



Universität St.Gallen

Hochschule für Wirtschafts-, Rechts- und Sozialwissenschaften,
Internationale Beziehungen und Informatik (HSG)

**Die Reform des strafprozessualen Haftrechts mit Fokus auf die
revidierten Haftgründe und die Beschwerdelegitimation der
Staatsanwaltschaft**

Vorgelegt von:
Vera Costantini
Paul-Brandt-Strasse 13
9000 St. Gallen
Matrikel-Nr.: 18-607-846
vera.costantini@student.unisg.ch

Referent:
Prof. Dr. Marc Forster

Korreferentin:
Prof. Dr. Nora Markwalder

Eingereicht am: 21. August 2023

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	IV
Rechtsprechungsverzeichnis	VIII
Materialienverzeichnis	XI
Rechtsquellenverzeichnis	XIV
Abkürzungsverzeichnis	XV
I. Einleitung	1
II. Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO)	3
1. Einordnung	3
2. Der präventive Charakter der beiden Haftgründe	3
3. Haftgrund der Wiederholungsgefahr	5
3.1 Zweck	5
3.2 Aktueller Gesetzestext	5
3.3 Voraussetzungen	6
3.3.1 Schwere Verbrechen oder Vergehen	6
3.3.1.1 Mögliche Auslegungsvarianten gem. der Lehre	6
3.3.1.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung	9
3.3.2 Vortatenerfordernis	10
3.3.2.1 Notwendigkeit der Gleichartigkeit	10
3.3.2.2 Mögliche Vortaten-Konstellationen	11
3.3.2.2.1 Mehrere Vortaten	11
3.3.2.2.2 Verzicht auf jegliche Vortaten	11
3.3.3 Gefährdung der Sicherheit anderer	15
3.3.3.1 Delikte gegen die körperliche / sexuelle Integrität und Delikte gegen die Freiheit	16
3.3.3.2 Vermögensdelikte	17
3.3.3.3 Strassenverkehrs- und Betäubungsmitteldelikte	18
3.3.4 Ernsthafte Befürchtung	19
3.3.4.1 Rückfallprognose	19
3.3.4.2 Beurteilungskriterien der Rückfallgefahr	20
4. Haftgrund der Ausführungsgefahr	21
4.1 Zweck	21
4.2 Aktueller Gesetzestext	21
4.3 Besonderheiten des Haftgrunds	22
4.4 Voraussetzungen	23
4.2.1 Schweres Verbrechen	23
4.2.2 Drohung	24
4.2.3 Ernsthafte Befürchtung	24
5. Revision	26
5.1 Vorentwurf	26
5.2 Vernehmlassung	27
5.3 Entwurf	30
5.4 Ratsdiskussionen	32
5.4.1 Erste Beratung des NR	32
5.4.2 Erste Beratung des SR	34
5.4.3 Zweite Beratung des NR	34
5.4.4 Zweite Beratung des SR	35
5.4.5 Schlussabstimmung	35

6. Vergleich der neu formulierten Haftgründe mit dem (noch) geltenden Gesetzestext und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	35
6.1 Einfache Wiederholungsgefahr.....	35
6.2 Qualifizierte Wiederholungsgefahr.....	38
6.3 Ausführungsgefahr.....	42
III. Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft (Art. 222 StPO).....	44
1. Zweck.....	44
2. Aktueller Gesetzestext.....	44
3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung	44
3.1 Gründe für eine Bejahung der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft	45
3.2 Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes	46
3.3 Zustimmung und Kritik der Lehre	47
4. Revision	48
4.1 Vorentwurf.....	48
4.2 Vernehmlassung.....	49
4.3 Entwurf	50
4.4 Ratsdiskussionen.....	52
4.4.1 Erste Beratung des NR	52
4.4.2 Erste Beratung des SR	53
4.4.3 Differenzbereinigung.....	53
4.4.4 Schlussabstimmung	54
5. Vergleich des neu formulierten Gesetzestexts mit dem (noch) geltenden Gesetzestext und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung.....	54
V. Fazit.....	56
Anhang.....	XIV
Eigenständigkeitserklärung	XV

Literaturverzeichnis

ALBRECHT PETER: Präventive Irritationen in der Dogmatik des Strafprozessrechts, sui generis 2018, 58 ff.

