

**HRRS-Nummer:** HRRS 2005 Nr. 708

**Bearbeiter:** Stephan Schlegel

**Zitiervorschlag:** BVerfG HRRS 2005 Nr. 708, Rn. X

---

**BVerfG 2 BvR 1357/05 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 18. August 2005 (OLG Düsseldorf/LG Duisburg)**

Freiheit der Person (Gesetzesvorbehalt; keine richterliche Rechtsfortbildung; kein Gewohnheitsrecht); kein "Wiederaufleben" eines Haftbefehls durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Entlassung aus der Untersuchungshaft durch einstweilige Anordnung des BVerfG.

Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG; § 112 StPO; § 114 StPO; § 44 StPO; § 341 Abs. 1 StPO; § 32 Abs. 1 BVerfGG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Der Verschärfung des schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehaltes durch Art. 104 Abs. 1 GG, der noch unterstützt wird durch die Formalgarantien des Art. 104 Abs. 2 GG, ist zu entnehmen, dass es dem Grundgesetz im Bereich der Freiheitsentziehungen auf eine besonders rechtsstaatliche, förmliche Regelung ankommt (vgl. BVerfGE 29, 183, 195 f.). Der Gesetzgeber soll gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln. Aus diesem Grunde scheidet auch Gewohnheitsrecht oder eine richterliche Rechtsfortbildung als "gesetzliche Grundlage" aus. Nur der Gesetzgeber soll nach Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG darüber entscheiden, in welchen Fällen Freiheitsentziehungen zulässig sein sollen (vgl. BVerfGE 29, 183, 196).

2. Mit der Zielsetzung des Art. 104 Abs. 1 GG ist ein wie auch immer geartetes "Wiederaufleben" eines bereits durch ein rechtskräftiges Urteil gegenstandslos gewordenen Haftbefehls im Wege hafrichterlicher Rechtsfortbildung unvereinbar, selbst wenn die Rechtskraft des Urteils durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durchbrochen wird. Ein einmal gegenstandslos gewordener Haftbefehl bleibt gegenstandslos.

3. Wenn der Gesetzgeber für den Fall der Gewährung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumens der Frist für die Einlegung der Revision ein "Wiederaufleben" eines bereits gegenstandslos gewordenen Haftbefehls will, so muss er dies vor dem Hintergrund der durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG vermittelten Gewährleistungen - ungeachtet der gegen ein solches Vorhaben bestehenden rechtsstaatlichen Bedenken - gesetzlich anordnen. Dem Richter jedenfalls ist eine solche Rechtsfortbildung von vornherein verwehrt.

Entscheidungstenor

Der Beschwerdeführer ist unverzüglich aus der Haft zu entlassen.

Mit der Durchführung der Anordnung werden die 3. Strafkammer - Jugendkammer - des Landgerichts Duisburg und die Staatsanwaltschaft Duisburg beauftragt.

Der Vollzug der Anordnung ist dem Bundesverfassungsgericht unverzüglich anzuzeigen.

Das Land Nordrhein-Westfalen hat dem Beschwerdeführer die notwendigen Auslagen zu erstatten.

Gründe

I.

1. Der Beschwerdeführer wurde auf Grund Haftbefehls des Amtsgerichts Oberhausen vom 27. September 2001 in Untersuchungshaft genommen und vom Landgericht Duisburg am 29. April 2002 wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Das Urteil wurde (zunächst) rechtskräftig. 1

2. Mit Schriftsatz vom 25. September 2002 legte der Beschwerdeführer Revision ein und beantragte, ihm Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Mit Beschluss vom 3. März 2005 stellte der Große Senat des Bundesgerichtshofs für Strafsachen die Unzulässigkeit der dem Urteil des Landgerichts Duisburg vom 29. April 2002 zugrunde liegenden Urteilsabsprache fest. Mit Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19. Mai 2005 wurde dem Beschwerdeführer nach Versäumung der Frist zur Einlegung der Revision auf seinen Antrag Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gewährt. 2

