes gegen willkürliche Verhaftung. JURA 2005, 447–455.
- Anagnostopoulos, Ilias G.*, Haftgründe der Tatschwere und der Wiederholungsgefahr (§§ 112 Abs. 3, 112 a StPO). Frankfurt a.M. u.a. 1984.
- Anschütz, Gerhard*, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis. 14. Aufl. Berlin 1933.

- Aron, Matthieu*, Gardés à vue. Paris 2010.
- Asbrock, Bernd*, Hauptsache Haft! Hauptverhandlungshaft als neuer Haftgrund. StV 1997, 43–45.
- Der Richtervorbehalt – prozedurale Grundrechtssicherung oder rechtsstaatliches Trostpflaster? ZRP 1998, 17–19.
- Ascensi, Lionel*, L’effet dévolutif de l’appel dans le contentieux de la détention. Anm. zu Crim. 19.1.2010. AJ Pén. 2010, 195–197.
- Inconstitutionnalité de la réserve de contentieux de la détention par la chambre de l’instruction. Anm. zu C. const. 17.12.2010. AJ Pén. 2011, 140–141.
- Compatibilité de l’état de santé du mis en cause avec son audition. Anm. zu Crim. 25.10.2010. AJ Pén. 2012, 101–102.
- Délai pour statuer de l’article 221-3 du code de procédure pénale. Anm. zu Crim. 14.9.2011. AJ Pén. 2012, 229–230.
- Doit-on notifier le droit de se taire au mis en cause entendu librement? Anm. zu Crim 3.4.2013. AJ Pén. 2013, 411–413.
- Astaing, Antoine/Bastuck, Nicolas*, De la « géhenne de Florence » à la privation de sommeil en garde à vue. AJ Pén. 2009, 347–350.
- Athenont, Jean-Pierre*, Le contrôle judiciaire socio-éducatif. In: Alain Yagues/Noëlle Larrouy (Hrsg.), Les atteintes à la liberté de l’inculpé: Détention provisoire et Contrôle judiciaire. VIIe Congrès de la Section française de l’Association Internationale de Droit Pénal. Bordeaux 1985, S. 151–182.
- Aubert, Laura*, Plaidoyer pour une nouvelle approche de la détention avant jugement. RSC 2012, 454–468.
- Aubusson de Cavarlay, Bruno*, La détention provisoire: Mise en perspective et lacunes des sources statistiques. CESDIC. Bulletin d’information. Questions pénales. Juni 2006 – XIX.3, S. 1–4.
- Auffret, Loïc*, Convocation de l’avocat devant la chambre de l’instruction et changement de défenseur. Anm. zu Crim. 12.6.2013. AJ Pén. 2014, 38–39.
- Bäcker, Matthias*, Kriminalpräventives Strafrecht und polizeiliche Kriminalprävention. In: Peter Baumeister (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag. Berlin 2011, S. 331–354.
- Bahtiyar, Zarif/van Kalmthout, Anton/Knapen, Marije/Lambertina, Pamela/Morgenstern, Christine/Hofstee-van der Meulen, Femke/von Bergh, Marijke*, Introductory Summary. In: Anton van Kalmthout u.a. (Hrsg.), 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. Nijmegen 2009, S. 1–110.
- Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert* (Hrsg.), BGB. Beck’scher Online-Kommentar. 25. Aufl. München 2012.
- Banzer, Jürgen/Scherzberg, Thomas*, Elektronische Fußfessel als Alternative? ZRP 2009, 31.
- Bauer, Alain/Gaudin, Michel*, Livre blanc sur la sécurité publique, Paris 26.10.2011.

- Bauer, Steffen*, Verfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz in Frankreich. Baden-Baden 1998.
- Bauknecht, Gesine/Lüdicke, Lieselotte*, Das französische Strafgesetzbuch. Code pénal. In Kraft getreten am 1. März 1994. Deutsche Übersetzung. 2. Aufl. Berlin 2009.
- Baumann, Jürgen*, Wird die U-Haft „umfunktioniert“? JZ 1969, 134–139.
- Beauchamps, Anne*, Des garanties aux atteintes à la liberté individuelle. Diss. Nizza 2000.
- Beaume, Jacques*, Rapport sur la procédure pénale. Paris 2014.
- Beauvais, Pascal/Massé, Michel*, Questions prioritaires de constitutionnalité: Nouvelles perspectives. AJ Pén. 2011, 274–277.
- Beigbeder, Frédéric*, Ein französischer Roman. München 2012.
- Belfanti, Ludovic*, Présomption de contrainte à l'égard du mineur soupçonné conduit au commissariat par les forces de l'ordre. Anm. zu Crim. 6.11.2013. AJ Pén. 2014, 89–90.
- Belin, Pascale/Pons, Thierry*, Juge d'instruction et avocat: vous avez dit contradictoire? AJ Pén. 2007, 315–318.
- Belmadi, Tayeb*, « L'arrestation préventive », la nouvelle arme pour réprimer la contestation en Algérie. DNA-Algerie.com, 11.10.2011. Abrufbar unter: www.dna-algerie.com/enquete/1-arrestation-preventive-la-nouvelle-arme-pour-reprimer [Stand: 3/2015].
- Belloir, Philippe*, Les précisions utiles de la Chambre criminelle sur le régime juridique du référé-liberté. AJ Pén. 2013, 214–216.
- Inconstitutionnalité du délit de perception frauduleuse de prestations sociales. Anm. zu C. const. 28.6.2014. AJ Pén. 2013, 471–472.
 - Nouvelle consécration du droit à un recours juridictionnel en matière d'actes d'enquête. Anm. zu C. const. 11.4.2014. AJ Pén. 2014, 368–369.
- Benfer, Jost*, Voraussetzungen der Untersuchungshaft. JuS 1983, 110–114.
- Die „Jedermann-Bestimmung“ des § 127 I StPO. MDR 1993, 828–829.
- Beukelmann, Stephan*, Europäisierung des Strafrechts – Die neue strafrechtliche Ordnung nach dem Vertrag von Lissabon. NJW 2010, 2081–2086.
- Vernehmung um jeden Preis. NJW-Spezial 2014, 760–761.
- Baulke, Werner*, Muß die Polizei dem Beschuldigten vor der Vernehmung „Erste Hilfe“ bei der Verteidigerkonsultation leisten? NStZ 1996, 257–262.
- Empirische und normative Probleme der Verwendung neuer Medien in der Hauptverhandlung. ZStW 113 (2001), 709–742.
 - Strafprozessrecht. 12. Aufl. Heidelberg 2012.
- Baulke, Werner/Witzigmann, Tobias*, Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers in Fällen der Untersuchungshaft. NStZ 2011, 254–261.
- Bittmann, Folker*, Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts. NStZ 1982 2010, 13–17.

- Blachèr, Philippe*, Les sources constitutionnelles des libertés et droits fondamentaux. In: Serge Guinchard/Michèle Harichaux (Hrsg.), *Le grand oral: Protection des libertés et des droits fondamentaux*. 3 Aufl. Paris 2006, S. 77–142.
- Blechtschmidt, Peter*, Jung: Terror-Angriff löst Verteidigungsfall aus. *Sueddeutsche.de*, 19.5.2010. Abrufbar unter: www.sueddeutsche.de/politik/leitlinien-fuer-neue-sicherheits-politik-jung-terror-angriff-loest-verteidigungsfall-aus-1.884899 [Stand: 3/2015].
- Bleckmann, Albert*, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Untersuchungshaftbeschlüsse. *NJW* 1995, 2192.
- Boccon-Gibod, Didier*, Détention provisoire: le défaut de convocation de l'avocat régulièrement désigné au débat contradictoire organisé pour la prolongation de la détention provisoire est une cause réhabilitoire de l'irrégularité de la détention prolongée. *Anm. zu Crim.* 20.8.2014. *RSC* 2014, 799–800.
- Bohnert, Joachim*, Untersuchungshaft und einstweilige Unterbringung. *JR* 2001, 402–405.
- Bonis-Garçon, Évelyne*, La détention provisoire pour manquement au contrôle judiciaire. *JCP G* 2002, I, n° 159, 1502–1507.
- Boré, Jacques/Boré, Louis*, Cassation (Pourvoi en). In: Yves Mayaud (Hrsg.), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz. Paris 2013
- Borrendon, Laurent*, Une « retenue judiciaire » sans avocat pour les petits délits. *LeMonde.fr.*, 26.10.2011. Abrufbar unter: www.lemonde.fr/societe/article/2011/10/26/une-retenu-judiciaire-sans-avocat-pour-les-petits-delits_1593890_3224.html [Stand: 3/2015].
- Böse, Martin*, Rechtsschutz durch den EGMR. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden 2014, § 52 S. 937–949.
- Rechtsschutz durch den EuGH. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*. Baden-Baden 2011, § 54 S. 845–867.
- Boskovic, Olivera/Corneloup, Sabine/Jault-Seseke, Fabienne/Joubert, Natalie/Parrot, Karine*, Droit des étrangers et de la nationalité. Décembre 2011–Décembre 2012. *D.* 2013, 324–337.
- Boudot, Jean/Grazzini, Brice*, La réforme de la garde à vue à l'épreuve de la pratique. *AJ Pén.* 2012, 512–516.
- Bouloc, Bernard*, Les abus en matière de procédure pénale. *RSC* 1991, 221–260.
- Droit pénal général. 22. Aufl. Paris 2011.
- Procédure pénale. 23. Aufl. Paris 2012.
- Bouretz, Sophie*, La garde à vue. Paris 2005.
- Boyer-Capelle, Caroline*, Mesures d'ordre intérieur et actes de gouvernement: contours d'une injusticiabilité. In: Virginie Donier/Béatrice Lapérou-Scheneider (Hrsg.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*. Brüssel 2013, S. 61–72.
- Briand, Luc/Dubrocard, Michèle*, Pays: France. In: Commission européenne pour l'efficacité de la justice (Hrsg.), *Questionnaire pour évaluer les systèmes judiciaires 2011*. Abrufbar unter: www.coe.int/T/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/France_fr.pdf [Stand: 3/2015].

- Brocke, Holger/Heller, Frank Michael*, Das neue Untersuchungshaftrecht aus Sicht der Praxis – Zwischenbilanz nach einem Jahr. *StraFo* 2011, 1–9.
- Brodowski, Dominik*, Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick. *ZIS* 2010, 376–386.
- Buisson, Jacques*, Contrôles, vérifications et relevés d'identité. Contrôles et relevés d'identité. In: Henri Angevin/André Decocq (Hrsg.), *JurisClasseur Procédure pénale* (LexisNexis), Art. 78-1 à 78-6, Fasc. 10, Cote: 01,2009. Paris 2008. Letzte Aktualisierung: 15.5.2013.
- Le placement en garde à vue. *RSC* 2001, 671–675.
 - La détention après la garde à vue. *RSC* 2005, 381–384.
 - Collégialité de l'instruction. *Procédures* 2013, Comm. n° 321.
 - Droit à l'interprétation et à la traduction. *Procédures* 2013, Comm. 357.
 - Détention provisoire: convocation de l'avocat du mis en examen. *Anm. zu Crim.* 25.2.2014. *Procédures* 2014, Comm. n° 124.
 - Détention provisoire: l'organisation de la vie en détention. *Anm. zu C. const.* 25.4.2014. *Procédures* 2014, Comm. n° 182.
 - Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Consolidation de ses missions. *Procédures* 2014, Comm. n° 213.
 - Droit à l'information. *Procédures* 2014, Comm. n° 214.
 - Détention: organisation et régime. *Procédures* 2014, Comm. n° 218.
- Bülte, Jens*, § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO als Eingriffsbefugnis für den Bürger und als Rechtfertigungsgrund. *ZStW* 121 (2009), 377–415.
- Bung, Jochen*, Objektiv unzulässiger oder intentionaler Zwang als Voraussetzung eines Beweisverwertungsverbots nach § 136 a Abs. 3 S. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 StPO. *StV* 2008, 495–499.
- Burhoff, Detlef*, *Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren*, 5. Aufl. Münster 2010.
- Busse, Ulrike*, *Frühe Strafverteidigung und Untersuchungshaft. Eine empirische Studie.* Göttingen 2008.
- Cahn, Olivier*, Procès équitable: la Chambre criminelle tend à nouveau les verges à la Cour européenne des droits de l'homme. *Anm. zu Crim.* 3.9.2014. *AJ Pén.* 2014, 577–581.
- Camous, Eric*, Assignation à résidence sous surveillance électronique. In: Henri Angevin/André Decocq (Hrsg.), *JurisClasseur Procédure pénale* (LexisNexis), Art. 137 à 140, Fasc. 40, Cote 01, 2011. Paris. Stand: 15.11.2010. Letzte Aktualisierung: 5.2.2013.
- Canivet, Guy/Joly-Hurard, Julie*, La responsabilité des juges, ici et ailleurs. *RIDC* 4 (2006), 1049–1093.
- Carbasse, Jean-Marie*, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*. 2. Aufl. Paris 2006.
- Carbonnier, Jean*, *Instruction criminelle et liberté individuelle*. Paris 1939.

- Cardet, Christophe*, L'incontrôlable contrôle judiciaire « socio-éducatif »? D. 2002, 1221–1224.
- Caron, Danièle*, Détention provisoire. In: Henri Angevin/André Decocq (Hrsg.), *JurisClasseur Procédure pénale* (LexisNexis), Art. 137 à 150, Fasc. 30: Contrôle judiciaire et détention provisoire, Cote: 05,2007. Paris 2007. Letzte Aktualisierung: 5.2.2013.
- Casile-Hugues, Geneviève*, Abus d'autorité. In: Yves Mayaud (Hrsg.), *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale* Dalloz. Paris 2005. Letzte Aktualisierung: März 2013.
- Casorla, Francis*, La garde à vue en droit français. In: Jean Pradel (Hrsg.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*. Paris 1992, S. 51–56.
- La détention provisoire en droit français. In: Jean Pradel (Hrsg.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*. Paris 1992, S. 175–181.
- Les mesures restrictives de liberté en droit français. In: Jean Pradel (Hrsg.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*. Paris 1992, S. 319–325.
- De quelques éléments relatifs à la détention avant jugement: Introduction générale. In: Piet Hein van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law. Détention avant jugement. Droits de l'homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé*. Cambridge u.a. 2012, S. 99–119.
- Cédras, Jean*, La constitutionnalisation de la procédure pénale en France et aux Etats-Unis. RIDP 82 (2011), 445–456.
- Céré, Jean-Paul*, Le nouveau droit pénitentiaire et le respect du droit européen. Esquisse de comparaison. AJ Pén. 2009, 476–482.
- Cerf, Agnès*, La loi du 5 mars 2007 et les infractions de prévention: l'exemple du délit d'embuscade et de sa déclinaison, le guet-apens. CRDF 2007, 141–148.
- Chalus, Delphine*, La dialectique « avec – droit au silence » dans la manifestation de la vérité judiciaire en droit pénal comparé. RJT 43 (2009), 325–366.
- Chambon, Pierre*, La loi n° 89-461 du 6 juillet 1989 modifiant le Code de procédure pénale et relative à la détention provisoire: analyse et réflexions. JCP G 1989, I, n° 3417.
- Chambon, Pierre/Guéry, Christian*, *Droit et pratique de l'instruction préparatoire*. Juge d'instruction, Chambre de l'instruction. 7. Aufl. Paris 2009.
- Chapuisat, Louis-Jérôme*, Internement administratif. In: *Encyclopaedia Universalis 2012* (online). Abrufbar unter: www.universalis.fr/encyclopedie/internement-administratif [Stand: 3/2015].
- Chariot, Patrick*, Pratiques médicales en garde à vue en France. In: Patrick Chariot (Hrsg.), *L'intervention du médecin en garde à vue*. Paris 2006, S. 11–16.
- Chariot, Patrick/Boraud, Cyril*, L'intervention du médecin en garde à vue: le chemin sinueux vers une harmonisation des pratiques. AJ Pén. 2008, 265–268.
- Chariot, Patrick/Briffa, Hugo/Lepresle, Aude*, Intervention du médecin en garde à vue: Contenu du certificat médical et de ses à-côtés. AJ Pén. 2012, 521–526.
- Charrière-Bournazel, Christian*, La réforme de la garde à vue: L'avis d'un avocat. Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16374, 2528–2533.