CONTE MARTINA: Die Grenzen der Präventivhaft gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Zürich 2018 (= Diss. Zürich 2018 = Zürcher Studien zum Strafrecht 100).

DONATSCH ANDREAS *et al.* (Hrsg.): Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung StPO (3. A. Zürich 2020) (zit. BEARBEITER/-IN, in: SK-StPO, Art., Rz.).

DONATSCH ANDREAS/HIESTAND ELIANE: Wortlaut des Gesetzes oder allgemeine Rechtsprinzipien bei der Auslegung von Normen der StPO, ZStrR 2014, 1 ff.

DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG: Strafprozessrecht (2. A. Zürich 2014).

DUMITRESCU ADRIAN: Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO, AJP 2015, 447 ff.

«Eine tickende Zeitbombe», Tages-Anzeiger vom 10. Juli 2011.

FORSTER MARC: Ausgewählte Fragen der strafprozessualen Haft nach neuer StPO, in: Heer Marianne (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (Bern 2010) (zit. strafprozessuale Haft).

FORSTER MARC: Das Haftrecht der neuen StPO auf dem Prüfstand der Praxis, ZStrR 2012, 334 ff. (zit. Haftrecht).

FORSTER MARC: Gemeingefährliches Haftrecht?, Zur Teilrevision des strafprozessualen Haftrechts gemäss dem Vorentwurf von 2017, Jusletter 2018, Rz. 1 ff. (zit. gemeingefährliches Haftrecht).

FORSTER MARC: Willkommen auf der Strafrechts-website von Marc Forster (zit. Forster Strafrecht). Abgerufen am 20. Juni 2023 auf <<https://www.marc-forster-strafrecht.com>>.

GFELLER DIEGO R./BIGLER ADRIAN/BONIN DURI: Untersuchungshaft, Ein Leitfaden für die Praxis (Zürich 2017).

HEIMGARTNER STEFAN: Auslegungs- und Rechtsfindungsmethodik im Strafprozessrecht, AJP 2016, 3 ff.

JOSI CHRISTIAN: Nr. 39 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 6. April 2011 i.S. X gegen Staatsanwaltschaft Kanton Basel-Landschaft - 1B_126/2011, forumpenale 2011, 210 ff.

JOSITSCH DANIEL: Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts (4. A. Zürich 2023).

JOSITSCH DANIEL/KRUMM JÜRIG: Die Anordnung präventiver Untersuchungshaft in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Cavallo Angela *et al.* (Hrsg.), *Liber amicorum für Andreas Donatsch, Im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis* (Zürich 2012) 377 ff.

JOSITSCH DANIEL/RÖTHLISBERGER ARIK: Reform von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO, Die Änderung und Neufassung des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr, *Jusletter* 2023, Rz. 1 ff.

JOSITSCH DANIEL/SCHMID NIKLAUS: *Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts* (4. A. Zürich 2023) (zit. *Handbuch* 4. A.).

KAISER DANIEL: *Zum Spannungsverhältnis von öffentlicher Sicherheit und Schutz individueller Freiheitsrechte beim Haftgrund der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr* (Diss. Zürich 2020).

LEUTWYLER MICHAEL/IMPERATORI MARTINO: *Strafprozessordnung (StPO)*, in: Brägger Benjamin F. (Hrsg.), *Das schweizerische Vollzugslexikon, Von der vorläufigen Festnahme zur bedingten Entlassung* (2. A. Basel 2022) 599 ff.

MANFRIN FABIO: *Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Ein Beitrag zur Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Haftrecht*, Zürich (= Diss. Luzern 2014 = Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft 88).