3. Unter dem 9. Juni 2005 beantragte der Beschwerdeführer bei der Staatsanwaltschaft Duisburg seine unverzügliche Freilassung. Auf Grund der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand sei die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Duisburg vom 29. April 2002 durchbrochen worden und die Grundlage für die Vollstreckung von Straftat entfallen. Der Haftbefehl des Amtsgerichts Oberhausen vom 27. September 2001 sei durch die zunächst eingetretene Rechtskraft des Urteils vom 29. April 2002 erloschen. Er lebe nicht wieder auf. Mit Schriftsatz vom gleichen Tage legte der Verteidiger des Beschwerdeführers zugleich auch Haftbeschwerde beim Landgericht Duisburg ein. Mit weiterem Schriftsatz vom 10. Juni 2005 beantragte er den Erlass einer einstweiligen Anordnung. 3

4. Die 3. Strafkammer - Jugendkammer - des Landgerichts Duisburg legte die Beschwerde als Haftprüfungsantrag gegen die im Anschluss an das Urteil vom 29. April 2002 verkündete Haftfortdauerentscheidung aus, die ihrerseits auf einen Haftbefehl der Strafkammer vom 13. März 2002 Bezug nimmt, und wies den Antrag auf Aufhebung des Haftbefehls oder dessen Außervollzugsetzung mit Beschluss vom 16. Juni 2005 zurück. Zur Begründung führte das Landgericht aus, die Haftentscheidung sei nicht durch die zeitweise eingetretene Rechtskraft des Urteils vom 29. April 2002 gegenstandslos geworden. Die rückwirkende Kraft der Wiedereinsetzung beschränke sich auf die Beseitigung von Hindernissen, die der Nachholung der versäumten Prozesshandlung entgegenstünden. Die Wiedereinsetzung verfolge dagegen nicht den Zweck, dem Säumigen Vorteile zu verschaffen, die er ohne Säumnis nicht gehabt hätte. Die Situation sei anders als bei einem beständig rechtskräftigen Urteil, bei dem der Haftbefehl mit Eintritt der Rechtskraft gegenstandslos werde und bleibe. 4

Ferner bejahte das Landgericht das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts und sah den Haftgrund der Fluchtgefahr als gegeben an. Es bestehe Grund zu der Annahme, dass sich der Beschwerdeführer dem weiteren Verlauf des Strafverfahrens durch Abtauchen in die Illegalität entziehe, erst recht wenn er sich, seinen Angaben zufolge, eine Rückkehr nach Sierra Leone nicht vorstellen könne und dort, anders als hier, die medizinische Versorgung seiner Aids-Erkrankung nicht gewährleistet sei. 5

Die Untersuchungshaft sei auch nicht unverhältnismäßig, obwohl der Beschwerdeführer infolge seiner Aids-Erkrankung besonders haftempfindlich sei. Sein Freiheitsanspruch werde auch nicht dadurch verletzt, dass er schon mehr als zwei Drittel der verhängten Strafe durch Freiheitsentzug verbüßt habe. Das Verfahren sei nicht verzögert betrieben worden. Die Grundsätze des fairen Verfahrens (Art. 6 EMRK) seien nicht verletzt. Auch die mit der durch die Herbeiführung einer Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofs verbundenen zeitlichen Abläufe machten das Verfahren nicht zu Lasten des Beschwerdeführers überlang. 6

Dabei verkenne die Kammer nicht, dass sich nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts das Gewicht des Freiheitsanspruchs mit zunehmender Dauer der Untersuchungshaft verstärke. Vorliegend habe sich indes das Gewicht des staatlichen Strafanspruchs mit der Verurteilung des Beschwerdeführers erhöht. Selbst wenn der Bundesgerichtshof im Rahmen der Revision das Geständnis des Beschwerdeführers in der Hauptverhandlung wegen einer Verknüpfung mit einem unzulässigen Rechtsmittelverzicht als nicht glaubhaft einstufen sollte, werde dadurch das Gewicht der Verurteilung nicht beseitigt, weil die objektive Beweislage gegen den Beschwerdeführer spreche. Dieser habe im Falle eines erneuten Geständnisses kaum mit einer geringeren Strafe zu rechnen. Angesichts des Umstandes, dass der Bundesgerichtshof nunmehr über die Revision des Beschwerdeführers entscheiden werde, halte die Kammer zum jetzigen Zeitpunkt eine Aufhebung der Untersuchungshaft nicht für geboten. Mildere Maßnahmen im Sinne des § 116 Abs. 1 StPO seien nicht geeignet, dem Fluchtanreiz entgegenzuwirken. 7