- Chavent-Leclère, Anne-Sophie*, La privation de liberté suite à mandats est presque constitutionnelle. Constitutionnalité des mandats d'arrêts et d'amener. Anm. zu C. const. 24.6.2011, Procédures 2011, Comm. n° 276.
- Décider de la détention provisoire n'est pas juger. Anm. zu Crim. 28.3.2012. Procédures 2012, Comm. n° 190.
 - Le revirement à propos du régime des nullités en garde à vue. Anm. zu Crim. 14.2.2012. Procédures 2012, Comm. n° 127.
 - L'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière de terrorisme relativement à la désignation imposée de l'avocat. Anm. zu C. const. 17.2.2012, Procédures 2012, Comm. n° 126.
 - Question prioritaire de constitutionnalité et criminalité organisée. Anm. zu Crim. 18.1.2012. Procédures 2012, Comm. n° 85.
 - Condamnation de la France pour la durée d'une détention provisoire. Anm. zu EGMR 3.10.2013. Procédures 2013, Comm. n° 356.
 - La renonciation à la présence de l'avocat en garde à vue est révocable à tout moment. Anm. zu Crim. 5.11.2013. Procédures 2014, Comm. n° 23.
 - Le recours contre le refus de retranscription des questions posées par l'avocat. Anm. zu Crim. 20.11.2013. Procédures 2014, Comm. n° 24.
 - L'impossibilité d'entendre librement un mineur mis en cause sans le placer en garde à vue. Anm. zu Crim. 6.11.2013. Procédures 2014, Comm. n° 55.
 - La déloyauté de la sonorisation d'une geôle de garde à vue. Anm. zu Crim. 7.1.2014. Procédures 2014, Comm. n° 83.
- Christl, Erik*, Europäische Mindeststandards für Beschuldigtenrechte. Zur Umsetzung der EU-Richtlinien über Sprachmittlung und Information im Strafverfahren. NSz 2014, 376–384.
- Cimamonti, Sylvie*, La détention provisoire injustifiée. In: Raymond Gassin (Hrsg.), Mélanges offerts à Raymond Gassin. Sciences pénales & sciences criminologiques. Aix-en-Provence u.a. 2007, S. 147–187.
- Clavarie-Rousset, Charlotte*, La légalité criminelle. Dr. pén. 2011, Etude n° 16.
- Clerc, Olivier*, Le juge des libertés et de la détention et la loi du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16376, 2539–2542.
- Colomb, Coralie*, Nullité de la détention provisoire. AJ Pén. 2005, 185–186.
- Constantinico, Vlad/Pierré-Caps, Stéphane*, Droit constitutionnel. 5. Aufl. Paris 2011.
- Conte, Philippe*, Une juridiction de jugement n'a pas à vérifier si la garde à vue a bien été décidée « pour les nécessités de l'enquête ». Anm. zu Crim. 4.1.2005. JCP G 2005, 2322–2325.
- Coujard, Dominique*, Justice: les leçons données à la France par l'Europe. LeMonde.fr, 16.12.2010. Abrufbar unter: www.lemonde.fr/idees/article/2010/12/16/justice-les-lecons-donnees-a-la-france-par-l-europe_1453979_3232.html [Stand: 3/2015].
- Courtin, Christine*, L'enregistrement audiovisuel des interrogatoires du suspect. AJ Pén. 2010, 490–494.

- Courtin, Christine*, Inconstitutionnalité du défaut d'enregistrement des interrogatoires en matière de criminalité organisée. Anm. zu C. const. 6.4.2012. D. 2012, 1376–1380.
- Cras, Steven/De Matteis, Luca*, The Directive on the Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings. Genesis and Description. eucrim 2010, 153–162.
- The Directive on the Right to Information. Genesis and Short Description. eucrim 2013, 22–32.
- Creifelds, Carl*, Die Begründung des Haftbefehls nach dem Strafprozess-Änderungsgesetz. NJW 1965, 946–951.
- Dahs, Hans*, Recht und Unrecht der Untersuchungshaft. NJW 1959, 505–511.
- Untersuchungshaft wegen „erkennbarer Absicht“ der Verdunkelung. Zur Auslegung des § 112 Abs. 2 a–c n.F. StPO. NJW 1965, 889–893.
- Danet, Jean*, Le droit pénal et la procédure pénale sous le paradigme de l'insécurité. APC 25 (2003), 37–69.
- Les nullités: un contrôle efficace de la procédure? Brèves remarques sur la typologie et la mise en oeuvre des nullités. AJ Pén. 2005, 133–139.
- Le nouvel alinéa de l'article préliminaire du code de procédure pénale nous prémunit-il des erreurs judiciaires? AJ Pén. 2011, 331–334.
- Le recours à la visioconférence en matière de détention provisoire, la fin annoncée d'une jurisprudence complaisante au souci de gestion? Anm. zu Crim. 2.3.2011 und 7.12.2010. RSC 2011, 419–421.
- Principe de loyauté des preuves et sonorisation de cellules de garde à vue. Anm. zu Crim. 7.1.2014. RSC 2014, 130–135.
- Une enquête de flagrant délit non prolongée ne peut se poursuivre que sous la forme d'une enquête préliminaire. Anm. zu Crim. 18.12.2013. RSC 2014, 136–137.
- Le mineur « auditionné » sans notification de ses droits et le « faisceau d'indices de la conscience qu'il avait de ses droits » ou du mauvais usage du « complexe du homard » en procédure pénale. Anm. zu Crim. 6.11.2013. RSC 2014, 138–139.
- Danlos, Benjamin*, De quelques contre-vérités sur la jurisprudence de la CEDH en matière pénale. AJ Pén. 2014, 404–407.
- Daoud, Emmanuel/Mercinier, Emmanuel*, Garde à vue: la French touch. AJ Pén. 2008, 269–273.
- Daoud, Emmanuel/Rennuit-Alezra, Léa*, Le droit à un interprète: la consécration d'un nouveau droit. AJ Pén. 2013, 527–530.
- Daury-Fauveau, Morgane*, La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes. In: Jacques-Henri Robert (Hrsg.), Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert. Paris 2012, S. 179–189.
- De Bondt, Wendy/Vermeulen, Gert*, The Procedural Rights Debate. A Bridge Too Far or Still Not Far Enough? eucrim 2010, 163–167.

- de Charette, Laurence*, L'Intérieur s'alarme de la baisse des gardes à vue. Le Figaro.fr, 24.7.2011. Abrufbar unter: www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/07/24/01016-20110724ARTFIG00167-l-interieur-s-alar-me-de-la-baisse-des-gardes-a-vue.php [Stand: 3/2015].
- de Combles de Nayves, Pierre*, Instruction préparatoire – Nullité de la mise en examen et droits de la défense. Anm. zu Crim. 2.6.2010. AJ Pén. 2011, 85.
- En garde à vue, la désignation de l'avocat peut se faire à tout moment. Anm. zu Crim. 5.11.2013. AJ Pén. 2014, 90–91.
 - Sauf en matière terroriste. Anm. zu Crim. 21.5.2014. AJ Pén. 2014, 528–530.
- de Combles de Nayves, Pierre/Mercinier, Emmanuel*, Comparutions immédiates: La défense in situ. AJ Pén. 2011, 18–22.
- de Lamy, Bertrand*, Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Cah. C. const. 26 (2009), 16–20.
- Debré, Jean-Louis*, Les premières questions prioritaires devant le Conseil constitutionnel. Discours du Président du Conseil constitutionnel. Aix-en-Provence, 26.11.2010. Abrufbar unter: www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/discours_interventions/2010/jldebre_Aix-en_Provence.pdf [Stand: 3/2015].
- Deckers, Rüdiger*, Verteidigung beim ersten Zugriff der Polizei. NJW 1991, 1151–1158.
- Verteidigung in Haftsachen. NJW 1994, 2261–2266.
 - Einige Bemerkungen zum Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29.7.2009, das am 1.1.2010 in Kraft tritt. StraFo 2009, 441–445.
- Decocq, André/Montreuil, Jean/Buisson, Jacques*, Le droit de la police. 2. Aufl. Paris 1998.
- Deferrard, Fabrice*, Le suspect dans le procès pénal. Paris 2005.
- Degener, Wilhelm*, Zwei Anmerkungen zum „strafprozessualen Beschleunigungsgebot“. In: Wilhelm Degener/Michael Heghmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag. Tübingen 2012, S. 23–51.
- Delage, Pierre-Jérôme*, La sanction des nullités de la garde à vue: De la sanction juridictionnelle à la « sanction parquétière ». APC 28 (2006), 135–152.
- Vers une harmonisation jurisprudentielle en matière de nullités de la garde à vue. D. 2010, 245–247.
- Delmas Saint-Hilaire, Jean-Pierre*, Le principe de la légalité en matière d'atteinte à la liberté de l'inculpé. In: Alain Yagues/Noëlle Larrouy (Hrsg.), Les atteintes à la liberté de l'inculpé: Détention provisoire et Contrôle judiciaire. VIIe Congrès de la Section française de l'Association Internationale de Droit Pénal. Bordeaux 1985, S. 12–30.
- Sans nécessité, loi pénale ne vaut. Heurs et malheurs du principe de la légalité des délits et des peines (suite). Politeia 2004, 113–124.
- Delmas-Marty, Mireille*, Les grands systèmes de politique criminelle. Paris 1992.
- La mise en état des affaires pénales. Rapport de la Commission Justice pénale et Droits de l'homme. Paris 1991.

- Dencker, Friedrich*, Zum Geständnis im Straf- und Strafprozessrecht. ZStW 102 (1990), 51–79.
- Denninger, Erhard* u.a. (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Reihe Alternativkommentare. Loseblatt-Ausgabe. 3. Aufl. 2. Ergänzungslieferung. Neuwied u.a. 2002.
- Denninger, Erhard/Rachor, Frederik* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz. 5. Aufl. München 2012.
- Dervieux, Valérie*, The French system. In: Mireille Delmas-Marty/John R. Spencer (Hrsg.), European criminal procedures. Cambridge 2002, S. 218–291.
- Desportes, Frédéric/Lazerges-Cousquer, Laurence*, Traité de procédure pénale. Paris 2009.
- Traité de procédure pénale. 2. Aufl. Paris 2012.
- Desportes, Frédéric/Le Gunehec, Francis*, Droit pénal général. 16. Aufl. Paris 2009.
- Desprez, François*, Accès au dossier lors de la garde à vue: le risque d’une condamnation par la Cour européenne des droits de l’homme. D. 2012, 2640–2643.
- Dessecker, Axel*, Die Begrenzung langer Untersuchungshaft: eine Rechtsprechungsanalyse. HRRS 2007, 112–118.
- Detraz, Stéphane*, La retenue douanière des personnes: une anomalie persistante de la procédure pénale. Dr. pén. 2010, Dossier n° 4.
- Retenue douanière: formalités applicables et caractérisation de la contrainte. Anm. zu Crim. 10.4.2013. RSC 2013, 585–586.
- Di Marino, Gaetan*, La redistribution des rôles dans la phase préparatoire du procès pénal. In: Jean Pradel (Hrsg.), Le droit pénal à l’aube du troisième millénaire. Mélanges offerts à Jean Pradel. Paris 2006, S. 317–334.
- Dittmer, Antje*, Die vorläufige Festnahme gemäß § 127 Abs. 2 StPO. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung präventiven und repressiven polizeilichen Handelns. Baden-Baden 2003.
- Dolzer, Rudolf* u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz. Loseblattsammlung. Heidelberg 157. Lieferung 2012.
- Dornach, Markus*, Ist der Strafverteidiger aufgrund seiner Stellung als „Organ der Rechtspflege“ Mitgarant eines justizförmigen Strafverfahrens? NStZ 1995, 57–63.
- Doucet, Jean-Paul*, La détention préventive: mesure exceptionnelle? Commentaire de l’article 137 du Code de procédure pénale. Gaz. Pal. 1966, I, Doctrine, 130–135.
- Les infractions de prévention. Gaz. Pal. 1973, II, Doctrine, 764–767.
- Les familles d’infractions. RDPC 1975, 769–784.
- Doucet, Michel/Fleck, Klaus E.W.*, Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache. Dictionnaire juridique et économique, Band 1: Französisch–Deutsch. 5. Aufl. München 1997.
- Dourneau-Josette, Pascal*, Détention provisoire et contrôle judiciaire. In: Yves Mayaud (Hrsg.), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz. Paris 2008. Letzte Aktualisierung: März 2013.

- Dreyer, Emmanuel*, Le Conseil constitutionnel et la « matière » pénale. La QPC et les attentes déçues ... JCP G 2011, Etude n° 976, 1614–1621.
- Du Cheyron du Pavillon, A.*, L'indemnisation de la détention provisoire. In: Alain Yagues/Noëlle Larrouy (Hrsg.), Les atteintes à la liberté de l'inculpé: Détention provisoire et Contrôle judiciaire. VIIe Congrès de la Section française de l'Association Internationale de Droit Pénal. Bordeaux 1985, S. 130–150.
- Dumontet, Benoît*, L'avocat et la garde à vue: aspects pratiques et critiques. AJ Pén. 2004, 275–278.
- Dünkel, Frieder*, Praxis der Untersuchungshaft in den 90er Jahren – Instrumentalisierung strafprozessualer Zwangsmittel für kriminal- und ausländerpolitische Zwecke? StV 1994, 610–621.
- Deutschland/Germany. In: Frieder Dünkel/Jon Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug. International vergleichende Perspektiven zur Untersuchungshaft sowie zu den Rechten und Lebensbedingungen Untersuchungsgefangener. Waiting for Trial. International Perspectives on the Use of Pre-Trial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners, Band 1. Freiburg 1994, S. 67–129.
- Dünkel, Frieder/Vagg, Jon*, Vorwort. In: Frieder Dünkel/Jon Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug. International vergleichende Perspektiven zur Untersuchungshaft sowie zu den Rechten und Lebensbedingungen Untersuchungsgefangener. Waiting for Trial. International Perspectives on the Use of Pre-Trial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners, Band 1. Freiburg 1994, S. VII–XII.
- Duroché, Jean-Philippe/Pédron, Pierre*, Droit pénitentiaire, 2011.
- Dvorak, Heinz*, Unverzüglichkeit der Vorführung vor den zuständigen Richter – nur eine unverbindliche Empfehlung für die Behandlung vorläufig festgenommener Personen? StV 1983, 514–517.
- EGMR, Violations par article et par pays 1959–2014. Straßburg 31.12.2014.
- Eidam, Lutz*, Rechtsstaatswidrige Herbeiführung eines Geständnisses und eines Rechtsmittelverzichts. Anm. zu BGH, Urt. vom 16.9.2004. StV 2005, 201–204.
- Das Apokryphe an den apokryphen Haftgründen. Neue Dimensionen von versteckten Haftgründen im Strafprozess? HRRS 2013, 292–296.
- Eisenberg, Ulrich*, Beweisrecht der StPO. Spezialkommentar. 7. Aufl. München 2011.
- Jugendgerichtsgesetz, 16. Aufl. München 2013.
- Emmerig, Ernst*, Die Doppelfunktion der Polizei. DVBl. 1958, 338.
- Engelhart, Marc*, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance. Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf- und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA. Berlin 2010.
- Enzian, Rudolf*, Das richterliche und das staatsanwaltschaftliche Vorführungsrecht. JR 1975, 277–281.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), GG. Beck'scher Online-Kommentar. 17. Aufl. München 2013.

- Eser, Albin*, Aussagefreiheit und Beistand des Verteidigers im Ermittlungsverfahren. Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rechtsstellung des Beschuldigten. ZStW 79 (1967), 565–623.
- Entwicklung des Strafverfahrensrechts in Europa. Orientierung an polizeilicher Effektivität oder an rechtsstaatlichen Grundsätzen. ZStW 108 (1996), 86–127.
 - Funktionen, Methoden und Grenzen der Strafrechtsvergleichung. In: Hans-Jörg Albrecht u.a. (Hrsg.), Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht. Festschrift für Günther Kaiser zum 70. Geburtstag, Band 2. Berlin 1998, S. 1499–1529.
 - Konkurrierende nationale und transnationale Strafverfolgung – Zur Sicherung von „ne bis in idem“ und zur Vermeidung von positiven Kompetenzkonflikten. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014, § 36 S. 636–660.
- 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.
- Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Belehrungspflicht aus Artikel 36 WÜK. JR 2008, 271–279.
 - Garantien in der EU. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014, § 53 S. 950–988.
- Europarat, European Prison Rules. Empfehlung Rec (2006) 2 vom 11.1.2006.
- Bericht an die deutsche Regierung über den Besuch des Europäischen Ausschusses zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe in Deutschland (CPT) vom 20.11.–2.12.2005. Angenommen am 7.7.2007. Nichtamtliche Übersetzung aus dem Englischen. Strasbourg 28.7.2006. CPT (2006) 36.
- Europäische Kommission, Stärkung des gegenseitigen Vertrauens im europäischen Rechtsraum – Grünbuch zur Anwendung der EU-Strafrechtsvorschriften im Bereich des Freiheitsentzugs. Brüssel 14.6.2011. KOM(2011) 327 endg.
- Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger. 10.12.2009. ABl. C 115 vom 4.5.2010, S. 1–38.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Operativer Funktionalismus in der Strafrechtsvergleichung. In: Susanne Beck u.a. (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 43–67.
- Favoreu, Louis* (Begr.), Droit constitutionnel. 14. Aufl. Paris 2012.
- Favoreu, Louis/Philip, Loïc*, Les grandes décisions du Conseil constitutionnel. 15. Aufl. Paris 2009.
- Fayard, Marie-Claude*, Détention préventive et garde à vue en droit français. RDPC 1966/1967, 117–133.
- Feest, Johannes*, Pre-trial detention in Germany: Factual reduction and legal confusion. In: Piet Hein van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law. Détention avant jugement. Droits de l’homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé. Cambridge u.a. 2012, S. 391–412.
- Fezer, Gerhard*, Anm. zu BGH, Urt. vom 17.11.1989. JR 1991, 85–88.