MARKWALDER NORA/BINSWANGER JANINE: *Die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft: Eine empirische Analyse*, *forumpoenale* 2020, 384 ff.

MARKWALDER NORA/JETZER LAURA/GFELLER DIEGO R.: *Haftprüfung im Berufungsverfahren: Ist die Personalunion von Haft- und Sachrichter zulässig?*, in: Jeker Konrad/Held Thomas/Jeanneret Yvan (Hrsg.), *Strafprozessrecht 10 Jahre Schweizerische StPO* (Zürich 2022) 242 ff.

MELE VALENTINA: *Die erhebliche Sicherheitsgefährdung anderer beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr – Besprechung von BGE 146 IV 136*, *forumpoenale* 2021, 62 ff.

MICHEROLI SEBASTIAN/TAG BRIGITTE: *Anmerkungen zu aktuellen Entwicklungen im Haftrecht*, *Jusletter* 2022, 1 ff.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER: *Wittgenstein und das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft*, *ContraLegem* 2018, 47 f.

NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.): *Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung* (2. A. Basel 2014) (zit. BEARBEITER/-IN, in: *BSK-StPO*, Art., Rz.).

OBERHOLZER NIKLAUS: *Der lange Weg zur Haftentlassung – oder das neue Auslegungsprinzip der «Gewährleistung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft»*, *forumpoenale* 2012, 156 ff. (zit. *Haftentlassung*).

OBERHOLZER NIKLAUS: Grundzüge des Strafprozessrechts (4. A. Bern 2020).

PIETH MARK: Schweizerisches Strafprozessrecht (3. A. Basel 2016).

RUCKSTUHL NIKLAUS: Neuerungen im Haftrecht, *Anwaltsrevue* 2022, 328 ff. (zit. Neuerungen im Haftrecht).

RUCKSTUHL NIKLAUS: Neuerungen im Strafprozessrecht, *Anwaltsrevue* 2023, 17 ff. (zit. Strafprozessrecht).

RUCKSTUHL NIKLAUS/JEKER KONRAD: Revision StPO – wohin gehen wir?, *Anwaltsrevue* 2021, 5 ff. (zit. Revision StPO).

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL: Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts (3. A. Zürich/St. Gallen 2017) (zit. Handbuch 3. A.).

SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL: Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar (3. A. Zürich/St. Gallen 2017) (zit. Praxiskommentar, Art.).

SCHWAIBOLD MATTHIAS: Nr. 28 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 21. November 2018 i.S. A. gegen Staatsanwaltschaft Abteilung 1 Luzern - 1B_489/2018, *forumpoenale* 2019, 264 ff.

SEELMANN MARTIN: Präventive Strafverfolgung – ein notwendiges Oxymoron?, in: Coninx Anna/Ege Gian/Mausbach Julian (Hrsg.), *Prävention und freiheitliche Rechtsordnung* (Zürich 2017) 107 ff.

STAATSANWALTSCHAFT SO, Geschäftsbericht der Staatsanwaltschaft für das Jahr 2022 (zit. Staatsanwaltschaft Solothurn). Abgerufen am 5. April 2023 auf <https://so.ch/fileadmin/internet/bjd/bjd-stawa/pdf/Geschaeftsberichte/Geschaeftsbericht_2022.pdf>.

TOKAY-SAHIN DERYA: Gesetzliche Verankerung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft gegen Haftentlassungsentscheide, *AJP* 2018, 1212 ff.

URWYLER THIERRY *et al.*: *Strafrecht - Psychiatrie - Psychologie* (Basel 2022).

WEDER ULRICH: Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, *ZStrR* 2014, 367 ff. (zit. Wiederholungs- und Ausführungsgefahr).

WEDER ULRICH: Die Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich Referat am Kriminalistischen Institut des Kantons Zürich vom 13. Und 16. Dezember 2005 in Zürich, *ZStrR* 2006, 113 ff. (zit. Haftgründe).