5. Mit Beschluss vom 27. Juli 2005 verwarf das Oberlandesgericht Düsseldorf die hiergegen gerichtete Beschwerde als unbegründet. Zugleich wurde der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung für gegenstandslos erklärt. Der Beschwerdeführer sei des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge dringend verdächtig. Auch im Falle einer erneuten Hauptverhandlung habe er mit einer mehrjährigen Freiheitsstrafe zu rechnen. Allein daraus resultiere unter Berücksichtigung des Lebensumfeldes des Beschwerdeführers ein hoher Fluchtanreiz, der nicht durch gefestigte soziale oder berufliche Bindungen gemindert werde. Der Beschwerdeführer sei mit erheblicher krimineller Energie tätig geworden und habe offensichtlich gute Kontakte zum Drogenmilieu, die ihm ein - zumindest vorübergehendes - Untertauchen erleichtern würden. Unter Berücksichtigung aller Umstände sei nach der Lebenserfahrung im Falle seiner Entlassung damit zu rechnen, dass er sich dem gegen ihn gerichteten Verfahren 8

entziehe. Eine Haftverschonung nach § 116 StPO scheidet aus. Die weitere Vollstreckung der bereits erlittenen Untersuchungshaft sei auch nicht unverhältnismäßig. Auf die zutreffenden Ausführungen im Beschluss des Landgerichts werde Bezug genommen. Ein schuldhafter Verstoß gegen das in Haftsachen geltende besondere Beschleunigungsgebot sei nicht zu erkennen. Auf die Frage des "Wiederauflebens" des bereits gegenstandslos gewordenen Haftbefehls ging das Oberlandesgericht nicht ein.

## II.

Mit seiner am 15. August 2005 eingegangenen Verfassungsbeschwerde, die mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden ist, rügt der Beschwerdeführer eine Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2, Art. 3 Abs. 1 und Art. 104 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG. Ferner macht er einen Verstoß gegen Art. 5 EMRK geltend. Zur Begründung trägt er vor, seit der Gewährung von Wiedereinsetzung in den vorigen Stand durch den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19. Mai 2005 könne Strafhaft nicht mehr vollzogen werden. Mit dem Beschluss des Bundesgerichtshofs sei die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts beseitigt und ein absolutes Vollstreckungshindernis für den Vollzug von Strafhaft geschaffen worden. 9

Mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils des Landgerichts vom 29. April 2002 sei darüber hinaus der bis dahin bestehende Haftbefehl erloschen. Ein neuer Haftbefehl sei weder verkündet noch erlassen worden. Er werde daher ohne gesetzliche Grundlage seiner Freiheit beraubt. Die Auffassung des Landgerichts, der ursprüngliche Haftbefehl lebe wieder auf, sei mit Art. 104 Abs. 1 GG unvereinbar und deshalb verfassungswidrig; für ein "Wiederaufleben" fehle es an der erforderlichen gesetzlichen Grundlage. Das Oberlandesgericht habe sich mit der Problematik in seiner Entscheidung erst gar nicht auseinander gesetzt. 10

Die angegriffenen Entscheidungen verstießen darüber hinaus auch gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG). Er befinde sich nunmehr seit über drei Jahren und zehn Monaten in Haft. Die maximale Verbüßungsdauer sei auf Grund des Urteils des Landgerichts vom 29. April 2002 auf vier Jahre und sechs Monate begrenzt. An einer Vollverbüßung fehlten mithin lediglich sieben Monate und 20 Tage. Angesichts dessen sei der weitere Vollzug von Untersuchungshaft nicht mehr verhältnismäßig. 11