- Anm. zu BGH, Urt. vom 21.6.1995. StV 1996, 77–79.
- Fortwirkungen des Einsatzes verbotener Vernehmungsmethoden, Anforderungen an Revisionsbegründung. Anm. zu BGH, Beschl. vom 20.12.1995. StV 1997, 57–59.
- Rechtsweg für Überprüfung der Art und Weise einer Durchsuchung. Anm. zu BGH, Beschl. vom 5.8.1998. NStZ 1999, 151–152.
- Ficara, Julien/Robert, Laurent*, L'article 143-1 du Code de procédure pénale « n'est pas applicable à la procédure de comparution immédiate ». Dr. pén. 2012, Etude n° 6.
- Filniez, Robert*, Détention provisoire – délai raisonnable – contrôle des motifs. Anm. zu Crim. 19.12.2006. RSC 2007, 328–331.
- Fischer, Frank O.*, Zur Zuständigkeitsverteilung und Transportart zwischen „nächstem“ und „zuständigem“ Richter nach den §§ 115, 115a StPO. NStZ 1994, 321–323.
- Foll, Olivier/Poinas, Jacques*, Garde à vue: la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010. Le point de vue du policier. RPDP 2010, 599–608.
- Forster, Susanne*, Freiheitsbeschränkungen für mutmaßliche Terroristen. Eine Analyse der Terrorismusgesetzgebung des Vereinigten Königreichs. Berlin 2010.
- Fourment, François*, L'arrestation, menace à la liberté individuelle, devant le droit français (de source nationale et internationale). Diss. Paris 1995. 2 Bände.
- Procédure pénale. Manuel 2011–2012. Orléans 2011.
- Franz, Otto*, Die kurzfristige Freiheitsentziehung durch die Polizei. NJW 1966, 240–241.
- Frister, Helmut*, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts. Berlin 1988.
- Fülber, Thorsten*, Die Hauptverhandlungshaft. Baden-Baden 2000.
- Gaede, Karsten*, Minimalistischer EU-Grundrechtsschutz bei der Kooperation im Strafverfahren. NJW 2013, 1279–1282.
- Gahide, Sophie/Lepresle, Aude/Boraud, Cyril/Mahindhoratep, Tiao S./Chariot, Patrick*, Reported assaults and observed injuries in detainees held in police custody. FSI 223 (2012), 184–188.
- Gallois, Julie*, Garde à vue: entre renonciation et prise de conscience de cette renonciation, il y a l'avocat. Anm. zu Crim. 14.12.2011. AJ Pén. 2012, 170–171.
- Référé-détention: l'intention de faire appel vaut appel ... mais pas pour tout. Anm. zu Crim. 8.10.2013. AJ Pén. 2014, 83–84.
- Appel d'une demande de mise en liberté: les précisions apportées par la Chambre criminelle. Anm. zu Crim. 9.4.2014. AJ Pén. 2014, 482–483.
- Garçon, Maurice*, Défense de la liberté individuelle. Paris 1957.
- Garrigos-Kerjean, Mariel*, La tendance sécuritaire de la lutte contre le terrorisme. APC 28 (2006), 189–213.
- Gaudemet, Yves*, Rapport du Groupe de travail sur les aspects constitutionnels et conventionnels de la réforme de la procédure pénale. Paris 2010.
- Gauze, Roland*, Enquête de flagrance. In: Yves Mayaud (Hrsg.), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz. Paris 2005. Letzte Aktualisierung: Januar 2013.

- Gebauer, Michael*, Die Rechtswirklichkeit der Untersuchungshaft in der Bundesrepublik Deutschland. Eine empirische Untersuchung zur Praxis der Haftanordnung und des Haftverfahrens. München 1987.
- Georget, Valérie*, Un an d’instruction préparatoire (octobre 2012–octobre 2013). Dr. pén. 2014, Chronique n° 1.
- Geppert, Klaus*, Vorläufige Festnahme, Verhaftung, Vorführung und andere Festnahmemarten. JURA 1991, 269–276.
- Gercke, Björn*, Der Haftgrund der Fluchtgefahr bei EU-Bürgern. StV 2004, 675–679.
- u.a. (Hrsg.), Heidelberg Kommentar zur StPO. 5. Aufl. Heidelberg u.a. 2012.
- Gergen, Thomas*, Der Einfluss des Code d’instruction criminelle in den deutschen Territorien. In: Heike Jung u.a. (Hrsg.), 200 Jahre Code d’instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d’instruction criminelle. Baden-Baden 2010, S. 40–59.
- Gieg, Georg*, Letzter Anlauf für eine gesetzliche Regelung von Verständigungen im Strafverfahren? GA 2007, 469–482.
- Gil-Robles, Alvaro*, Rapport du Commissaire aux droits de l’homme du Conseil de l’Europe sur le respect effectif des droits de l’homme en France suite à sa visite du 5 au 21 septembre 2005. CommDH(2006)2. Strasbourg 15.2.2006.
- Gindre, Emmanuelle*, Une réforme en urgence: La loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. RPDP 2011, 297–309.
- Girault, Carole*, Nullités de la garde à vue. AJ Pén. 2005, 140–143.
- Garde à vue: accès limité au dossier de procédure. Anm. zu Crim. 19.9.2012. D. 2012, 2246.
- De l’utilité du référé-détention ... Anm. zu Crim. 8.10.2013. AJ Pén. 2013, 681–682.
- Demande de mise en liberté: de la saisine effective de la chambre de l’instruction ... Anm. zu Crim. 3.6.2014. AJ Pén. 2014, 586–587.
- Giring, Joachim Friedrich*, Haft und Festnahme gemäß § 127 b StPO im Spannungsfeld von Effektivität und Rechtsstaatlichkeit. Berlin 2005.
- Giudicelli, André*, Garde à vue et rétention administrative. RSC 2001, 189–192.
- Comparution immédiate: le parquet n’a pas à prouver l’impossibilité de faire comparaître immédiatement le prévenu devant le tribunal correctionnel. RSC 2007, 120–121.
- Giudicelli, André/Juhász, Christina*, La « garde à vue » dans la législation autrichienne. RSC 2011, 59–68.
- Glaab, Kerstin*, Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung. Ein deutsch-französischer Vergleich. Frankfurt a.M. 2010.
- Glathaar, Wilfried*, Die Rechtsstellung der Polizei im französischen Ermittlungsverfahren. Marburg 1960.
- Gleß, Sabine*, Der Nemo tenetur-Grundsatz – ein Erbe Napoleons im deutschen, französischen und europäischen Recht. In: Heike Jung u.a. (Hrsg.), 200 Jahre Code d’instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d’instruction criminelle. Baden-Baden 2010, S. 79–90.

- Gogorza, Amane*, Arrestation et garde à vue: des fondements et de la régularité des interpellations pendant la phase policière. Dr. pén. 2012, Etude n° 23.
- Gonod, Pascale*, Das Polizei- und Sicherheitsrecht vor den Herausforderungen des Terrorismus. Eine französische Perspektive. In: Johannes Masing/Olivier Jouanjan (Hrsg.), Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation. Deutsch-Französische Gespräche zum Öffentlichen Recht. Tübingen 2008, S. 3–25.
- Gouvernement français, La France face au terrorisme. Livre blanc du Gouvernement sur la sécurité intérieure face au terrorisme. Paris 2006.
- Goy, Barbara*, Vorläufige Festnahme und grenzüberschreitende Nacheile. Zur Behandlung von Flagranten Fällen in Frankreich und Deutschland. Berlin 2002.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union. Band I–III. EUV/AEUV. 50. Ergänzungslieferung. München 2013.
- Graf, Jürgen Peter* (Hrsg.), Strafprozessordnung. Beck'scher Online-Kommentar. 15. Aufl. München 2012.
- Grebing, Gerhard*, Die Untersuchungshaft in Frankreich. Entwicklung, Praxis und Reform. Bonn 1974.
- Statistische Angaben über die Untersuchungshaft in Frankreich. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, S. 225–235.
- Griesbaum, Rainer/Wallenta, Frank*, Strafverfolgung zur Verhinderung terroristischer Anschläge – Eine Bestandsaufnahme. NStZ 2013, 369–379.
- Grote, Rainer/Marauhn, Thilo*, EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. Tübingen 2006.
- Grube, Andreas*, Gerichtlicher Rechtsschutz gegen Maßnahmen im Untersuchungshaftvollzug. StV 2013, 534–539.
- Grunvald, Sylvie*, A propos de l'élément matériel de l'infraction: Quelques questions de frontières. In: Reynald Ottenhof (Hrsg.), Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof. Paris 2006, S. 131–143.
- Guédon, Jean-Philippe*, Criminalité organisée et droit pénal. Paris 2002.
- Guérin, Olivier*, Contrôle par le juge du déroulement d'une garde à vue qui n'a pas excédé 24 heures. JCP G 2000, 2033–2037.
- Guerrin, Muriel*, L'accès au juge de la nullité de procédure pénale. In: Virginie Dornier/Béatrice Lapérou-Schneider (Hrsg.), L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit. Brüssel 2013, S. 610–618.
- Guéry, Christian*, La nouvelle définition de l'ordre public par la loi du 30 décembre 1996: un trouble exceptionnel persistant dix-sept ans après les faits... Anm. zu CA Douai 17.6.1997. D. 1997, Jurisprudence, 593–596.
- Mandats et suspects. AJ Pén. 2004, 356–360.
- L'avenir du suspect. AJ Pén. 2005, 232–235.
- Détention provisoire et culpabilité. D. 2006, 1556–1557.
- La loi du 5 mars 2007 et l'instruction préparatoire. AJ Pén. 2007, 105–112.

- Guéry, Christian*, Comparution immédiate. In: Yves Mayaud (Hrsg.), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz. Paris 2011.
- L'avenir du suspect (suite ...). AJ Pén. 2013, 459–462.
 - Détention provisoire. In: Yves Mayaud (Hrsg.), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz. Paris 2014.
 - Du bon usage des recours contre la mise en examen. AJ Pén. 2014, 283–287.
 - Réincarcération pour faits nouveaux: computation des délais. Anm. zu Crim. 30.4.2014. AJ Pén. 2014, 353–355.
- Guillaume, Marc*, Avec la QPC, le Conseil constitutionnel est-il devenu une Cour suprême? JCP G 2012, 1176–1186.
- Guinchard, Serge/Buisson, Jacques*, Procédure pénale. 6. Aufl. Paris 2010.
- Procédure pénale. 8. Aufl. Paris 2012.
- Guinchard, Serge/Harichaux, Michèle* (Hrsg.), Le grand oral: Protection des libertés et des droits fondamentaux. 3. Aufl. Paris 2006.
- Gundel, Jörg*, Die „question prioritaire de constitutionnalité“ vor dem EuGH: Unionsrechtliche Vorgaben für die Koordination nationaler Vorlagepflichten mit Art. 267 AEUV und dem Vorranganspruch des EU-Rechts. Anm. zu EuGH, 22.6.2010. EuR 2012, 213–230.
- Gusy, Christoph*, Polizeiliche Befragung am Beispiel des § 9 NRWPolG. NVwZ 1991, 614–620.
- Freiheitsentziehung und Grundgesetz. NJW 1992, 457–463.
- Guyon, Gérard*, L'information criminelle et la détention avant jugement du moyen-âge au XVIIIe siècle. In: Alain Yagues/Noëlle Larrouy (Hrsg.), Les atteintes à la liberté de l'inculpé: Détention provisoire et Contrôle judiciaire. VIIe Congrès de la Section française de l'Association Internationale de Droit Pénal. Bordeaux 1985, S. 48–75.
- Hahne, Meo-Micaela/Munzig, Jörg* (Hrsg.), FamFG. Beck'scher Online-Kommentar. 8. Aufl. München 2013.
- Hamon, Clotilde*, Seize heures de garde à vue pour les 67 manifestants du « camping pour tous », famillechretienne.fr, 15.4.2013. Abrufbar unter: www.famillechretienne.fr/politique-societe/politique/seize-heures-de-garde-a-vue-pour-les-67-manifestants-du-camping-pour-tous-18914 [Stand: 3/2015].
- Hamon, Francis/Troper, Michel*, Droit constitutionnel. 29. Aufl. Paris 2005.
- Hannich, Rolf* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK. 6. Aufl. München 2008.
- Hantel, Peter*, Der Begriff der Freiheitsentziehung in Art. 104 Abs. 2 GG. Berlin 1988.
- Hassemer, Winfried*, Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft. StV 1984, 38–42.
- Sicherheit durch Strafrecht. HRRS 2006, 130–143.
- Heidebach, Martin*, Der polizeiliche Präventivgewahrsam auf konventionsrechtlichem Prüfstand. NVwZ 2014, 554–558.

- Heinrich, Bernd*, Rügepflichten in der Hauptverhandlung und Disponibilität strafverfahrensrechtlicher Vorschriften. ZStW 112 (2000), 398–428.
- Die Grenzen des Strafrechts bei der Gefahrprävention. Brauchen oder haben wir ein „Feindstrafrecht“? ZStW 121 (2009), 94–130.
- Hélie, Faustin*, Traité de l’instruction criminelle ou Théorie du Code d’instruction criminelle. Tome IVe. De l’instruction écrite. Paris 1866.
- Heliot, Armelle*, Pièce perturbée à Paris: 220 arrestations. Le Figaro.fr., 26.10.2011. Abrufbar unter: www.lefigaro.fr/theatre/2011/10/26/03003-20111026ARTFIG00699-paris-des-violences-au-nom-du-christplace-du-chatelet.php [Stand: 3/2015].
- Hellmann, Uwe*, Die Hauptverhandlungshaft gem. § 127b StPO. NJW 1997, 2145–2149.
- Hengsberger, Hermann*, Untersuchungshaft und Strafprozeßänderungsgesetz. JZ 1966, 209–214.
- Henrion, Hervé*, La nature juridique de la présomption d’innocence. Comparaison franco-allemande. Montpellier 2006.
- Henrion, Hervé/Nitschmann, Kathrin*, Die französische „garde à vue“ – eine Fallstudie zu Packers Theorie von „crime control model“ und „due process model“. ZStW 115 (2003), 958–982.
- Herrmann, Joachim*, Das Recht des Beschuldigten, vor der polizeilichen Vernehmung einen Verteidiger zu befragen – Der BGH spricht mit gespaltener Zunge. NStZ 1997, 209–212.
- Herzog-Evans, Martine*, Garde à vue: de l’interprétation souveraine des juges du fond à l’interprétation exclusive des OPJ. AJ Pén. 2005, 409–410.
- Droit pénitentiaire 2012–2013. 2. Aufl. Paris 2012.
- Heydenreich, Carl W.*, Die Beiordnung des Pflichtverteidigers nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO – Der schwierige Versuch einer statistischen Erfassung. StV 2011, 700–704.
- Hochmayr, Gudrun*, Elektronisch überwachter Hausarrest. Gegenwart und Zukunft in Deutschland und Österreich. NStZ 2013, 13–19.
- Hodgson, Jacqueline*, The detention and interrogation of suspects in police custody in France. A comparative account. EJC 2004, 163–199.
- Hofmann, Hasso*, Die Grundrechte 1789–1949–1989. NJW 1989, 3177–3187.
- Hörich, Carsten/Bergmann, Marcus*, Das Ende der Strafbarkeit des illegalen Aufenthalts? NJW 2012, 3339–3344.
- Hourquebie, Fabrice*, Article 66. In: François Luchaire u.a. (Hrsg.), La Constitution de la République française. Analyse et commentaires. 3. Aufl. Paris 2009, S. 1553–1569.
- HRW, Preempting Justice. Counterterrorism Laws and Procedures in France. New York 2008.
- Huenerfeld, Peter*, La garde à vue en République fédérale d’Allemagne. In: Jean Pradel (Hrsg.), Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé. Paris 1992, S. 89–97.
- La détention provisoire en République fédérale d’Allemagne. In: Jean Pradel (Hrsg.), Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé. Paris 1992, S. 233–245.

- Huenerfeld, Peter*, Les mesures restrictives de liberté en République fédérale d'Allemagne. In: Jean Pradel (Hrsg.), Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé. Paris 1992, S. 363–374.
- Hufen, Friedhelm*, Entstehung und Entwicklung der Grundrechte. NJW 1999, 1504–1510.
– Verwaltungsprozessrecht. 8. Aufl. München 2011.
- Hurpy, Hélène*, L'évolution de la notion de mesure privative de liberté. Association Française de Droit Constitutionnel. VIIe Congrès français de droit constitutionnel. Atelier 8: Constitution, droits et devoirs. Paris, 25–27.9.2008. Abrufbar unter: www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC8/HurpyTXT.pdf [Stand: 3/2015].
- Ignor, Alexander/Matt, Holger/Weider, Hans-Joachim*, Verständigung im Strafverfahren. In: Gunter Widmaier (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung. München 2006, § 13.
- Isensee, Josef*, Bundesverfassungsgericht – quo vadis? JZ 1996, 1085–1093.
- Itin, Marco*, Grundrechte in Frankreich. Zürich 1992.
- Jahn, Matthias*, Heimliches Abhören im Besuchsraum einer Justizvollzugsanstalt. Anm. zu BGH, Urt. vom 29.4.2009. JuS 2009, 861–863.
– Untersuchungshaft und frühe Strafverteidigung im zweiten Jahrzehnt des 21. Jahrhunderts. Die Neuregelung der Pflichtverteidigerbeordnung durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts. In: Klaus Bernsmann/Thomas Fischer (Hrsg.), Festschrift für Ruth Rissing-van Saan zum 65. Geburtstag am 25. Januar 2011. Berlin u.a. 2011, S. 275–299.
- Jakobs, Günther*, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht. HRRS 2004, 88–95.
- Jehle, Jörg-Martin*, Untersuchungshaft zwischen Unschuldsumutung und Wiedereingliederung. Ein empirischer Beitrag zur Ausgestaltung des Untersuchungshaftvollzugs unter besonderer Berücksichtigung kriminalpolitischer Reformvorstellungen. München 1985.
– Strafrechtspflege in Deutschland. 5. Aufl. Berlin 2009.
– Entwicklungen der Untersuchungshaft aus rechtstatsächlicher und rechtspolitischer Perspektive. In: Dieter Dölling/Bernd Götting (Hrsg.), Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinrich Schöch zum 70. Geburtstag am 20.8.2010. Berlin 2010, S. 839–856.
- Jescheck, Hans-Heinrich*, Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung. Antrittsrede. Tübingen 1955.
– Vorwort. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, S. 5–8.
– Rechtsvergleichung als Grundlage der Strafprozeßreform. ZStW 86 (1974), 761–782.
– La réforme de la détention préventive en Allemagne et en France. In: Marc Ancel (Hrsg.), Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel. Band 2. Paris 1975, S. 387–402.
- Jescheck, Hans-Heinrich/Krümpelmann, Justus*, Die Untersuchungshaft in rechtsvergleichender Darstellung. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, S. 929–999.