WEDER ULRICH: Strafprozessuale Instrumentarien des Gewaltschutzes, in: Schwarzenegger Christian/Brunner Reinhard (Hrsg.), *Bedrohungsmanagement – Gewaltprävention* (Zürich 2017) 51 ff. (zit. strafprozessuale Instrumentarien).

WEDER ULRICH/KILLIAS MARTIN: Ungenügender Schutz vor Wiederholungstätern, NZZ vom 23. März 2011, 23.

WOHLERS WOLFGANG: Die anstehende Reform der Strafprozessordnung, ZStrR 2020, 402 ff. (zit. Reform).

WOHLERS WOLFGANG: Präventivhaft im schweizerischen Strafprozess – de lege lata et ferenda, forum-poenale 2020, 315 ff. (zit. de lege lata et ferenda).

WOHLERS WOLFGANG: Präventivhaft nach der StPO-Reform, forum-poenale 1/2023, 45 ff. (zit. StPO-Reform).

ZIMMERLIN SVEN/HOLDEREGGER NICOLE: (Jugend)Strafrecht und Prävention - ein Widerspruch?, Sicherheit & Recht 2022, 66 ff.

Rechtsprechungsverzeichnis

Amtlich publizierte Urteile des Bundesgerichts

BGE 147 IV 123	Urteil vom 27. November 2020
BGE 146 IV 136	Urteil vom 29. Januar 2020
BGE 143 IV 9	Urteil vom 23. November 2016
BGE 143 IV 316	Urteil vom 16. August 2017
BGE 140 IV 19	Urteil vom 27. Januar 2014
BGE 139 IV 121	Urteil vom 14. März 2013
BGE 139 IV 314	Urteil vom 22. Oktober 2013
BGE 137 IV 84	Urteil vom 6. April 2011
BGE 138 IV 148	Urteil vom 24. Mai 2012
BGE 138 IV 92	Urteil vom 4. Januar 2012
BGE 137 IV 339	Urteil vom 23. September 2011
BGE 137 IV 237	Urteil vom 31. August 2011
BGE 137 IV 230	Urteil vom 12. Juli 2011
BGE 137 IV 87	Urteil vom 17. Mai 2011
BGE 137 IV 122	Urteil vom 16. Mai 2011
BGE 137 IV 13	Urteil vom 14. März 2011
BGE 137 IV 22	Urteil vom 17. Februar 2011
BGE 135 IV 206	Urteil vom 9. Juni 2009
BGE 135 I 71	Urteil vom 20. Januar 2009

Nicht amtlich publizierte Urteile des Bundesgerichts

BGer 1B_614/2022	Urteil vom 10. Januar 2023
BGer 1B_441/2022	Urteil vom 13. September 2022

BGer 1B_207/2022	Urteil vom 18. Mai 2022
BGer 1B_187/2022	Urteil vom 5. Mai 2022
BGer 1B_169/2022	Urteil vom 13. April 2022
BGer 1B_84/2022	Urteil vom 21. März 2022
BGer 1B_43/2022	Urteil vom 28. Februar 2022
BGer 6B_1258/2020	Urteil vom 12. November 2021
BGer 1B_251/2021	Urteil vom 9. Juni 2021
BGer 1B_637/2020	Urteil vom 29. Dezember 2020
BGer 1B_616/2020	Urteil vom 22. Dezember 2020
BGer 1B_598/2020	Urteil vom 17. Dezember 2020
BGer 1B_392/2020	Urteil vom 24. August 2020
BGer 1B_366/2020	Urteil vom 12. August 2020
BGer 1B_567/2018	Urteil vom 21. Januar 2019
BGer 1B_461/2018	Urteil vom 30. Oktober 2018
BGer 1B_31/2018	Urteil vom 19. Februar 2018
BGer 1B_553/2017	Urteil vom 12. Januar 2018
BGer 1B_371/2016	Urteil vom 11. November 2016
BGer 1B_281/2016	Urteil vom 5. September 2016
BGer 1B_247/2016	Urteil vom 27. Juli 2016
BGer 1B_160/2016	Urteil vom 17. Mai 2016
BGer 1B_442/2015	Urteil vom 21. Januar 2016
BGer 1B_382/2015	Urteil vom 26. November 2015
BGer 6B_990/2013	Urteil vom 10. Juni 2014
BGer 1B_106/2014	Urteil vom 3. April 2014
BGer 1B_126/2013	Urteil vom 18. April 2013
BGer 1B_497/2012	Urteil vom 3. Oktober 2012
BGer 1B_512/2012	Urteil vom 2. Oktober 2012