Es sei offensichtlich, dass er auf Grund seiner Aids-Erkrankung, die es notwendig mache, lebenserhaltende Medikamente zu erhalten, die er sich aus eigener Kraft nicht besorgen könne, gezwungen sei, mit den Strafverfolgungsbehörden zusammenzuarbeiten und seinen Wohnsitz in der Bundesrepublik Deutschland zu nehmen. Die Annahme von Fluchtgefahr sei angesichts dessen objektiv willkürlich und sachfremd. Eine Flucht seinerseits sei gleichbedeutend mit einem Untertauchen in den Tod. 12

Mangels Vorliegens eines Haftbefehls als Grundlage für die weitere Fortdauer der Haft sei der Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der sofortigen Freilassung unabdingbar. 13

## III.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist zulässig und begründet. Das Bundesverfassungsgericht kann nach § 32 Abs. 1 BVerfGG im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. 14

Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem aus dem Tenor ersichtlichen Inhalt liegen vor. 15

1. Die Freiheit der Person darf gemäß Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes beschränkt werden, das die Voraussetzungen der Freiheitsentziehungen im Gesetzestext hinreichend bestimmt regelt (vgl. BVerfGE 96, 68 <97>). Art. 104 Abs. 1 GG nimmt den in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG bereits enthaltenen Gesetzesvorbehalt für eine Freiheitsbeschränkung wieder auf und verstärkt ihn durch das Erfordernis eines "förmlichen" Gesetzes und durch die Forderung nach Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen (vgl. BVerfGE 10, 302 <323>; 14, 174 <186 f.>; 29, 183 <195>; 58, 208 <220>; 78, 374 <383>; 105, 239 <247>). Die formellen Gewährleistungen der Freiheit in Art. 104 GG stehen mit der materiellen Freiheitsgarantie des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG in unlösbarem Zusammenhang (vgl. BVerfGE 10, 302 <322>; 58, 208 <220>). Jede Freiheitsbeschränkung bedarf daher einer (wirksamen) materiell-gesetzlichen Grundlage (vgl. BVerfGE 2, 118 <119>; 29, 183 <195>). Sinn und Zweck dieser Regelung ist es, für den Eingriff in das Grundrecht der persönlichen Freiheit eine demokratisch legitimierte, vom Parlamentswillen getragene Rechtsgrundlage zu schaffen. Der Verschärfung des schon in Art. 2 Abs. 2 Satz 3 GG enthaltenen Gesetzesvorbehaltes durch Art. 104 Abs. 1 GG, der noch unterstützt wird durch die Formalgarantien des Art. 104 Abs. 16

2 GG, ist ferner zu entnehmen, dass es dem Grundgesetz im Bereich der Freiheitsentziehungen auf eine besonders rechtsstaatliche, förmliche Regelung ankommt (vgl. BVerfGE 29, 183 <195 f.>). Der Gesetzgeber soll gezwungen werden, Freiheitsentziehungen in berechenbarer, messbarer und kontrollierbarer Weise zu regeln. Aus diesem Grunde scheidet auch Gewohnheitsrecht oder eine richterliche Rechtsfortbildung als "gesetzliche Grundlage" aus. Nur der Gesetzgeber soll nach Art. 2 Abs. 2 und Art. 104 Abs. 1 GG darüber entscheiden, in welchen Fällen Freiheitsentziehungen zulässig sein sollen (vgl. BVerfGE 29, 183 <196>).

2. Mit dieser Zielsetzung des Art. 104 Abs. 1 GG ist ein wie auch immer geartetes "Wiederaufleben" eines bereits 17  
gegenstandslos gewordenen Haftbefehls im Wege hafrichterlicher Rechtsfortbildung unvereinbar. Der Haftbefehl des Landgerichts Duisburg vom 13. März 2002 ist mit Eintritt der Rechtskraft des Urteils vom 29. April 2002 gegenstandslos geworden; er hat sich mit der (zunächst) rechtskräftigen Verurteilung des Beschwerdeführers erledigt (vgl. BVerfGE 9, 160 <161>) und kann demzufolge nach Durchbrechung der Rechtskraft des Urteils des Landgerichts vom 29. April 2002 durch die mit Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 19. Mai 2005 gewährte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht "wieder aufleben" und erneut die Grundlage für eine weitere Inhaftierung des Beschwerdeführers bilden. Ein einmal gegenstandslos gewordener Haftbefehl bleibt gegenstandslos.