- Jimeno-Bulnes, Mar*, The EU Roadmap for Strengthening Procedural Rights of Suspected or Accused Persons in Criminal Proceedings. eucrim 2009, 157–161.
- Joecks, Holger/Miebach, Wulf* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB. 1. Aufl. Band 4: §§ 263–358 StGB, §§ 1–8, 105, 106 JGG. München 2006.
- Münchener Kommentar zum StGB, Band 2: §§ 38–79b. 2. Aufl. München 2012. Band 4: §§ 185–262 StGB. München 2012.
- Jung, Heike*, Grundfragen der Strafrechtsvergleichung. JuS 1998, 1–7.
- „Garde a vue“: Ein „Filmklassiker“ zum Ermittlungsverfahren. In: Cornelius Prittwitz u.a. (Hrsg.), Festschrift für Klaus Lüderssen. Zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002. Baden-Baden 2002, S. 891–897.
- Der Untersuchungsrichter – ein Nachruf? In: Reinhard Moos u.a. (Hrsg.), Strafprozessrecht im Wandel. Festschrift für Roland Miklau zum 65. Geburtstag. Innsbruck u.a. 2006, S. 229–237.
- Jung, Heike/Kopf, Stephanie/Stuckenberg, Carl-Friedrich*, „Les investigations policières“ / Polizeiliche Ermittlungen im deutsch-französischen Rechtsvergleich – ein Tagungsbericht. GA 2011, 531–536.
- Kaiser, Günther/Rebmann, Matthias*, Genügen die deutschen Regelungen zur Rolle des Arztes bei der Vorbeugung von Mißhandlungen durch Polizei und Strafvollzugspersonal den europäischen Anforderungen? NStZ 1998, 105–112.
- Kapp-Schwoerer, Ulrich*, Der politische Strafprozess in Frankreich. Freiburg 1973.
- Karamuntzos, Anastasius*, Die vorläufige Festnahme bei Flagrantdelikten. Bonn 1954.
- Kargl, Walter*, Inhalt und Begründung der Festnahmebefugnis nach § 127 I StPO. NStZ 2000, 8–15.
- Kazele, Norbert*, Untersuchungshaft. Ein verfassungsrechtlicher Leitfaden für die Praxis. Baden-Baden 2008.
- Änderungen im Recht der Untersuchungshaft. NJ 2010, 1–6.
- Keine Geltung des § 119 StPO für Untersuchungshaft in Niedersachsen. Anm. zu OLG Celle, Beschl. vom 9.2.2010. StV 2010, 258–261.
- Killmann, Bernd-Roland*, Systematisierung. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014, § 11 S. 294–302.
- Kindhäuser, Urs* u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar. 4. Aufl. Baden-Baden 2013.
- Kleinknecht, Theodor/Müller, Hermann/Reitberger, Leonhard* (Begr.), KMR-Kommentar zur Strafprozessordnung. Loseblattwerk. 60. Ergänzungslieferung. Neuwied u.a. 2011.
- Knapen, Marije/van der Linden, W.A.M.*, Chapter 10 France. In: Anton van Kalmthout u.a. (Hrsg.), 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. Nijmegen 2009, S. 357–385.
- Knauer, Christoph*, Untersuchungshaft und Beschleunigungsgrundsatz. StraFo 2007, 309–315.

- Knauer, Florian/Reinbacher, Tobias*, Zur Erweiterung der Untersuchungshaftgründe gemäß § 112 a Abs. 1 Nr. 1 StPO durch das Gesetz zur Strafbarkeit beharrlicher Nachstellungen. StV 2008, 377–381.
- Knauth, Alfons*, Ruht der Fristenlauf des § 122a StPO während der Hauptverhandlung? DRiZ 1978, 337–338.
- Koch, Hans-Georg* (Hrsg.), Wegsperrern? Freiheitsentziehende Maßnahmen gegen gefährliche, strafrechtlich verantwortliche (Rückfall-)Täter. Internationaler Vergleich. Kriminologische Perspektiven. Berlin 2011.
- Koch, Karsten*, Noch einmal: Zuständigkeitsverteilung und Transportart nach den §§ 115, 115a StPO. NSTZ 1995, 71–73.
- Kohler, Eva*, Beschleunigte Strafverfahren im deutschen und französischen Recht. Berlin 2001.
- Köhne, Michael*, Die gesetzlichen Regelungen des Untersuchungshaftvollzugs. JR 2011, 198–202.
- König, Stefan*, Untersuchungsgefangene bekommen mehr Rechte. AnwBl 2010, 50–51.
– Zur Neuregelung der haftrichterlichen Zuständigkeiten in § 119 StPO. NSTZ 2010, 185–190.
- Kramer, Bernhard*, „Jedermann“ nach § 127 Abs. 1 StPO: Staatsanwälte und Polizeibeamte? MDR 1993, 111.
- Kreicker, Helmut*, Strafrechtliche Garantien der EMRK. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014, § 51 S. 903–936.
- Krekeler, Wilhelm*, Zum Haftgrund der Verdunkelungsgefahr, insbesondere bei Wirtschaftsdelikten. wistra 1982, 8–10.
- Kropp, Christian*, Rechtswidrigkeit des gegenwärtigen Gefangenentransports. ZRP 2005, 96–98.
- Krümpelmann, Justus*, Statistische Angaben über die Untersuchungshaft in der Bundesrepublik. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, S. 82–93.
- Krey, Volker*, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I). JZ 1978, 361–368.
- Kühne, Hans-Heiner*, Die Definition des Verdachts als Voraussetzung strafprozessualer Zwangsmaßnahmen. NJW 1979, 617–622.
– Strafprozessrecht. Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts. 8. Aufl. Heidelberg u.a. 2010.
- Lacaze, Marion*, Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal. Paris 2010.
- Lackner, Karl/Kühl, Kristian*, Strafgesetzbuch. Kommentar. 27. Aufl. München 2011.
- Lambert, Louis*, Précis de police judiciaire selon le nouveau code comparé à l'ancien. Lyon 1959.
- Lasserre Capdeville, Jérôme*, Précisions sur le régime de la détention provisoire en matière de comparution immédiate. Anm. zu Crim. 9.5.2012. AJ Pén. 2012, 486–487.

- Description succincte de la réforme de la garde à vue. *Gaz. Pal.* 2011, Colloque n° 16350, 2516–2522.
- Point de départ du délai pour statuer sur une demande de mise en liberté. *Anm. zu Crim.* 4.5.2011. *AJ Pén.* 2011, 470–471.
- Incidence d'une ordonnance de non-lieu sur le contrôle judiciaire. *Anm. zu Crim.* 24.4.2013. *AJ Pén.* 2013, 546–547.
- Laumont, Jean-Luc*, La réforme de la garde à vue: L'avis d'un officier de police judiciaire. *Gaz. Pal.* 2011, Colloque n° 16419, 2547–2549.
- Lavric, Sabrina*, Garde à vue: information sur le droit de se taire. *Anm. zu Crim.* 17.1.2012. *D.* 2012, 503.
- Durée excessive d'une détention provisoire: nouvelle condamnation de la France. *Anm. zu EGMR* 3.10.2013. *AJ Pén.* 2014, 36–37.
- Lazerges, Christine*, Rapport sur le projet de loi renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes. Première Partie: Introduction, auditions, examen des articles. Assemblée nationale n° 1079. Paris 11.3.1999.
- La dérive de la procédure pénale. *RSC* 2003, 644–654.
- Le Calvez, Jacques*, L'article 80-1, alinéa 1er, du code de procédure pénale et la nullité de la mise en examen. *D.* 2002, 2277–2279.
- Le Coz, Nicolas*, L'audition des personnes soupçonnées dans les enquêtes pénales. Retour sur certaines modifications du code de procédure pénale issues de la loi du 27 mai 2014. *AJ Pén.* 2014, 320–324.
- Leblois-Happe, Jocelyne*, Sur le placement en détention provisoire. *AJ Pén.* 2003, 9–14.
- La proposition de directive relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales et le droit français. *AJ Pén.* 2011, 446–451.
- Das Unmittelbarkeitsprinzip im französischen Strafverfahrensrecht. *ZStW* 126 (2014), 184–192.
- Lebreton, Gilles*, Libertés publiques et droits de l'Homme. 8. Aufl. Paris 2009.
- Leclerc, Jean-Marc*, Selon les policiers, l'efficacité des enquêtes diminue. *Le Figaro.fr*, 10.10.2011. Abrufbar unter: www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/10/09/01016-20111009ARTFIG00245-selon-les-policiers-l-efficacite-des-enquetes-diminue.php [Stand: 3/2015].
- Une garde à vue raccourcie pour les petits délits. *Le Figaro.fr*, 28.10.2011. Abrufbar unter: www.lefigaro.fr/actualite-france/2011/10/27/01016-20111027ARTFIG00749-une-garde-a-vue-raccourcie-pour-les-petits-delits.php [Stand: 3/2015].
- Une nuit de garde à vue pour 67 campeurs anti-mariage gay. *LeFigaro.fr*, 15.4.2013. Abrufbar unter: www.lefigaro.fr/mon-figaro/2013/04/15/10001-20130415ARTFIG00644-une-nuit-de-garde-a-vue-pour-67-campeurs-anti-mariage-gay.php [Stand: 3/2015].
- Léger, Philippe*, Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale. Paris 1.9.2009.
- Leitner, Werner*, Videotechnik im Strafverfahren. Ein Petitum für mehr Dokumentation und Transparenz. Baden-Baden 2012.

- Lelieur, Juliette*, L'accroissement du rôle du parquet dans la garde à vue. *AJ Pén.* 2010, 483–487.
- Heimliche Ermittlungsmaßnahmen im französischen Strafverfahren. *ZStW* 124 (2012), 458–472.
- Lelieur, Juliette/Pfützner, Peggy/Volz, Sabine*, Strafbares Verhalten im Vorfeld der Tatvollendung in Frankreich. In: Ulrich Sieber/Karin, Cornils (Hrsg.), *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Band 3*. Berlin 2008, S. 834–847.
- Lemme, Dirk*, Apokryphe Haftgründe im Wirtschaftsstrafrecht? *wistra* 2004, 288–293.
- Lemoine, Pascal*, Le délit d'association de malfaiteurs et la circonstance de bande organisée. *RPDP* 2007, 277–290.
- Léna, Maud*, Le formalisme à la française condamné par la CEDH. *D.* 2007, 2304–2305.
- « Démise en examen »: domaine d'application. *Anm. zu Crim.* 8.12.2009. *D.* 2010, 268–269.
 - Rétention administrative: examen par un médecin du gardé à vue. *Anm. zu Civ.* 1re 10.10.2012. *D.* 2012, 2453.
 - Petites retouches de la CRPC en vue. *AJ Pén.* 2014, 53–55.
- Lennon, Jean-Luc*, La garde à vue: quelques principes essentiels rappelés par la Cour de cassation. *Anm. zu Crim.* 4.1.2005. *D.* 2005, 761–765.
- L'arrestation flagrante du délinquant sur le fondement de l'article 73 du code de procédure pénale. *D.* 2005, 2920–2923.
 - Les raisons justifiant le placement en garde à vue. *D.* 2006, 887–891.
- Leroy, Jacques*, Garde à vue. In: Henri Angevin/André Decocq (Hrsg.), *JurisClasseur Procédure pénale (LexisNexis)*, App. Art. 53 à 73, Fasc. 20, Cote: 04,2011. Paris 2011. Letzte Aktualisierung: 5.2.2013.
- La garde à vue après la réforme. Paris 2011.
 - Procédure pénale. 2. Aufl. Paris 2011.
 - La décision du Conseil sur la nouvelle garde à vue: une décision dérangeante. *Dr. pén.* 2012, Etude n° 4.
- Lesclous, Vincent*, Mandats. Des mandats et de leur exécution. In: Henri Angevin/André Decocq (Hrsg.), *JurisClasseur Procédure pénale (LexisNexis)*, Art. 122 à 136, Fasc. 20, Cote: 03,2006. Paris 2006. Letzte Aktualisierung: 15.5.2013.
- Un an de droit de la garde à vue. *Dr. pén.* 2007, Chronique n° 3.
 - Un an de droit de la garde à vue (1er juin 2010–1er juin 2011). *Dr. pén.* 2011, Chronique n° 7.
 - Un an de droit de la garde à vue (juin 2011–juin 2012). *Dr. pén.* 2012, Chronique n° 7.
 - Un an de droit de la garde à vue (juin 2012–juin 2013). *Dr. pén.* 2013, Chronique n° 8.
 - Un an de droit de la garde à vue (1er juin 2013–30 juin 2014). *Dr. pén.* 2014, Chronique n° 8.

- Levade, Anne*, L'impossibilité de la garde à vue des étrangers en situation irrégulière: une polémique juridique peut en cacher une autre! Anm. zu Civ. Ire 5.7.2012. JCP G 2012, 1496–1498.
- Lévassieur, Georges*, La Cour de sûreté de l'Etat (lois du 15 janvier 1963). Gaz. Pal. 1963, I, Doctrine, 26–32.
- La Convention européenne des droits de l'homme et la procédure pénale française: Garde à vue, détention préventive ... (Articles 5, 6, et 13 de la Convention). RDH 3 (1970), 595–637.
 - L'influence de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les privations ou restrictions de liberté antérieurement au jugement répressif. In: Alain Yagues/Noëlle Larrouy (Hrsg.), Les atteintes à la liberté de l'inculpé: Détention provisoire et Contrôle judiciaire. VIIe Congrès de la Section française de l'Association Internationale de Droit Pénal. Bordeaux 1985, S. 78–103.
- Leyendecker, Hans*, Operation „Komet“: Terrorverdächtige festgenommen. BKA schlägt in Düsseldorf und Bochum zu. Sueddeutsche.de, 29.4.2011. Abrufbar unter: www.sueddeutsche.de/politik/bka-schlaegt-in-duesseldorf-und-bochum-zu-operation-komet-terrorverdaechtige-festgenommen-1.1091191 [Stand: 3/2015].
- Lisken, Hans*, Richtervorbehalt bei Freiheitsentziehung. NJW 1982, 1268–1269.
- Lisken, Hans/Denninger, Erhard* (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts. Gefahrenabwehr – Strafverfolgung – Rechtsschutz. 4. Aufl. München 2007.
- Löhr, Silke*, Prozeßgrundrechte in Deutschland, Frankreich und England. Eine rechtsvergleichende Untersuchung. Berlin 2012.
- Löwe, Ewald/Rosenberg, Werner* (Begr.), Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 25. Aufl. Band 5: §§ 296–373a. Berlin u.a. 2003. Band 7: §§ 1–198 GVG, EGGVG, GVGVO. Berlin u.a. 2003.
- Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz. Großkommentar, 26. Aufl. Band 2: §§ 48–93. Berlin u.a. 2008. Band 4: §§ 112–150. Berlin u.a. 2007. Band 5: §§ 151–212b. Berlin u.a. 2008. Band 6-1: §§ 213–255a. Berlin u.a. 2009.
- Löwenstein*, Anm. zu OLG Frankfurt a.M., Beschl. vom 16.3.1922. JW 1922, 1058–1059.
- Luchaire, François*, La protection constitutionnelle des droits et des libertés. Paris 1987.
- Luchaire, François* u.a. (Hrsg.), La Constitution de la République française. Analyse et commentaires. 3. Aufl. Paris 2009.
- Luciani, Dominique*, Indemnisation des détentions provisoires abusives. AJ Pén. 2011, 338–341.
- La preuve de la convocation de l'avocat au débat contradictoire en vue de la prolongation de la détention provisoire doit être rapportée. Anm. zu Crim. 3.12.2013. AJ Pén. 2014, 246–247.
- Magendie, Jean-Claude*, La responsabilité des magistrats. D. 2003, 1177–1184.
- Malabat, Valérie*, Le champ inutile du droit pénal: Les doubles incriminations. In: Reynald Ottenhof (Hrsg.), Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof. Paris 2006, S. 155–165.
- Responsabilité et irresponsabilité pénale. Cah. C. const. 26 (2009), 28–33.