BGer 1B_ 435/2012	Urteil vom 8. August 2012
BGer 1B_ 238/2012	Urteil vom 16. Mai 2012
BGer 1B_ 705/2012	Urteil vom 10. Dezember 2012
BGer 1B_ 570/2011	Urteil vom 2. November 2011
BGer 1B_ 538/2011	Urteil vom 17. Oktober 2011
BGer 1B_ 440/2011	Urteil vom 23. September 2011
BGer 1B_ 126/2011	Urteil vom 6. April 2011
BGer 1B_ 143/2007	Urteil vom 27. Juli 2007

Weitere Urteile:

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 17. Januar 2012 in der Rechtssache 46846/08, *Choreftakis and Choreftaki v. Greece*.

Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 14. September 2010 in der Rechtssache 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 and 7124/09, *Dink v. Turkey*.

Materialienverzeichnis

Änderung der Strafprozessordnung (zit. Änderung StPO). Abgerufen am 20. März 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo.html>>.

Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10. September 2008, BBI 2008 8125 ff. (zit. Botschaft StBOG). Abgerufen am 20. März 2023 auf <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2008/1395/de>>.

Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerats, Anpassung der Strafprozessordnung) vom 28. August 2019, BBI 2019 6697 ff. (zit. Botschaft Änderung Strafprozessordnung). Abgerufen am 18. März 2023 auf <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2019/2368/de>>.

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBI 2006 1085 ff. (zit. Botschaft Vereinheitlichung). Abgerufen am 20. März 2023 auf <<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2006/124/de>>.

Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) vom Dezember 2017 (zit. Ber. Änderung Strafprozessordnung). Abgerufen am 18. März 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vn-ber-d.pdf.download.pdf/vn-ber-d.pdf>>.

Kommissionsprotokolle des National- und Ständerates: 19.048 n Strafprozessordnung. Änderung (zit. Protokoll RK NR/SR).

Medienmitteilung BR vom 28. August 2019. Abgerufen am 20. Juli 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/mm.msg-id-76205.html>>.

Motion Amherd (11.3911) «Gefährliche Straftäter bleiben in Untersuchungshaft» vom 29. September 2011 (zit. Motion Amherd). Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20113911>>.

Motion FDP-Liberale Fraktion (12.4077) «Definition der Untersuchungshaft. Aufhebung der Voraussetzung eines effektiv erfolgten Rückfalls» vom 6. Dezember 2012 (zit. Motion FDP-Liberale Fraktion). Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20124077>>.

Motion RK SR (14.3383) «Anpassung der Strafprozessordnung» vom 15. Mai 2014 (zit. Motion RK SR). Abgerufen am 20. Juli 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20143383>>.

NR Strafprozessordnung. Änderung, Schlussabstimmung vom 17. Juni 2022 (zit. NR Schlussabstimmung). Abgerufen am 25. Juli 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57609>>

Parlamentarische Initiative Jositsch (12.495) «Untersuchungshaft bei qualifizierter Wiederholungsfahr» vom 12. Dezember 2012 (zit. parlamentarische Initiative Jositsch). Abgerufen am 8. Juni 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20120495>>.

Parlamentarische Initiative Jositsch (12.497) «Beschwerdeberechtigung bei Haftentscheiden» vom 12. Dezember 2012 (zit. Parlamentarische Initiative Jositsch Beschwerdeberechtigung). Abgerufen am 15. Juli 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20120497>>.