Liegen die Voraussetzungen für eine Anordnung von Untersuchungshaft vor, so ist (gegebenenfalls) ein neuer 18  
Haftbefehl zu erlassen. Jede andere Sichtweise ist mit der wertsetzenden Bedeutung des Grundrechts der persönlichen Freiheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) und den in Art. 104 Abs. 1 GG enthaltenen formellen Gewährleistungen unvereinbar. Anordnung und Aufrechterhaltung von Untersuchungshaft können nur auf gesetzlicher Grundlage, nicht aber im Wege einer im Übrigen mehr als zweifelhaften richterlichen Auslegung von Sinn und Zweck des Rechtsinstituts der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erfolgen.

Es mag zutreffen, dass eine Wiedereinsetzung nicht den Zweck verfolgt, dem Säumigen Vorteile zu verschaffen, die er 19  
ohne die Säumnis nicht gehabt hätte; sie verfolgt jedoch ganz gewiss nicht das Ziel, ihm Nachteile zu bereiten. Solche treten jedoch ein, wenn man mit dem Landgericht annimmt, ein bereits gegenstandslos gewordener Haftbefehl könne "wieder aufleben", ohne dass - und dies ist die zwingende Folge einer solchen Auffassung - die Voraussetzungen der Untersuchungshaft (vgl. § 112 Abs. 1 StPO), namentlich das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts, das Bestehen von Haftgründen und nicht zuletzt die Verhältnismäßigkeit einer weiteren Fortdauer der Haft, überhaupt einer richterlichen Prüfung unterzogen, und deren Ergebnis dem Betroffenen unter Gewährung rechtlichen Gehörs eröffnet wird. Bereits die besondere Förmlichkeit des Haftrechts steht einer solchen Auffassung zwingend entgegen.

Hätte der Gesetzgeber für den Fall der Gewährung einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumens 20  
der Frist für die Einlegung der Revision ein "Wiederaufleben" eines bereits gegenstandslos gewordenen Haftbefehls gewollt, so hätte er dies vor dem Hintergrund der durch Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG vermittelten Gewährleistungen - ungeachtet der gegen ein solches Vorhaben bestehenden rechtsstaatlichen Bedenken - gesetzlich anordnen müssen. Dem Richter jedenfalls ist solches von vornherein verwehrt.

Der Beschwerdeführer befindet sich infolgedessen seit dem 19. Mai 2005 ohne gesetzliche Grundlage in Haft. Die 21  
gleichwohl ergangenen Haftfortdauerentscheidungen sind mangels eines zugrunde liegenden Haftbefehls gegenstandslos. Auch sie sind daher - ungeachtet der erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken, die unter dem Gesichtspunkt des Vorliegens eines Haftgrundes und der Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gegen eine Anordnung von Untersuchungshaft bestünden - nicht geeignet, einen Freiheitsentzug zu legitimieren.

Der Beschwerdeführer ist infolgedessen unverzüglich auf freien Fuß zu setzen. Der Erlass einer einstweiligen 22  
Anordnung war zur Abwehr weiterer schwerer Nachteile für die Verwirklichung des Grundrechts der persönlichen Freiheit des Beschwerdeführers (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) zwingend geboten.

Dem entgegenstehende überwiegende öffentliche Belange sind nicht ersichtlich. 23

#### IV.

Auf Grund der besonderen Eilbedürftigkeit ergeht die einstweilige Anordnung ohne vorherige Gelegenheit zur 24  
Stellungnahme (§ 32 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG). Der Vorsitzende der für die Haftprüfung zuständigen 3. Strafkammer - Jugendkammer - des Landgerichts Duisburg war trotz der am 16. August 2005 um 15.00 Uhr (MESZ) gegen die Auffassung der Strafkammer fernmündlich geltend gemachten verfassungsrechtlichen Bedenken nicht bereit, entsprechende Folgerungen zu ziehen.

#### V.