- Manaigo-Vekil, Alexia*, Gruppenkriminalität im deutsch-französischen Vergleich. Eine Analyse insbesondere der association de malfaiteurs, der réunion und der bande organisée im französischen Code pénal sowie ihrer prozessualen Auswirkungen in rechtsvergleichender Betrachtung. Hamburg 2010.
- Marguénaud, Jean-Pierre*, La garde à vue préventive des hooligans. Anm. zu EGMR 7.3.2013. RSC 2013, 653–655.
- Maréchal, Jean-Yves*, Contrôles d'identité abusifs: les propositions du Défenseur des droits. JCP G 2012, 1986.
- Marie, Catherine*, La montée en puissance de l'enquête. AJ Pén. 2004, 221–227.
- Markwordt Skehan, Anja*, Die Einleitung der Untersuchungshaft. Eine rechtsvergleichende Studie zur Inhaftierung des Verdächtigen im Vorverfahren in Deutschland und den USA. Unter besonderer Berücksichtigung der Rechtssysteme der US-Bundesstaaten Kalifornien, Texas und New York. Göttingen 2011.
- Maron, Albert*, Contrôles et vérifications d'identité. Anm. zu Ch. acc. Versailles 2.2.1993. Dr. pén. 1993, Comm. n° 196.
- Contrôles et vérifications d'identité. Anm. zu Crim. 1.2.1994. Dr. pén. 1994, Comm. n° 93.
 - Maman n'est pas de la police. Anm. zu Crim. 28.6.2000 und 25.10.2000. Dr. pén. 2001, Comm. n° 25.
 - Loi fait nécessités. Anm. zu Crim. 4.1.2005. Dr. pén. 2005, Comm. n° 49.
- Maron, Albert/Haas, Marion*, La garde à vue est étrangère aux étrangers (suite). Dr. pén. 2012, Comm. n° 124.
- Péril de mort, avocat et garde à vue. Anm. zu Crim. 14.12.2011. Dr. pén. 2012, Comm. n° 44.
 - Occupez-vous de vos oignons! Anm. zu Crim. 11.12.2013. Dr. pén. 2014, Comm. n° 31.
 - Un juge d'instruction muet ne doit pas faire bégayer la chambre de l'instruction. Anm. zu Crim. 9.7.2014. Dr. pén. 2014, Comm. n° 120.
 - Changement d'avocat et clé des champs. Anm. zu Crim. 30.8.2014. Dr. pén. 2014, Comm. n° 132.
 - Gagnant-perdant et gagnant-gagnant. Anm. zu C. const. 9.10.2014. Dr. pén. 2014, Comm. n° 142.
- Martucci, Roberto*, Quatre-vingt-neuf ou l'ambiguïté aperçu sur la liberté personnelle et la détention avant jugement sous la Constituante (1789–1791). In: Philippe Robert (Hrsg.), Entre l'ordre et la liberté. La détention provisoire. Deux siècles de débats. Paris 1992, S. 41–60.
- Masing, Johannes*, Die Ambivalenz von Freiheit und Sicherheit. JZ 2011, 753–758.
- Mathias, Éric*, Pour une loi des suspects ... libres (à propos du projet de loi relatif à la garde à vue). Dr. pén. 2011, Etude n° 6.
- Mathieu, Bertrand*, Régulation. GAV: rapports entre les systèmes constitutionnel et conventionnel. JCP G 2011, 1178.

- Mathon, Claude*, Un étranger en situation irrégulière peut-il toujours être placé en garde à vue en application de l'article L. 621-1 du CESEDA? Anm. zu Crim. avis, 5.6.2012, D. 2012, 1997–2001.
- Matsopoulou, Haritini*, Les enquêtes de police. Paris 1996.
- Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. In: Henri Angevin/André Decocq (Hrsg.), *JurisClasseur Procédure pénale* (LexisNexis), Art. 706-119 à 706-140, Fasc. 20, Cote: 04,2008. Paris 2008. Letzte Aktualisierung: 30.6.2012.
 - Le juge des libertés et de la détention: un acteur de premier ou de second rôle en matière de détention provisoire? D. 2008, 1494–1501.
 - Les dispositions de la loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue déclarées conformes à la Constitution. D. 2011, 3034–3039.
 - Une réforme inachevée. À propos de la loi du 14 avril 2011. JCP G 2011, 908–912.
- Matt, Holger*, Zu Problemen der Haftbeschwerde und des Haftungsantrags. JA 1991, 85–94.
- Zur (weiteren) Beschwerde nach §§ 304, 310 StPO. NJW 1991, 1801–1803.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar. Bände I–VII. München 1958 (Grundwerk).
- Maunz, Theodor/Schmidt-Bleibtreu, Bruno* u.a. (Hrsg.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz. Kommentar. Bände I–II. 39. Ergänzungslieferung. München 2012.
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht. 18. Aufl. München 2011.
- Mauro, Cristina*, Garde à vue. In: Yves Mayaud (Hrsg.), Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz. Paris 2014.
- Mayaud, Yves*, Droit pénal général. 2. Aufl. Paris 2007.
- La politique d'incrimination du terrorisme à la lumière de la législation récente. AJ Pén. 2013, 442–445.
- Meincke, Jens Peter*, Betreffen oder Verfolgen auf frischer Tat als Voraussetzung der vorläufigen Festnahme nach § 127 I StPO. Hamburg 1963.
- Mellech, Kathrin*, Die Rezeption der EMRK sowie der Urteile des EGMR in der französischen und deutschen Rechtsprechung. Tübingen 2012.
- Mérigeau, Martine*, Frankreich/France. In: Frieder Dünkler/Jon Vagg (Hrsg.), Untersuchungshaft und Untersuchungshaftvollzug. International vergleichende Perspektiven zur Untersuchungshaft sowie zu den Rechten und Lebensbedingungen Untersuchungsgangener. Waiting for Trial. International Perspectives on the Use of Pre-Trial Detention and the Rights and Living Conditions of Prisoners, Band 1. Freiburg 1994, S. 225–250.
- Merle, Roger*, La garde à vue. Gaz. Pal. 1969, II, Doctrine, 18–19.
- Le problème du contrôle juridictionnel de la garde à vue. In: Maurice Rolland (Hrsg.), Détention provisoire, contrôle judiciaire et garde à vue. Les problèmes soulevés par leur contrôle juridictionnel. Paris 1971, S. 155–164.
- Merle, Roger/Vitu, André*, Traité de Droit criminel. Tome II. Procédure pénale. 5. Aufl. Paris 2001.

- Meyer, Frank*, Die Fortsetzungsfeststellungsklage im Strafprozessrecht. In Karsten Gaede u.a. (Hrsg.), HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008. Hamburg 2008, S. 131–224.
- Internationalisierung und Europäisierung des Rechts als methodische Herausforderung der Rechtsvergleichung. In: Susanne Beck u.a. (Hrsg.), Strafrechtsvergleichung als Problem und Lösung. Baden-Baden 2011, S. 87–102.
- Meyer, Jürgen* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 3. Aufl. Baden-Baden 2011.
- Meyer-Goßner, Lutz*, Theorie ohne Praxis und Praxis ohne Theorie im Strafverfahren. ZRP 2004, 345–351.
- Meyer-Goßner, Lutz/Schmitt, Bertram*, Strafprozessordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen. 55. Aufl. München 2012.
- Meyer-Ladewig, Jens*, EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar, 3. Aufl. Baden-Baden 2011.
- Miansoni, Camille*, La nature juridique du traitement en temps réel des procédures pénales (TTR). AJ Pén. 2012, 152–155.
- L'initiative du placement en garde à vue. AJ Pén. 2012, 517–520.
- Michaelis, Lars Oliver*, Der polizeiliche Präventivgewahrsam. JA 2014, 198–202.
- Michaels, Ralf*, The functional method of comparative law. In: Mathias Reimann/Reinhard Zimmermann (Hrsg.), The Oxford Handbook of Comparative Law. S. 339–382.
- Michalke, Reinhart*, Reform der Untersuchungshaft – Chance vertan? NJW 2010, 17–20.
- Das Akteneinsichtsrecht des Strafverteidigers – Aktuelle Fragestellungen. NJW 2013, 2334–2336.
- Mihman, Alexis*, Juger à temps: Le juste temps de la réponse pénale. Paris 2008.
- Ministère de la Justice, Annuaire statistique de la justice. Edition 2011–2012. Paris 2012.
- Avant-projet du futur code de procédure pénale. Soumis à concertation. Paris 2010.
 - Circulaire CRIM 00-16 vom 20.12.2000: Présentation des dispositions de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes concernant l'instruction, la détention provisoire, le juge des libertés et de la détention et le jugement correctionnel. NOR: JUSD0030220C.
 - Circulaire CRIM 04-16 vom 21.9.2004: Présentation des dispositions générales de procédure pénale de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité applicables à compter du 1^{er} octobre 2004. NOR: JUSD0430184C.
 - Circulaire DACG n° 2007-04 vom 27.2.2007 relative à l'adoption par le Parlement de la loi tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale ; disposition concernant notamment la chambre de l'instruction, le dépôt des mémoires en cas de pourvoi en cassation et la règle « le criminel tient le civil en l'état ». NOR: JUSD0730013C.
 - Circulaire vom 14.4.2011 relative au placement à l'isolement des personnes détenues. NOR: JUSK1140023C.

- Circulaire CRIM-2011-8 vom 15.4.2011 relative aux droits de la personne gardée à vue, suite aux arrêts de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation du 15 avril 2011. NOR: JUSD1110661C.
 - Circulaire CRIM-2011-13 vom 23.5.2011 relative à l'application des dispositions relatives à la garde à vue de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue. NOR: JUSD1113979C.
 - Circulaire vom 9.6.2011 d'application des articles 4, 39 et 40 de la loi n°2009-1439 du 24 novembre 2009 pénitentiaire, relatifs à la correspondance téléphonique et à la correspondance écrite des personnes détenues. NOR: JUSK1140028C.
 - Circulaire vom 12.7.2011 relative à la présentation des dispositions du décret n° 2011-810 du 6 juillet 2011 relatif à l'aide à l'intervention de l'avocat au cours de la garde à vue et de la retenue douanière. NOR: JUST1119453C
 - Circulaire vom 20.2.2012 relative au maintien des liens extérieurs des personnes détenues par les visites et l'envoi ou la réception d'objets. NOR: JUSK1140029C.
 - Circulaire vom 27.3.2012 relative aux relations des personnes détenues avec leur défenseur. NOR: JUSK1140030C.
 - Circulaire vom 23.5.2014 de présentation des dispositions de procédure pénale applicables le 2 juin 2014 de la loi portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. NOR : JUSD1412016C.
 - Circulaire vom 19.12.2014 de présentation des dispositions applicables à compter du 1er janvier 2015 de la loi n°2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales (accès à l'avocat dans le cadre de l'audition libre). NOR : JUSD1430472C.
 - Droits et devoirs de la personne détenue. Direction de l'administration pénitentiaire. Le savez-vous. Paris Januar 2009. Abrufbar unter: www.justice.gouv.fr/art_pix/DroitsDevoirsPersonneDetenue.pdf [Stand: 3/2015].
 - Les chiffres clés de la Justice. Paris 1997–2012. Abrufbar unter: www.justice.gouv.fr/budget-et-statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/ [Stand: 3/2015].
- Mitsch, Wolfgang*, Beschuldigtenstatus und Belehrungspflicht. NStZ 2008, 49–50.
- Molina, Emmanuel*, Réflexion critique sur l'évolution paradoxale de la liberté de la preuve des infractions en droit français contemporain. RSC 2002, 263–282.
- Morgenstern, Christine*, Germany. In: Anton van Kalmthout u.a. (Hrsg.), 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. Nijmegen 2009, S. 387–385.
- Europäische Impulse für die deutsche Reform der Untersuchungshaft. NK 2009, 136–145.
 - Die Stärkung prozessualer Garantien im Recht der Untersuchungshaft in Deutschland und Polen. Der Einfluss des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte. ZIS 2011, 240–247.

- Morgenstern, Christine*, Verfassungs- und europarechtliche Vorgaben für den Untersuchungshaftvollzug. StV 2013, 529–533.
- Mosbacher, Andreas*, Zur Zulässigkeit vernehmungsergänzender Verlesung. NStZ 2014, 1–9.
- Mucchielli, Laurent*, Comprendre l’explosion des gardes à vues. 18.2.2010. Abrufbar unter: www.laurent-mucchielli.org/public/Comprendre_l_explosion_des_gardes_a_vue.pdf [Stand: 3/2015].
- Müller-Dietz, Heinz*, Untersuchungshaft und Festnahme im Lichte der Menschenrechtsstandards. In: Albin Eser u.a. (Hrsg.), Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Strafrechtsreform in Polen und Deutschland. Untersuchungshaft. Hilfeleistungspflicht und Unfallflucht. Baden-Baden 1991, S. 219–245.
- Müller, Egon*, Verwertungsverbot bei unterlassener Anwaltsbenachrichtigung nach Belehrung. StV 1996, 358–360.
- Thesen gegen die geplante Einführung einer strafprozessualen Erscheinens- und Aussagepflicht des Zeugen vor der Polizei. GA 2011, 630–635.
- Müller, Tim*, Präventive Freiheitsentziehungen als Instrument der Terrorismusbekämpfung. Berlin 2011.
- Muller, Yvonne*, La réforme de la garde à vue ou la figure brisée de la procédure pénale française. Dr. pén. 2011, Etude n° 2.
- Münchhallfen, Gaby*, Apokryphe Haftgründe in Wirtschaftsstrafverfahren. StraFo 1999, 332–337.
- Münchhallfen, Gaby/Gatzweiler, Norbert*, Das Recht der Untersuchungshaft. 3. Aufl. München 2009.
- Naas, Stefan*, Die Entstehung des Preußischen Polizeiverwaltungsgesetzes von 1931. Ein Beitrag zur Geschichte des Polizeirechts in der Weimarer Republik. Tübingen 2003.
- Nack, Armin/Park, Tido/Brauneisen, Achim*, Gesetzesvorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch den verstärkten Einsatz von Bild- und Tontechnik. NStZ 2011, 310–314.
- Nadal, Jean-Louis*, Refonder le ministère public. Rapport à Mme la garde des sceaux, ministre de la justice par la Commission de modernisation de l’action publique. Paris 2013.
- Nelles, Ursula*, Ein „kleines U-Haft-Recht“ für Polizei und Staatsanwaltschaft? StV 1992, 385–392.
- Neuhaus, Ralf*, Ungeschriebene Belehrungspflichten im Rahmen des § 136 Abs. 1 S. 2 StPO und die Folgen ihrer Verletzung. StV 2010, 45–52.
- Nisand, Carole*, La réforme de la garde à vue: L’avis d’un procureur de la République. Gaz. Pal. 2011, Colloque n° 16375, 2534–2538.
- Nobis, Frank*, „U-Haft schafft Fakten“ – Verteidigung gegen Untersuchungshaft. StraFo 2012, 45–51.
- Nord-Wagner, Magalie*, La détention provisoire: un équilibre renforcé? AJ Pén. 2007, 113–116.

- ONDRP, Tableaux de bord annuels de sur les personnes mises en cause, les gardes à vue et le rapport « gardes à vue / mis en cause » de 2008 à 2013 en France métropolitaine (Police nationale). Paris 2014.
- Oehler, Dietrich*, Anm. zu OLG Hamm, Beschl. vom 28.6.1982. JR 1983, 514–515.
- Oehmichen, Anna*, Terrorism and anti-terror legislation: the terrorised legislator? A comparison of counter-terrorism legislation and its implications on human rights in the legal systems of the United Kingdom, Spain, Germany and France. Antwerpen 2010.
- Orlandi, Renzo*, Introduction. The protection of the right to liberty and security in the field of pre-trial precautionary measures in criminal matters. In: Stefano Ruggeri (Hrsg.), Liberty and Security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings. Osnabrück 2012, S. 10–14.
- Ostendorf, Heribert*, Die Praxis des U-Haft Vollzugs – Daten und Fakten. NK 2009, 126–131.
- Paeffgen, Hans-Ullrich*, Vorüberlegungen zu einer Dogmatik des Untersuchungshaft-Rechts. Köln u.a. 1986.
- Übersicht über die obergerichtliche Rechtsprechung in Haft-Sachen im letzten Jahrfünft – 1. Teil (§§ 112–120 StPO). NSTZ 1989, 417–424.
 - Apokryphe Haftverlängerungsgründe in der Rechtsprechung zu § 121 StPO. NJW 1990, 537–545.
 - Haftgründe, Haftdauer und Haftprüfung. In: Albin Eser u.a. (Hrsg.), Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Strafrechtsreform in Polen und Deutschland. Untersuchungshaft. Hilfeleistungspflicht und Unfallflucht. Baden-Baden 1991, S. 113–144.
 - Obergerichtliche Rechtsprechung in Haftsachen – 2. Teil. NSTZ 1992, 530–534.
 - Rechtsprechungsübersicht in U-Haft-Sachen – 1995/96 – 2. Teil. NSTZ 1997, 115–119.
 - Rechtsprechungsübersicht in U-Haft-Sachen 2000. NJW 2001, 73–80.
 - Zwischenhaft, Organisationshaft. Verfassungswidriges mit (nicht nur) stillschweigender Billigung des Verfassungsgerichtes. In: Edda Wesslau/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Festschrift für Gerhard Fezer zum 70. Geburtstag am 29. Oktober 2008. Berlin 2008, S. 35–60.
- Parigger, Manfred*, Aus der Praxis des Rechts der Untersuchungshaft. NSTZ 1986, 211–213.
- Parizot, Raphaële*, Loi relative à la retenue pour vérification du droit au séjour versus avis de la CNCDDH: quel bilan? AJ Pén. 2013, 8–9.
- Park, Tido/Schlothauer, Reinhold*, Rechtswidrige Untersuchungshaft: Nachträglicher Rechtsschutz und Wiedergutmachung. In: Heinz Schöch (Hrsg.), Strafverteidigung, Revision und die gesamten Strafrechtswissenschaften. Festschrift für Gunter Widmaier zum 70. Geburtstag. Köln u.a. 2008, S. 387–409.
- Pêcheu, Guy*, La défense portant sur les « indices de culpabilité » est-elle véritablement regardée comme recevable ou non devant le juge des libertés et de la détention? Commission Justice d'Europe Ecologie Les Verts (EELV). 17.4.2006. Abrufbar unter: www.justice.eelv.fr/la-defense-portant-sur-les-indices-de-culpabilite-est-elle-veritablement-regardee-comme-recevable-ou-non-devant-le-juge-des-libertes-et-de-la-detention [Stand: 3/2015].