Referendumsvorlage Schweizerische Strafprozessordnung vom 17. Juni 2022, BBI 2022 1560 ff. (zit. Referendumsvorlage StPO).

SR Strafprozessordnung. Änderung, Schlussabstimmung vom 17. Juni 2022 (zit. SR Schlussabstimmung). Abgerufen am 25. Juli 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57616>>

Stellungnahmen der Kantone (zit. Stellungnahme/n: Kanton.). Abgerufen am 22. März 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vn-stgn-kantone.pdf.download.pdf/vn-stgn-kantone.pdf>>

Stellungnahmen der Parteien (zit. Stellungnahme/n: Partei/en). Abgerufen am 22. März 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vn-stgn-parteien.pdf.download.pdf/vn-stgn-parteien.pdf>>.

StPO-Revision: Schlussabstimmung (zit. StPO-Revision). Abgerufen am 1. August 2023 auf <<https://www.strafprozess.ch/stpo-revision-schlussabstimmung/>>.

Strafprozessordnung. Änderung, Differenzen, AB NR 2022 68 ff. Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=55873>>.

Strafprozessordnung. Änderung, Differenzen, AB NR 2022 992 ff. Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57266>>.

Strafprozessordnung. Änderung, Differenzen, AB SR 2022 378 ff. Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57115>>.

Strafprozessordnung. Änderung, Differenzen, AB SR 2022 497 ff. Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=57457>>.

Strafprozessordnung. Änderung, Erstrat, AB NR 2021 573 ff. Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=52440>>.

Strafprozessordnung. Änderung, Zweitrat, AB SR 2021 1347 ff. Abgerufen am 20. April 2023 auf <<https://www.parlament.ch/de/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-die-verhandlungen?SubjectId=55412>>.

Vorentwurf für die Änderung der Strafprozessordnung (zit. VE-StPO). Abgerufen am 18. März 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vorentw-d.pdf.download.pdf/vorentw-d.pdf>>

Weitere Stellungnahmen (zit. Stellungnahme/n: weitere Vernehmlassungsteilnehmende). Abgerufen am 22. März 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/vn-stgn-organisationen.pdf.download.pdf/vn-stgn-organisationen.pdf>>.

Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über den Bericht und den Vorentwurf zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) (zit. Vernehmlassungsbericht). Abgerufen am 22. März 2023 auf <<https://www.bj.admin.ch/dam/bj/de/data/sicherheit/gesetzgebung/aenderungstpo/ve-ber-d.pdf.download.pdf/ve-ber-d.pdf>>.

Rechtsquellenverzeichnis

BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005 (SR 173.110).
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 (SR 101).
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 28. November 1974 (SR 0.101).
IPBPR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2).
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 19. März 2010 (SR 173.71).
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0).
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007 (SR 312.0).
SVG	Strassenverkehrsgesetz vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01).
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 18. September 1992 (SR 0.103.2).

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
AB	Amtliches Bulletin der Bundesversammlung
Abs.	Absatz
AG	Aargau
AI	Appenzell Innerrhoden
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
a.M.	anderer Meinung
AR	Appenzell Ausserrhoden
Art.	Artikel
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft
BE	Bern
Ber.	Bericht
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BJ	Bundesamt für Justiz
BL	Basel-Landschaft
Botsch.	Botschaft
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BStGer	Bundesstrafgericht
bzw.	beziehungsweise
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DJS	Demokratische Juristinnen und Juristen der Schweiz
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
f./ff.	folgend(e) / fortfolgende
Fr.	Schweizer Franken
FR	Freiburg
GE	Genf
gem.	gemäss
GL	Glarus
gl.M.	gleicher Meinung
GLP	Grünliberale Partei Schweiz
GR	Graubünden

grds.	grundsätzlich
Hrsg.	Herausgeber[in]; Herausgeber[innen]
i.c.	in casu = im vorliegenden Fall
insb.	insbesondere
i.S.	in Sachen; im Sinne (des, der)
i.S.v.	im Sinne von
JU	Jura
Kap.	Kapitel
KKJPD	Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektoren
KKPKS	Konferenz der kantonalen Polizeikommandanten der Schweiz
lit.	litera = Buchstabe
LU	Luzern
m.E.	meines Erachtens
N	Nationalrat
nArt.	Neuer Artikel (revidierte Fassung)
NE	Neuenburg
NW	Nidwalden
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
ODA	Ordre des Avocats de Genève
OW	Obwalden
resp.	respektive
RK-NR	Kommission für Rechtsfragen des Nationalrates
RK-SR	Kommission für Rechtsfragen des Ständerates
Rz.	Randziffern(n)
S.	Seite(n)
SAV	Schweizerischer Anwaltsverband
SG	St. Gallen
SH	Schaffhausen
SK	Schulthess Kommentar
SKG	Schweizerische Kriminalistische Gesellschaft
SO	Solothurn
SODK	Konferenz der kantonalen Sozialdirektorinnen und Sozialdirektoren
sog.	sogenannt
SP	Sozialdemokratische Partei der Schweiz
SSK	Schweizerische Staatsanwälte-Konferenz
SSV	Schweizerischer Städteverband
SVSP	Schweizerische Vereinigung Städtischer Polizeichefs

SZ	Schwyz
u. a.	und and[e]re, und and[e]res, unter ander[e]m, unter ander[e]n
UNIBE	Universität Bern
UNIGE	Université de Genève
UNINE	Université de Neuchâtel
UR	Uri
u.U.	unter Umständen
v. a.	vor allem
VD	Waadt
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
z.B.	zum Beispiel
ZG	Zug
ZH	Zürich
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
z. T.	zum Teil

I. Einleitung*

«Haft ist die einschneidendste Zwangsmassnahme der Schweizerischen StPO, wird doch damit einer beschuldigten Person temporär die Freiheit entzogen, bevor überhaupt ein rechtskräftiges Urteil vorliegt»¹. Bereits kurz nach Inkrafttreten der eidgenössischen StPO im Jahr 2011, setzte das BGer in einem Bereich, der einen solch schwerwiegenden Eingriff in die persönliche Freiheit einer Person darstellt, genauer bei den Haftgründen der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr und der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentlassungen des Zwangsmassnahmengerichts mehrere «Leitplanken und Korrekturen»^{2,3}. Basierend darauf, wurden darauffolgend mehrere parlamentarische Vorstösse in den Räten eingereicht, welche es zum Ziel hatten, den Gesetzestext an die bundesgerichtliche Rechtsprechung anzupassen.⁴ Da seitens der Praxis jedoch auch an einer Vielzahl anderer Bestimmungen der neuen StPO Kritik geübt wurde und somit zwischen 2011 und 2016 zahlreiche Vorstösse mit dem Ziel punktuelle Änderungen in der StPO herbeizuführen, eingereicht wurden, haben die eidgenössischen Räte mit Überweisung der Motion 14.3383 der RK SR («Anpassung der Strafprozessordnung») beschlossen, die vorgebrachten problematischen Punkte bei der Handhabung der StPO nicht einzeln, sondern zusammen anzugehen.⁵