- Péchillon, Eric*, Regard d'un administrativiste sur la loi du 24 novembre 2009. AJ Pén. 2009, 473–476.
- Fouilles systématiques des détenus: le Conseil d'État encadre le recours aux réglementations locales. Anm. zu CE 6.6.2013. AJ Pén. 2013, 497–499.
- Peglau, Jens*, Neues zur „Kronzeugenregelung“ – Beschränkung auf Zusammenhängstaten. NJW 2013, 1910–1913.
- Pellet, Allain*, La ratification par la France de la Convention européenne des droits de l'homme. RDP 1974, 1319–1378.
- Pena-Gaia, Annabelle*, Les rapports entre la liberté individuelle et la liberté d'aller et venir dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Diss. Aix-en-Provence 1998.
- Perrier, Jean-Baptiste*, Procédure écrite et exigence du contradictoire pour l'examen des demandes de mise en liberté par le juge des libertés et de la détention. Anm. zu C. const. 17.12.2010. AJ Pén. 2011, 136–137.
- Le principe constitutionnel d'égalité impose l'enregistrement de toutes les gardes à vue en matière criminelle. Anm. zu C. const. 6.4.2012. AJ Pén. 2012, 423–425.
- Restriction au libre choix de l'avocat lors de la garde à vue en matière de terrorisme: une inconstitutionnalité et une possibilité. Anm. zu Crim. 17.2.2012. AJ Pén. 2012, 342–343.
- Le Conseil constitutionnel, l'escroquerie en bande organisée et la garde à vue: l'abstraction de l'inconstitutionnalité. Anm. zu C. const. 9.10.2014. AJ Pén. 2014, 574–576.
- Pfefferkorn, Fabian*, Einführung in das französische Strafverfahren. Eine systematische Darstellung der procédure pénale. Hamburg 2006.
- Pfeiffer, Gerd*, Strafprozessordnung. Kommentar. 5. Aufl. München 2005.
- Pfützner, Peggy*, Organisierte Kriminalität im französischen Strafverfahren. Zur Einführung eines besonderen Strafverfahrens durch die Loi Perben II. Berlin 2008.
- Philip, Loïc*, Les internements administratifs. D. 1962, Chronique XXII, 135–142.
- La décision sécurité et liberté des 19 et 20 janvier 1981. RDP 1981, 652–685.
- La protection des droits fondamentaux en France. JöR 38 (1989), 119–136.
- Pieroth, Bodo/Schlink, Bernhard*, Grundrechte. Staatsrecht II. 28. Aufl. Heidelberg 2012.
- Pin, Xavier*, Le glas de la religion de l'aveu a sonné. Anm. zu Crim. 11.5.2011. JCP G 2011, 1366–1369.
- Pofalla, Ronald*, Gesetzentwurf zur Hauptverhandlungshaft. AnwBl. 1996, 466–467.
- Polakiewicz, Jörg*, Verfahrensgarantien im Strafverfahren: Fortschritte und Fehlritte in der Europäischen Rechtssetzung. ZEuS 2010, 1–14.
- Poncela, Pierrette*, La pénalisation des comportements dans l'espace public. APC 32 (2010), 5–21.
- Portelli, Hugues*, Droit constitutionnel. 9. Aufl. Paris 2011.
- Porteron, Cédric*, Nullités de la mise en examen. AJ Pén. 2005, 147–150.

- Une circulaire qui ne méconnaît pas les droits de la défense. *AJ Pén.* 2013, 105–107.
- Le droit au silence n’est pas le droit de ne rien dire, mais celui de ne pas répondre à des questions. *Anm. zu Crim.* 17.12.2013. *AJ Pén.* 2014, 139–140.
- Pradel, Jean*, Les infractions de terrorisme, un nouvel exemple de l’éclatement du droit pénal (Loi n° 86-1020 du 9 septembre 1986). *D.* 1987, *Chronique IX*, 39–50.
- L’instruction préparatoire. Paris 1990.
- Rapport de synthèse. In: Jean Pradel (Hrsg.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*. Paris 1992, S. 393–417.
- Les personnes suspectes ou poursuivies après la loi du 15 juin 2000. Evolution ou révolution? *D.* 2001, 1039–1047.
- En cas de détention provisoire au-delà de deux ans pour association de malfaiteurs liée à des actes de terrorisme, la comparution personnelle de l’intéressé devant la chambre de l’instruction n’est pas prévue. *D.* 2003, 1729.
- *Droit pénal comparé*. 3. Aufl. Paris 2008.
- La loi du 14 avril 2011 sur la garde à vue réussit son examen de passage devant le Conseil constitutionnel. *Anm. zu C. const.* 18.11.2011. *JCP G* 2011, 2564–2567.
- Procédure pénale. Septembre 2010–août 2011. *D.* 2011, 2231–2241.
- Procédure pénale. 16. Aufl. Paris 2011.
- Quel(s) magistrat(s) pour contrôler et prolonger la garde à vue? Vers une convergence entre la Cour de Strasbourg et la chambre criminelle de la Cour de cassation. *D.* 2011, 338–343.
- Un regard perplexe sur la nouvelle garde à vue. À propos de la loi du 14 avril 2011. *JCP G* 2011, *Etude n° 665*, 1105–1113.
- La détention avant jugement en droit français. In: Piet Hein van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law. Détention avant jugement. Droits de l’homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé*. Cambridge u.a. 2012, S. 375–389.
- Pradel, Jean* (Hrsg.), *Les atteintes à la liberté avant jugement en droit pénal comparé*, Paris 1992.
- Pradel, Jean/Danti-Juan, Michel*, *Droit pénal spécial*. 5. Aufl. Paris 2010.
- Pradel, Jean/Varinard, André*, *Les grands arrêts de la procédure pénale*. 7. Aufl. Paris 2011.
- Priou, Lucile*, Article 114 alinéa 2 du code de procédure pénale: du bon usage du télécopieur. *Anm. zu Crim.* 2.10.2013. *AJ Pén.* 2014, 39–40.
- Quériaux, Guy*, *La garde à vue*. Paris 1965.
- Rassat, Michèle-Laure*, *Proposition de la réforme de la procédure pénale*. Paris 1997.
- *Traité de procédure pénale*. Paris 2001.
- *Procédure pénale*. Paris 2010.
- À remettre sur le métier. Des insuffisances de la réforme de la garde à vue. *JCP G* 2011, 1070–1074.

- Ravigneaux, Christelle*, L'audition d'un suspect en réanimation. D. 2012, 185–189.
- Remplon, Lucien*, La rétention du suspect. JCP G 1978, I, n° 2916.
- Renaud-Duparc, Caroline*, L'étendue de l'annulation liée à l'absence de notification des droits aux personnes gardées à vue. Anm. zu Crim. 27.5.2014. AJ Pén. 2014, 490–491.
- Renoux, Thierry S./de Villiers, Michel*, Code constitutionnel commenté. Paris 2010.
- Renucci, Jean-François*, Code de procédure pénale annoté. 54. Aufl. Paris 2013.
- Loyauté des preuves et distinction entre « provocation à l'infraction » et « provocation à la preuve ». RSC 2014, 843–848.
- Reuss, Thomas Bernd*, Bedeutung und Umfang der Festnahmerechte von Staatsanwaltschaft und Polizei nach der Strafprozessordnung unter besonderer Berücksichtigung des § 127 StPO. Frankfurt a.M. u.a. 2002.
- Rieß, Peter*, Über die Aufgaben des Strafverfahrens. JR 2006, 269–277.
- Rieß, Peter/Thym, Jörg*, Rechtsschutz gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen. GA 1981, 189–212.
- Robert, Jacques-Henri*, Le cadre juridique et jurisprudentiel de l'intervention du médecin en garde à vue. In: Patrick Chariot (Hrsg.), L'intervention du médecin en garde à vue. Paris 2006, S. 43–49.
- Robert, Philippe*, Après deux siècles où en sommes-nous? In: Philippe Robert (Hrsg.), Entre l'ordre et la liberté. La détention provisoire. Deux siècles de débats. Paris 1992, S. 263–269.
- La détention avant jugement: Des lois et des pratiques. In: Alain Yagues/Noëlle Larrouy (Hrsg.), Les atteintes à la liberté de l'inculpé: Détention provisoire et Contrôle judiciaire. VIIe Congrès de la Section française de l'Association Internationale de Droit Pénal. Bordeaux 1985, S. 106–128.
- Introduction. La détention avant jugement: Deux siècles de débats législatifs (1789–1989). In: Philippe Robert (Hrsg.), Entre l'ordre et la liberté. La détention provisoire. Deux siècles de débats. Paris 1992, S. 7–21.
- Ordre, insécurité, liberté: les incertitudes de la procédure pénale. In: Cour de cassation (Hrsg.), La procédure pénale en quête de cohérence. Paris 2007, S. 37–55.
- Roets, Damien*, Quel « aussitôt » pour l'habeas corpus européen? Anm. zu EGMR 15.10.2013. RSC 2014, 169–171.
- Rohne, Ines*, Notwendige Verteidigung und Verteidigerbeordnung im Ermittlungsverfahren. Dargestellt an ausgewählten Ermittlungsmaßnahmen. Berlin 2011.
- Roth, Cyril/Laurent, Benoît/Labrousse, Pascale/Divialle, Marie-Lucie*, Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Chambre criminelle. D. 2013, 124–137.
- Rouidi, Hajer*, La loi n° 2014-1353 du 13 novembre 2014 renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme: quelles évolutions? AJ Pén. 2014, 555–559.
- Roujou de Boubée, Gabriel*, La réforme de la garde à vue (commentaire de la loi n° 2011-392 du 14 avril 2011). D. 2011, 1570–1577.
- Roumier, William*, Modalités d'application de la mesure d'assignation à résidence avec surveillance électronique. Dr. pén. 2010, Alerte n° 26.

- Remise du rapport Nadal: « refonder le ministère public ». Dr. pén. 2014, Alerte n° 1.
- Renforcement des prérogatives du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Dr. pén. 2014, Alerte n° 11.
- Renforcement du droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Dr. pén. 2014, Alerte n° 14.
- Détention provisoire: création d'un dispositif de suspension pour motif médical. Dr. pén. 2014, Alerte n° 16.
- Renforcement des prérogatives du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Dr. pén. 2014, Alerte n° 22.
- Transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Dr. pén. 2014, Alerte n° 32.
- Renforcement des pouvoirs du Contrôleur général des lieux de privation de liberté. Dr. pén. 2014, Alerte n° 33.
- Renforcement de la lutte contre le terrorisme. Dr. pén. 2014, Alerte n° 46.
- Renforcement de la lutte contre le terrorisme. Dr. pén. 2014, Alerte n° 56.
- Entrée en vigueur du nouveau dispositif de lutte contre le terrorisme. Dr. pén. 2014, Alerte n° 59.

Rousseau, Dominique, Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine. In: Serge Guinchard/Michèle Harichaux (Hrsg.), *Le grand oral: Protection des libertés et des droits fondamentaux*. 3. Aufl. Paris 2006, S. 539–590.

Roussel, Gildas, La détention prononcée à l'issue d'une comparution immédiate ne se fonde pas sur les motifs de l'article 144 et l'insuffisance du contrôle judiciaire. *Anm. zu Crim.* 13.4.2010. *AJ Pén.* 2010, 450–451.

- Atteinte arbitraire à la liberté individuelle commise par un douanier obligeant une personne à se rendre puis rester dans les locaux de sa brigade sans la placer en retenue douanière. *Anm. zu Crim.* 8.2.2012. *AJ Pén.* 2012, 291–293.
- Condamnation de la France pour une rétention en mer non suivie d'une présentation immédiate des suspects à un juge. *Anm. zu EGMR* 27.6.2013. *AJ Pén.* 2013, 549–550.
- La force probatoire des procès-verbaux constatant un délit de droit commun. *Anm. zu Crim.* 28.10.2014. *AJ Pén.* 2014, 159–160.

Roxin, Claus, *Anm. zu BGH, Urt. vom 29.10.1992. JZ* 1993, 426–428.

- Das Recht des Beschuldigten zur Verteidigerkonsultation in der neuesten Rechtsprechung. *JZ* 1997, 343–347.
- Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Aufl. München 2006.
- Zur Beschuldigteneigenschaft im Strafprozess. In: Dieter Dölling/Bernd Götting (Hrsg.), *Verbrechen – Strafe – Resozialisierung. Festschrift für Heinrich Schöch zum 70. Geburtstag am 20.8.2010*. Berlin 2010. S. 823–838.
- Aushorchungen in der Untersuchungshaft als Überführungsmittel. In: Claudius Geisler u.a. (Hrsg.), *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*. Berlin u.a. 2011, S. 549–567.

- Roxin, Claus/Schünemann, Bernd*, Strafverfahrensrecht. Ein Studienbuch, 27. Aufl. München 2012.
- Royer, Guillaume*, Notification en cours de garde à vue des dispositions applicables à la criminalité organisée. Anm. zu Crim. 11.2.2014. AJ Pén. 2014, 369–370.
- Degré de motivation du contrôle judiciaire. Anm. zu Crim. 17.9.2014. AJ Pén. 2014, 538–539.
- Notification du droit au silence lors de l’interrogatoire de première comparution. Anm. zu Crim. 4.6.2014. AJ Pén. 2014, 589–590.
- Royer, Jean-Pierre/Jean, Jean-Paul/Durand, Bernard/Derasse, Nicolas/Dubois, Bruno*, Histoire de la justice en France. 4. Aufl. Paris 2010.
- Rudolphi, Hans-Joachim/Wolter, Jürgen* (Hrsg.), Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung. 4. Aufl. Band II (§§ 94–136a). Köln 2010. Band III, §§ 137–197. Köln 2011.
- Rüping, Hinrich*, Rechtsfragen der „deutschen Magna Charta“. In: Thomas Weigend (Hrsg.), Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag am 11. April 1999. Berlin u.a. 1999, S. 959–976.
- Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte. 6. Aufl. München 2011.
- Ruggeri, Stefano*, Personal Liberty in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings. In: Stefano Ruggeri (Hrsg.), Liberty and Security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings. Osnabrück 2012, S. 185–243.
- Rupp, Felix*, Haftbefehl gemäß § 230 II StPO im Rahmen von Großverfahren. NSTZ 1990, 576–578.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 5. 5. Aufl. München 2009.
- Saenko, Laurent*, La liberté comme sanction. Anm. zu Crim. 3.12.2013. Dr. pén. 2014, Etude n° 9.
- Saint-Pierre, François*, Garde à vue: la décision du Conseil constitutionnel du 30 juillet 2010. Le point de vue de l’avocat. RPDP 2010, 623–627.
- Les avocats s’emparent de la QPC. AJ Pén. 2011, 288–290.
- Salles, Damien*, Michel Debré et la protection de la liberté individuelle par l’autorité judiciaire. Cah. C. const 26 (2009), 1–10.
- Salvat, Xavier*, Audition d’une personne entendue en enquête préliminaire sans être placée en garde à vue. RSC 2013, 842–846.
- Satzger, Helmut*, Chancen und Risiken einer Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Gutachten C. In: Ständige Deputation des Deutschen Juristentags (Hrsg.), Verhandlungen des 65. Deutschen Juristentags, Band I. München 2004,
- Die Rolle des Richters im Ermittlungsverfahren in Deutschland und Frankreich. In: Heike Jung u.a. (Hrsg.), 200 Jahre Code d’instruction criminelle – Le Bicentenaire du Code d’instruction criminelle. Baden-Baden 2010, S. 93–107.

- Sauvé, Jean-Marc*, Le contrôle de l'administration pénitentiaire par le juge administratif. Institut d'études judiciaires de l'Université de Lille II. Lille 24.2.2009. Abrufbar unter: www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-control-de-l-administration-penitentiaire-par-le-juge-administratif [Stand: 3/2015].
- Schäfer, Hans Christoph*, Zur Rechtzeitigkeit der hafrichterlichen Vernehmung. NJW 2000, 1996.
- Schaks, Nils/Schneider, Matthias*, Zur menschenrechtlichen Zulässigkeit des polizeirechtlichen Präventivgewahrsams. LKV 2014, 203–207.
- Scharf, Peter/Kropp, Christian*, Zeitliche Schranken beim Haftbefehl nach § 230 StPO. NSTZ 2000, 297–298.
- Scheidler, Alfred*, Beschränkung der Ingewahrsamnahme von Personen zur Gefahrenabwehr durch den EGMR. NVwZ 2012, 1083–1086.
- Schenke, Wolf Rüdiger*, Kompetenz des Landesgesetzgebers zur Regelung polizeilicher Befugnisse auf dem Gebiet der Strafverfolgung? JR 1970, 48–52.
- Polizei- und Ordnungsrecht. 7. Aufl. Heidelberg 2011.
 - Rechtsschutz gegen doppel funktionale Maßnahmen der Polizei. NJW 2011, 2838–2844.
 - Über doppel funktionale Maßnahmen der Polizei. In: Eric Hilgendorf/Franz Eckert (Hrsg.), Subsidiarität – Sicherheit – Solidarität. Festgabe für Franz-Ludwig Knemeyer zum 75. Geburtstag. Würzburg 2012, S. 383–405.
- Schlaich, Klaus/Korioth, Stefan*, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen. 9. Aufl. München 2012.
- Schlothauer, Reinhold/Weider, Hans-Joachim*, Erweiterte Handlungsspielräume – gesteigerte Verantwortung der Verteidigung im künftigen Ermittlungsverfahren. Zum Diskussionsentwurf für eine Reform des Strafverfahrens. StV 2004, 504–517.
- Untersuchungshaft. Mit Erläuterungen zu den UVollzG der Länder. 4. Aufl. Heidelberg u.a. 2010.
- Schloth, Stephanie*, Die Haftgründe der Wiederholungsgefahr und der Schwere der Tat. Die §§ 112a, 112 Abs. 3 StPO unter besonderer Berücksichtigung neuerer Gesetzesänderungen und aktueller Entwicklungen im Bereich der Untersuchungshaft. Baden-Baden 1999.
- Schlüchter, Ellen*, Das Strafverfahren. Köln u.a. 1981.
- Schmidbauer, Wilhelm/Steiner, Udo*, Bayerisches Polizeiaufgabengesetz und Bayerisches Polizeiorganisationsgesetz. Kommentar. 3. Aufl. München 2011.
- Schmidt, Andreas/Schöne, Thomas*, Zwangsmittel Einsatz im Rahmen des § 127 II StPO. NSTZ 1994, 218–221.
- Schmidt, Eberhard*, Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz. Nachträge und Ergänzungen zu Teil II (Strafprozeßordnung). Nachtragsband I (StPO). Göttingen 1967.
- Repression und Prävention im Strafprozess. JR 1970, 204–208.

- Schmidt, Fanny*, Die Problematik des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO in der Praxis. Vom Staat gewählter Pflichtverteidiger – Bezeichnungsrecht contra schnelle Beiordnung. NJ 2012, 284–286.
- Schmidt, Gerhard*, Bundesrepublik Deutschland. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, S. 45–81.
- Schmidt-Leichner, Erich*, Anm. zu BGH, Urt. vom 5.4.1966 und BGH, Urt. vom 22.6.1966. NJW 1966, 1718–1721.
- Schmitt, Rudolf*, Strafprozessuale Präventivmaßnahmen. JZ 1965, 193–197.
- Schmitz, Monika*, Der verhaftete Beschuldigte und sein erster Richter (§§ 115, 115a StPO). NSTZ 1998, 165–171.
- Schneider, Elisabeth*, Vers la mort annoncée du juge d’instruction en France. eucrim 2009, 49–56.
- Schoch, Friedrich* u.a. (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung. Kommentar. Loseblattsammlung. 2 Bände. 24. Ergänzungslieferung. München 2012.
- Schöch, Heinz*, Wird in der Bundesrepublik Deutschland zu viel verhaftet? Versuch einer Standortbeschreibung anhand nationaler und internationaler Statistiken. In: Wilfried Küper u.a. (Hrsg.), Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987. Berlin u.a. 1987, S. 991–1008.
- Kurze Untersuchungshaft durch frühe Strafverteidigung? Frankfurter Projekt »Entschädigung von Anwälten für die Rechtsberatung von Untersuchungsgefangenen« vom 1.10.1991 bis 30.9.1994. StV 1997, 323–327.
 - Untersuchungshaft und Strafverteidigung. In: Lorenz Schulz (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin zum 75. Geburtstag am 15. Mai 2012. Heidelberg 2012, S. 697–708.
- Schönke, Adolf/Schröder, Horst* (Begr.), Strafgesetzbuch. Kommentar. 28. Aufl. München 2010.
- Schramm, Edward*, Das Geständnis im deutschen Strafprozess. In: Anders Engberg-Pedersen u.a. (Hrsg.), Das Geständnis und seine Instanzen. Zur Bedeutungsverschiebung des Geständnisses im Prozess der Moderne. Wien u.a. 2011, S. 33–50.
- Schroeder, Friedrich-Christian*, Literaturbericht. Rechtsvergleichung. ZStW 86 (1974), 783–827.
- Eine funktionelle Analyse der strafprozessualen Zwangsmittel. JZ 1985, 1028–1033.
 - „Untersuchungshaft“ – Ein Gang durch die Grundprinzipien und die Geschichte des Strafprozesses. JuS 1990, 176–179.
- Schroeder, Friedrich-Christian/Verrel, Torsten*, Strafprozessrecht. 5. Aufl. München 2011.
- Schünemann, Bernd*, Wohin treibt der deutsche Strafprozess? ZStW 114 (2002), 1–62.
- Europäischer Haftbefehl und EU-Verfassungsentwurf auf schiefer Ebene – Die Schranken des Grundgesetzes. ZRP 2003, 185–189.
 - Europäischer Haftbefehl und gegenseitige Anerkennung in Strafsachen. ZRP 2003, 472.
 - Ein deutsches Requiem auf den Strafprozess des liberalen Rechtsstaats. ZRP 2009, 104–107.

- Schultheis, Ullrich*, Übersicht über die Rechtsprechung in Untersuchungshaftsa- chen. NStZ 2013, 87–97.
- Übersicht über die Rechtsprechung in Untersuchungshaftsa- chen 2012/2013 – Teil 1. NStZ 2014, 73–80.
 - Übersicht über die Rechtsprechung in Untersuchungshaftsa- chen 2012/2013 – Teil 2. NStZ 2014, 140–143.
- Schulz, Lorenz* (Hrsg.), Festschrift für Imme Roxin. zum 75. Geburtstag am 15. Mai 2012. Heidelberg 2012.
- Schwaben, Sylvia*, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklärungsrüge und Verwer- tungsverbot. NStZ 2002, 288–296.
- Schwendener, Marc*, Une police aux pouvoirs d’enquête renforcés. In: Hubert Dalle u.a. (Hrsg.), Le nouveau procès pénal après la loi Perben II, Paris 2004, S. 285–306.
- La nouvelle garde à vue « terrorisme » issue de la loi du 23 janvier 2006. AJ Pén. 2006, 164.
 - Quelle place pour la garde à vue dans la procédure pénale? AJ Pén. 2006, 344–347.
- Seebode, Manfred*, Der Vollzug der Untersuchungshaft. Berlin u.a. 1985.
- Zur Bedeutung der Gesetzgebung für die Haftpraxis. StV 1989, 118–222.
 - Das „Recht des Untersuchungshaftvollzugs“ im Sinne des Art. 74 GG. Zugleich Bespre- chung zu OLG Oldenburg, Beschl. vom 12.2.2008. HRRS 2008, 236–241.
- Sénat, La garde à vue. Série législation comparée n° LC 204. Les documents de travail du Sénat. Paris Dezember 2009.
- Senge, Lothar* (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten. 3. Aufl. München 2006.
- Senna, Eric*, L’application des droits fondamentaux en captivité: la recherche d’un nouvel équilibre entre évaluation et résolution des atteintes. AJ Pén. 2014, 408–409.
- Serratrice-Couttenier, Brigitte*, Le temps dans la garde à vue: aspects récents. RSC 1998, 465–478.
- Sessar, Klaus*, Frankreich. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, S. 185–224.
- Sieber, Ulrich*, Strafrechtsvergleichung im Wandel. Aufgaben, Methoden und Theoriean- sätze der vergleichenden Strafrechtswissenschaft. In: Ulrich Sieber/Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.), Strafrecht und Kriminologie unter einem Dach. Kolloquium zum 90. Geburtstag von Professor Dr. Dr. h.c. mult. Hans-Heinrich Jescheck am 10. Januar 2005. Berlin 2006, S. 78–151.
- Grenzen des Strafrechts. ZStW 119 (2007), 1–68.
 - Legitimation und Grenzen von Gefährdungsdelikten im Vorfeld von terroristischer Ge- walt. Eine Analyse der Vorfeldtatbestände im „Entwurf eines Gesetzes zur Verfolgung der Vorbereitung von schweren staatsgefährdenden Gewalttaten“. NStZ 2009, 353–364.
 - Entwicklung, Ziele und Probleme des Europäischen Strafrechts. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014, Einführung S. 31–101.

- Sieber, Ulrich/Cornils, Karin* (Hrsg.), Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil, Band 3. Freiburg 2008.
- Sieber, Ulrich* u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014.
- Sinn, Arndt*, Germany. In: Stefano Ruggeri (Hrsg.), Liberty and Security in Europe. A comparative analysis of pre-trial precautionary measures in criminal proceedings. Osna-brück 2012, S. 105–120.
- Slama, Serge*, Principe de nécessité des peines (art. 8 DDHC) et directive retour: Incompé- tence du Conseil Constitutionnel pour contrôler la constitutionnalité du délit de séjour ir- régulier au prisme de décisions de la CJUE le rendant partiellement inapplicable. Lettre « Actualités Droits-Libertés » du CREDOF, 9.2.2012. Abrufbar unter: https://groupes.renater.fr/sympa/arc/droits-libertes/2012-02/msg00001/Lettre_ADL_du_CREDOF_-_9_f_vrier_2012.pdf. [Stand: 3/2015].
- Söllner, Sebastian*, EGMR zum Präventivgewahrsam. Auch ein Hooligan muss friedlich bleiben, Legal Tribune ONLINE, 15.3.2012. Abrufbar unter: www.lto.de/recht/hintergruende/h/egmr-urteil-1559808-hooligan-polizei-praeventivgewahrsam-unterbringungs-gewahrsam [Stand: 3/2015].
- Sonnenberger, Hans Jürgen/Autexier, Christian*, Einführung in das französische Recht. 3. Aufl. Heidelberg 2000.
- Sontag Koenig, Sophie*, Intervention de l’avocat et droits de la défense en garde à vue: Quel avenir pour les enregistrements audiovisuels? AJ Pén. 2012, 527–531.
- Speck, Hans*, Die Geschichte der Voraussetzungen für die Anordnung der Untersuchungshaft, der Art und Weise der Verhaftung und der Überprüfung der Dauer der Untersuchungshaft in der Gesetzgebung seit etwa 1800. München 1969.
- Spies, Alex*, Verfassungsrechtliche Normenkontrolle in Frankreich: der Conseil constitu- tionnel. NVwZ 1990, 1040–1045.
- Starkgraff, Karoline H.*, Die audiovisuelle Dokumentation polizeilicher (Beschuldigten-) Vernehmungen – ein Schritt auf dem Weg zur Wahrheit. In: Strafverteidigervereinigen- gen (Hrsg.), Wehe dem, der beschuldigt wird... 34. Strafverteidigertag Hamburg, 26.–28.2.2010. Berlin 2011, S. 231–250.
- Statistisches Bundesamt, Strafvollzugsstatistik (Stichtagserhebung im Strafvollzug zu de- mographischen und kriminologischen Merkmalen der Strafgefangenen und Sicherungs- verwehrten). Wiesbaden 2011.
- Rechtspflege 2011. Strafgerichte. Fachserie 10 Reihe 2.3. Wiesbaden 2012.
 - Rechtspflege. Bestand der Gefangenen und Verwehrten in den deutschen Justizvoll- zugsanstalten nach ihrer Unterbringung auf Haftplätzen des geschlossenen und offenen Vollzugs jeweils zu den Stichtagen 31. März, 31. August und 30. November eines Jah- res. Stichtag 31.8.2012. Wiesbaden 2013.
 - Rechtspflege 2011. Strafverfolgung. Fachserie 10 Reihe 3. Wiesbaden 2012.
- Stern, Klaus/Becker, Florian* (Hrsg.), Grundrechte-Kommentar. Köln 2010.
- Stigall, Dan E.*, Counterterrorism and the comparative law of investigative detention. Am- herst, NY 2009.

- Stintzing, Heike/Hecker, Bernd*, Abschreckung durch Hauptverhandlungshaft? – Der neue Haftgrund des „vermuteten Ungehorsams“. *NStZ* 1997, 569–573.
- Stoermer, Christian*, Der polizeirechtliche Gewahrsam unter besonderer Berücksichtigung des Unterbindungsgewahrsams. Berlin 1998.
- Strafner, Alexander*, Der Schadensersatzanspruch nach Art. 5 Abs. 5 EMRK in Haftsachen – zugleich ein Plädoyer für die konsequente Anwendung des Grundsatzes der Rechtswegerschöpfung (Art. 35 Abs. 1 EMRK). *StV* 2010, 275–278.
- Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren durch verstärkten Einsatz von Bild-Ton-Technik. BRAK-Stellungnahme-Nr. 1/2010. Februar 2010.
- Strafrechtsausschuss und Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Entwurf für eine Reform des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens. Berlin Oktober 2005.
- Stratenwerth, Günther*, Strafprozessuale Zwangsmaßnahmen bei inzidenter Normenkontrolle. *JZ* 1957, 299–303.
- Sudre, Frédéric*, Le « contentieux français » à Strasbourg – bilan de onze ans de recours individuel. In: Frédéric Sudre (Hrsg.), *Le Droit français et la Convention européenne des droits de l’homme 1974–1992. Actes du Colloque de Montpellier*, Februar 1993. Kehl u.a. 1994, S. 61–99.
- Swoboda, Sabine*, Die Lehre vom Rechtsgut und ihre Alternativen. *ZStW* 122 (2010), 24–50.
- Sylvestre, Marie-Ève*, Les arrestations préventives sont illégales et illégitimes. *Droit-Inc*, 13.6.2012. Abrufbar unter: www.droit-inc.com/article7797-Les-arrestations-preventives-sont-illegales-et-illegitimes [Stand: 3/2015].
- Teissier, Anne*, Où va notre procédure pénale? A propos de la loi du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d’innocence et les droits des victimes. *Garde à vue et droits de la défense. RPDP* 2001, 30–63.
- Theile, Hans*, Apokryphe Haftgründe in Wirtschaftsstrafverfahren. Empirische Erkenntnisse aus einem Münsteraner Forschungsprojekt. *wistra* 2005, 327–332.
- Thibaud, Vincent*, Législation antiterroriste, lutte contre la criminalité organisée: le Conseil constitutionnel face aux politiques pénales contemporaines. *Association Française de Droit Constitutionnel. VIIe Congrès français de droit constitutionnel – 25, 26 et 27 septembre 2008. Atelier n° 5: « Justice et Constitution »*. Abrufbar unter: www.droit-constitutionnel.org/congresParis/comC5/ThibaudTXT.pdf [Stand: 3/2015].
- Thielmann, Jochen*, „Ihnen ist ein Pflichtverteidiger beizuordnen!“ – Zur Belehrung des Verhafteten über die Beordnung eines Pflichtverteidigers im Haftbefehlverkündungstermin. *HRRS* 2013, 283–291.
- Thissen, Marita*, Das Verhaftungsrecht unter dem Einfluß von Inquisitions- und Akkusationsprinzip in der Geschichte des deutschen Strafprozessrechts. Bonn 1969.
- Thomas, Didier*, Le droit à la sûreté. In: Remy Cabrillac u.a. (Hrsg.), *Libertés et droits fondamentaux*. 19. Aufl. Paris 2013, S. 413–445.
- Tiedemann, Klaus*, Die Rechtsstellung des Strafgefangenen nach französischem und deutschem Verfassungsrecht (*Liberté individuelle et régime pénitentiaire*). Bonn 1963.

- Trautwein, Elke*, Freiheitsentzug im Verwaltungsrecht. Ein Rechtsvergleich im Lichte der EMRK. Frankfurt a.M. 2003.
- Trechsel, Stefan*, Die Garantie der persönlichen Freiheit (Art. 5 EMRK) in der Straßburger Rechtsprechung. EuGRZ 1980, 514–532.
- Tricoire, Emmanuel*, La détention provisoire entre ordre public et opinion publique. Anm. zu CA Montpellier, Ch. instr., 6.10.2009. JCP G 2009, Semaine du droit n° 508, 24–26.
- Triffierer, Otto*, Die Bemühungen der Vereinten Nationen zur Regelung der Untersuchungshaft. Aufgaben, Möglichkeiten und Grenzen bei der völkerrechtlichen Durchsetzung von Mindestgarantien. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, S. 885–928.
- Trolliet, Fabrice*, Les gardes à vue dérogatoires. Aix-Marseille 2002.
- Truche, Pierre*, Rapport de la commission de réflexion sur la Justice. Paris Juli 1997.
- Tsambikakis, Michael*, Moderne Einwirkungen auf die Strafprozessordnung – Beispiel: Untersuchungshaft. ZIS 2009, 503–510.
- Turpin, Dominique*, L'autorité judiciaire gardienne de la liberté individuelle. AJDA 1983, I, 653–663.
- Unfried, Eva*, Die Freiheits- und Sicherheitsrechte nach Art. 5 EMRK. Ein Vergleich mit der Strafprozessordnung im Hinblick auf die Auswirkungen der Konventionsrechte auf die deutsche Strafrechtsprechung. Berlin 2006.
- Union des Jeunes Avocats de Nice et de Chartres, Rapport Commission pénale. Mai 2008. Abrufbar unter: www.fnuja.com/LYON-2008-Rapport-et-motion-Penal_a938.html [Stand: 3/2015].
- UNODC, Mesures carcérales et mesures non privatives de liberté. Détention avant jugement. Compilation d'outils d'évaluation de la justice pénale. Wien, New York 2008.
- Vallini, André/Houillon, Philippe*, Rapport fait au nom de la Commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement. Assemblée nationale n° 3125. Paris 6.6.2006.
- van Kalmthout, Anton* u.a. (Hrsg.), 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. Nijmegen 2009.
- van Kalmthout, Anton/Knapen, Marije*, The CPT and pre-trial detention in Europe. In: Piet Hein van Kempen (Hrsg.), Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law. Détention avant jugement. Droits de l'homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé. Cambridge u.a. 2012, S. 121–150.
- van Kempen, Piet Hein* (Hrsg.), Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law. Détention avant jugement. Droits de l'homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé. Cambridge u.a. 2012.

- La détention avant jugement dans le droit national et international et la pratique: Synthèse et analyses comparatives. In: Piet Hein van Kempen (Hrsg.), *Pre-trial detention. Human rights, criminal procedural law and penitentiary law, comparative law. Détention avant jugement. Droits de l'homme, droit de la procédure pénale et droit pénitentiaire, droit comparé.* Cambridge u.a. 2012, S. 47–95.
- Veil, Pierre-François/Père, David*, La renonciation à l'assistance d'un avocat en garde à vue est-elle conforme aux exigences du procès équitable? D. 2012, 2400–2401.
- Ventre, André-Michel/Soullez, Christophe*, Tableaux de bord annuels sur les personnes mises en cause, les gardes à vue et le rapport « garde à vue / mis en cause » de 2005 à 2010. ONDRP/INHESJ. Paris September 2011.
- Ventzke, Klaus-Ulrich*, Kein Verwertungsverbot bei Angaben ohne Verteidiger. StV 1996, 524–526.
- Vergès, Etienne*, La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004. AJ Pén. 2004, 181–186.
- L'enquête pénale au cœur d'un changement de paradigme: Le statut et les droits de la personne mise en cause dans la procédure pénale. RPDP 2009, 837–845.
- La transformation du modèle français de la garde à vue: Etude d'un exemple d'acculturation de la procédure pénale. RPDP 2010, 865–882.
- Garde à vue: Le rôle de l'avocat au cœur d'un conflit de normes nationales et européennes. D. 2011, 3005–3006.
- Procédure pénale. 3. Aufl. Paris 2011.
- Le statut juridique du suspect: un premier défi pour la transposition du droit de l'Union européenne en procédure pénale – À propos de la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil, du 22 mai 2012, relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Dr. pén. 2014, Etude n° 15.
- Verrel, Torsten*, Kinderdelinquenz – ein strafprozessuales Tabu? NSTz 2001, 284–290.
- Viout, Jean-Olivier*, Rapport du Groupe de travail chargé de tirer les enseignements du traitement judiciaire de l'affaire dite « d'Outreau ». Ministère de la Justice. Paris 2005.
- Vitu, André*, Participation à une association de malfaiteurs. In: Henri Angevin/Jacques-Henri Robert (Hrsg.), *JurisClasseur Pénal Code (LexisNexis)*, Art. 450-1 à 450-5, Fasc. 20, Cote: 08,2004. Paris 2004. Letzte Aktualisierung: 11.8.2011.
- Atteintes à la liberté individuelle par des personnes exerçant une fonction publique. In: Henri Angevin/Jacques-Henri Robert (Hrsg.), *JurisClasseur Pénal Code (LexisNexis)*, Art. 432-4 à 432-6, Fasc. 20, Cote: 03,2013. Paris 2013.
- Une nouvelle juridiction d'exception: la Cour de sûreté de l'Etat. RSC 1964, 1–51.
- Vlamynck, Herve*, La procédure de comparution immédiate: Vitesse ou précipitation. AJ Pén. 2011, 10–18.
- Le policier et la garde à vue: remarques et interrogations. AJ Pén. 2004, 269–275.
- La garde à vue du code d'instruction criminelle à nos jours. AJ Pén. 2008, 257–262.
- Droit de la police. 4. Aufl. Paris 2011.

- Vlamynck, Herve*, Droit de ne pas s'auto-incriminer et loyauté de la preuve. Anm. zu Cass. 7.1.2014. AJ Pén. 2014, 194–195.
- La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière. AJ Pén. 2014, 325–327.
- Vogel, Hans-Jochen*, Strafverfahrensrecht und Terrorismus – eine Bilanz. NJW 1978, 1217–1228.
- Vogler, Richard*, Criminal Procedure in France. In: Richard Vogler/Barbara Huber (Hrsg.), Criminal procedure in Europe. Berlin 2008, S. 172–268.
- Vogler, Theo*, Die Untersuchungshaft in der Spruchpraxis des Europäischen Gerichtshofes und der Europäischen Kommission für Menschenrechte. In: Hans-Heinrich Jescheck/Justus Krümpelmann (Hrsg.), Die Untersuchungshaft im deutschen, ausländischen und internationalen Recht. Bonn 1971, 873–884.
- Vogt, Thomas*, Entbehrlichkeit der Staatssicherheitsklausel in § 114 II Nr. 4 StPO. NSTz 1982, 21–22.
- Volk, Elisabeth*, Haftbefehle und ihre Begründungen: Gesetzliche Anforderungen und praktische Umsetzung. Frankfurt a.M. u.a. 1995.
- von Bassewitz, Hans-Henning/Kinzler, Robin*, Pflichtverteidigung bei U-Haft. Anm. zu OLG Düsseldorf, Beschl. vom 16.3.2011. StV 2011, 651–655.
- von Heintschel-Heinegg, Bernd*, Europäischer Haftbefehl. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014, § 37 S. 661–676.
- (Hrsg.), StGB. Beck'scher Online-Kommentar. 22. Aufl. München 2013.
- von Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz. 3 Bände. 6. Aufl. München 2010.
- Vormbaum, Moritz*, Beschwerde gegen freiheitsbeschränkende Beschlüsse im Strafverfahren. In: Wilhelm Degener/Michael Heghmanns (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Dencker zum 70. Geburtstag. Tübingen 2012, S. 343–357.
- Wachsmann, Patrick*, Die Europäische Menschenrechtskonvention und innerstaatliches Recht – eine französische Perspektive. In: Johannes Masing/Olivier Jouanjan (Hrsg.), Terrorismusbekämpfung, Menschenrechtsschutz und Föderation. Deutsch-Französische Gespräche zum Öffentlichen Recht. Tübingen 2008, S. 79–111.
- Libertés publiques. 6. Aufl. Paris 2009.
- Waechter, Kay*, Unterbindungsgewahrsam mit EMRK unvereinbar. NVwZ 2014, 995–998.
- Walther, Susanne*, Präventivhaft für terrorismusverdächtige „Gefährder“: eine Option für Deutschland? ZIS 2007, 464–475.
- Wasmeier, Martin*, Entwicklung des Rechtshilferechts in der EU. In: Ulrich Sieber u.a. (Hrsg.), Europäisches Strafrecht. 2. Aufl. Baden-Baden 2014, § 32 S. 569–591.
- Wassermann, Rudolf* (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozeßordnung. Reihe Alternativkommentare, Band 2 Teilband 1: §§ 94–212b. Neuwied u.a. 1992.
- Wehner, Christina*, Die Haftgründe: Reformdiskussion und Gesetzgebung seit 1877. Berlin u.a. 2006.
- Weider, Hans-Joachim*, Das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts. StV 2010, 102–109.

- Weigend, Thomas*, Der Zweck der Untersuchungshaft. In: Heike Jung u.a. (Hrsg.), Festschrift für Egon Müller. Baden-Baden 2008, S. 739–752.
- Festgenommene Ausländer haben ein Recht auf Benachrichtigung ihres Konsulats ... und die Verletzung dieses Rechts hat Konsequenzen. StV 2008, 39–44.
- Weiß, Wolfgang*, Grundrechtsschutz durch den EuGH: Tendenzen seit Lissabon. EuZW 2013, 287–292.
- Welp, Jürgen*, Die Gleichstellung des verhandlungsunfähigen Angeklagten. JR 1991, 265–272.
- Wenske, Marc*, 10 Jahre Hauptverhandlungshaft (§ 127b II StPO). NSTZ 2009, 63–68.
- Widmaier, Gunter* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung. München 2006.
- Wiesneth, Christian*, Die Untersuchungshaft. Haftanordnung und landesrechtlicher Vollzug nach neuem Recht. Stuttgart 2010.
- Witzack, Maren*, Das Recht der französischen Vollzugspolizeien. Eine vergleichende Untersuchung aus der Perspektive der Polizeirechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Würzburg 2002.
- Wohlers, Wolfgang*, Die „unverzügliche“ Beiordnung eines Pflichtverteidigers: Gefährdung des Anspruchs auf effektive Verteidigung? StV 2010, 151–157.
- Wolter, Jürgen*, Untersuchungshaft, Vorbeugungshaft und vorläufige Sanktionen. ZStW 93 (1981), 452–506.
- Allgemeiner Überblick über Ermittlungsmaßnahmen und Verfahrenssicherung. In: Albin Eser/Günther Kaiser/Ewa Weigend (Hrsg.), Viertes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Strafrechtsreform in Polen und Deutschland. Untersuchungshaft. Hilfeleistungspflicht und Unfallflucht. Baden-Baden 1991, S. 89–112.
- Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk*, Polizeirecht in Baden-Württemberg. 6. Aufl. Heidelberg 2005.
- Zeder, Fritz*, Europastrafrecht, Vertrag von Lissabon und Stockholmer Programm: Mehr Grundrechtsschutz? EuR 2012, 34–60.
- Ziegert, Ulrich*, Der Richter des nächsten Amtsgerichts – Richter oder Urkundsbeamter? StV 1997, 439–442.
- Zweigert, Konrad/Kötz, Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts. 3. Aufl. Tübingen 1966.

Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht

Die zentralen Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht werden in Zusammenarbeit mit dem Verlag Duncker & Humblot in den folgenden vier Unterreihen der „Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht“ vertrieben:

- „Strafrechtliche Forschungsberichte“,
- „Kriminologische Forschungsberichte“,
- „Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie“ sowie
- „Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung“.

Diese Publikationen können direkt über das Max-Planck-Institut unter <www.mpicc.de> oder über den Verlag Duncker & Humblot unter <www.duncker-humblot.de> erworben werden.

Darüber hinaus erscheinen im Hausverlag des Max-Planck-Instituts in der Unterreihe „research in brief“ zusammenfassende Kurzbeschreibungen von Forschungsergebnissen und in der Unterreihe „Arbeitsberichte“ Veröffentlichungen vorläufiger Forschungsergebnisse. Diese Veröffentlichungen können über das Max-Planck-Institut bezogen werden.

Detaillierte Informationen zu den einzelnen Publikationen des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht sind unter <www.mpicc.de> abrufbar.

The main research activities of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law are published in the following four subseries of the “Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht” (Research Series of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law), which are distributed in cooperation with the publisher Duncker & Humblot:

- “Strafrechtliche Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminal Law),
- “Kriminologische Forschungsberichte” (Reports on Research in Criminology),
- “Interdisziplinäre Forschungen aus Strafrecht und Kriminologie” (Reports on Interdisciplinary Research in Criminal Law and Criminology), and
- “Sammlung ausländischer Strafgesetzbücher in deutscher Übersetzung” (Collection of Foreign Criminal Laws in German Translation).

These publications can be ordered from the Max Planck Institute at <www.mpicc.de> or from Duncker & Humblot at <www.duncker-humblot.de>.

Two additional subseries are published directly by the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law: “research in brief” contains short reports on results of research activities, and “Arbeitsberichte” (working materials) present preliminary results of research projects. These publications are available at the Max Planck Institute.

Detailed information on all publications of the Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law can be found at <www.mpicc.de>.



Auswahl aus dem strafrechtlichen Veröffentlichungsprogramm:

- S 151 *Emmanouil Billis*
Die Rolle des Richters im adversatorischen und im inquisitorischen Beweisverfahren
Modelltheoretische Ansätze, englisches und deutsches Beweisführungssystem, internationalrechtliche Dimensionen
2015 • 503 Seiten • ISBN 978-3-86113-804-4 € 44,00
- S 150 *Ulrich Sieber / Benjamin Vogel*
Terrorismusfinanzierung
Prävention im Spannungsfeld von internationalen Vorgaben und nationalem Tatstrafrecht
2015 • 237 Seiten • ISBN 978-3-86113-805-1 € 35,00
- S 149 *Stefan Drackert*
Die Risiken der Verarbeitung personenbezogener Daten
2014 • 338 Seiten • ISBN 978-3-86113-806-8 € 35,00
- S 147 *Lennart M. Hügel*
Strafbarkeit der Anschlagsvorbereitung durch terroristische Einzeltäter und deren Unterstützer
Eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand der deutschen und amerikanischen Rechtsordnung
2014 • 260 Seiten • ISBN 978-3-86113-808-2 € 35,00
- S 145 *Xenia Lang*
Geheimdienstinformationen im deutschen und amerikanischen Strafprozess
2014 • 400 Seiten • ISBN 978-3-86113-811-2 € 41,00
- S 144 *Michael Albrecht*
Die Kriminalisierung von Dual-Use-Software
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-812-9 € 40,00
- S 143 *Zunyou Zhou*
Balancing Security and Liberty
Counter-Terrorism Legislation in Germany and China
2014 • 352 Seiten • ISBN 978-3-86113-813-6 € 40,00
- S 142 *Nadine Dombrowski*
Extraterritoriale Rechtsanwendung im Internet
2014 • 206 Seiten • ISBN 978-3-86113-814-3 € 31,00
- S 141 *Gang Wang*
Die strafrechtliche Rechtfertigung von Rettungsfolter
Ein Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA
2014 • 428 Seiten • ISBN 978-3-86113-815-0 € 41,00



Auswahl aus dem strafrechtlichen Veröffentlichungsprogramm:

- S 128.1.1 *Ulrich Sieber / Konstanze Jarvers / Emily Silverman* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 1.1: Introduction to National Systems
2013 • 314 Seiten • ISBN 978-3-86113-822-8 € 40,00
- S 128.1.2 Volume 1.2: Introduction to National Systems
2013 • 363 Seiten • ISBN 978-3-86113-826-6 € 43,00
- S 128.1.3 Volume 1.3: Introduction to National Systems
2014 • 297 Seiten • ISBN 978-3-86113-818-1 € 40,00
- S 128.1.4 Volume 1.4: Introduction to National Systems
2014 • 391 Seiten • ISBN 978-3-86113-810-5 € 43,00
- S 128.2.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 2.1: General limitations on the application
of criminal law
2011 • 399 Seiten • ISBN 978-3-86113-834-1 € 43,00
- S 128.3.1 *Ulrich Sieber / Susanne Forster / Konstanze Jarvers* (eds.)
National Criminal Law in a Comparative Legal Context
Volume 3.1: Defining criminal conduct
2011 • 519 Seiten • ISBN 978-3-86113-833-4 € 46,00
- S 114.1 *Ulrich Sieber/Karin Cornils* (Hrsg.)
Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung
– Allgemeiner Teil –
Band 1: Grundlagen
2009 • 790 Seiten • ISBN 978-3-86113-849-5 € 55,00
- S 114.2 Band 2: Gesetzlichkeitsprinzip – Internationaler Geltungs-
bereich – Begriff und Systematisierung der Straftat
2008 • 470 Seiten • ISBN 978-3-86113-860-0 € 41,00
- S 114.3 Band 3: Objektive Tatseite – Subjektive Tatseite –
Strafbares Verhalten vor der Tatvollendung
2008 • 490 Seiten • ISBN 978-3-86113-859-4 € 41,00
- S 114.4 Band 4: Tatbeteiligung – Straftaten in Unternehmen,
Verbänden und anderen Kollektiven
2010 • 527 Seiten • ISBN 978-3-86113-842-6 € 45,00
- S 114.5 Band 5: Gründe für den Ausschluss der Strafbarkeit –
Aufhebung der Strafbarkeit – Verjährung
2010 • 718 Seiten • ISBN 978-3-86113-841-9 € 55,00



Auswahl aktueller Publikationen aus dem kriminologischen Veröffentlichungsprogramm:

- K 167 *Christopher Murphy*
**“Come in Spinner” – Money Laundering
in the Australian Casino Industry**
Berlin 2014 • 152 Seiten • ISBN 978-3-86113-250-9 € 29,00
- K 166 *Ramin Tehrani*
**Die „Smart Sanctions“ im Kampf gegen den Terrorismus
und als Vorbild einer präventiven Vermögensabschöpfung**
Berlin 2014 • 256 Seiten • ISBN 978-3-86113-247-9 € 35,00
- K 165 *Daniela Cernko*
Die Umsetzung der CPT-Empfehlungen im deutschen Strafvollzug
Eine Untersuchung über den Einfluss des Europäischen Komitees
zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender
Behandlung oder Strafe auf die deutsche Strafvollzugsverwaltung
Berlin 2014 • 455 Seiten • ISBN 978-3-86113-246-2 € 39,00
- K 164 *Franziska Kunz*
Kriminalität älterer Menschen
Beschreibung und Erklärung auf der Basis von Selbstberichtsdaten
Berlin 2014 • 387 Seiten • ISBN 978-3-86113-244-8 € 35,00
- K 163 *David Jensen*
Maras
A study of their origin, international impact, and the measures
taken to fight them
Berlin 2013 • 245 Seiten • ISBN 978-3-86113-243-1 € 35,00
- K 161 *Gunda Wößner, Roland Hefendehl, Hans-Jörg Albrecht (Hrsg.)*
Sexuelle Gewalt und Sozialtherapie
Bisherige Daten und Analysen zur Längsschnittstudie „Sexual-
straftäter in den sozialtherapeutischen Abteilungen des
Freistaates Sachsen“
Berlin 2013 • 274 Seiten • ISBN 978-3-86113-241-7 € 35,00
- K 159 *Andreas Armbrorst*
Jihadi Violence
A study of al-Qaeda’s media
Berlin 2013 • 266 Seiten • ISBN 978-3-86113-119-9 € 35,00
- K 158 *Martin Brandenstein*
**Auswirkungen von Haft Erfahrungen auf Selbstbild
und Identität rechtsextremer jugendlicher Gewalttäter**
Berlin 2012 • 335 Seiten • ISBN 978-3-86113-118-2 € 35,00
- K 157 *Ghassem Ghassemi*
Criminal Policy in Iran Following the Revolution of 1979
A Comparative Analysis of Criminal Punishment and Sentencing
in Iran and Germany
Berlin 2013 • 265 Seiten • ISBN 978-3-86113-116-8 € 35,00