Folglich wurde der BR damit beauftragt, die Praxistauglichkeit der StPO zu prüfen und bis Ende 2018 eine Vorlage mit den notwendigen Gesetzesanpassungen dem Parlament zu unterbreiten. Hierfür hat das Bundesamt für Justiz (BJ) eine rund 30-köpfige Arbeitsgruppe gegründet, die sich sowohl aus Vertretern aus der Praxis als auch Personen aus der Wissenschaft zusammensetzte. Die Diskussionen der eingesetzten Arbeitsgruppe ergaben zusammen mit den Erkenntnissen des BJ und Eingaben anderer interessierter Kreise, dass bei ungefähr 130 Punkten die Prüfung einer Änderung vorgenommen werden sollte, wobei die Revisionsanliegen neben redaktionellen Anpassungen ebenfalls Änderungen umfassten, die eine Art Gewichtsverschiebung im System des Strafverfahrens herbeiführen können. Aufgrund des angestrebten Zwecks der Motion 14.3383, die Praxistauglichkeit der StPO zu verbessern, wurden im Vorentwurf (VE) nicht alle revisionsbedürftigen Punkte berücksichtigt, sondern lediglich jene, die in der Praxis effektiv Schwierigkeiten bereiten.⁶ Für die Durchführung eines Vernehmlassungsverfahrens über ebendiesen VE, wurde am 1. Dezember 2017 das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement (EJPD) vom BR beauftragt. Im Zusammenhang mit der Vernehmlassung, die bis am 14. März 2018 dauerte, wurden 66 Stellungnahmen abgegeben. Unter Berücksichtigung dieser Anliegen, was einen weniger

* Hinweis zur Gender-Formulierung: Bei allen Bezeichnungen, die auf Personen bezogen sind, meint die gewählte Formulierung beide Geschlechter, auch wenn aus Gründen der leichteren Lesbarkeit nur die männliche Form verwendet wird.

¹ MARKWALDER/JETZER/GFELLER, 242.

² FORSTER, Haftrecht, 335.

³ FORSTER, Haftrecht, 335, 338.

⁴ WOHLERS, Reform, 407–408; Ber. Änderung Strafprozessordnung, 6–7, 28, 30; vgl. Motionen Amherd und FDP-Liberale Fraktion und parlamentarische Initiativen Jositsch und Jositsch Beschwerdeberechtigung).

⁵ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 6–7.

⁶ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 7–9.

umfangreichen Entwurf als VE zur Folge hatte, wurde die Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung am 28. August 2019 durch den BR verabschiedet.⁷ Grundlegende Revisionspunkte waren v.a. die konsequente Umsetzung des Prinzips der «double instance», die Einschränkung der Teilnahmerechte, die Verbesserung der Verfahrensrechte von Opfern, die Erstellung und Speicherung der DNA-Profile auch zur Aufklärung früherer oder künftiger Straftaten, die Verpflichtung der Staatsanwaltschaft zur Einvernahme der beschuldigten Person im Strafbefehlsverfahren, die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft über Zivilforderungen zu entscheiden, die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts und die Konkretisierung der Voraussetzungen betreffend die Anordnung von strafprozessualer Haft aufgrund Wiederholungs- und Ausführungsgefahr.⁸ Infolge der anschliessenden parlamentarischen Beratungen stimmten die Räte dem Schlussabstimmungstext am 17. Juni 2022 zu.⁹ Die vorgenommenen Änderungen werden aufgrund der unbenützt abgelaufenen Referendumsfrist (6. Oktober 2022) voraussichtlich am 1. Januar 2024 in Kraft treten.¹⁰

Aufgrund der einleitend erwähnten Problematik wird in der vorliegenden Arbeit auf die letzten drei Themen, d.h. auf die beiden Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr und die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts eingegangen. Dabei werden die voraussichtlich im nächsten Jahr in Kraft tretenden Bestimmungen mit dem noch geltenden Gesetzestext und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung verglichen und zudem analysiert, ob durch die Revision die geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung ins Gesetz überführt wurde, oder ob mit einer gänzlich neuen Rechtslage gerechnet werden muss.

Im zweiten Kap. wird auf die Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr eingegangen und anschliessend im dritten Kap. die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft behandelt. In beiden Kap. wird jeweils zuerst die noch geltende Gesetzeslage (inkl. bundesgerichtlicher Rechtsprechung) dargestellt, danach der Revisionsprozess¹¹ aufgezeigt und schliesslich ein Vergleich zwischen den neuen und den noch geltenden Bestimmungen (inkl. bundesgerichtlicher Rechtsprechung) angestellt. Im letzten Kap. werden die wichtigsten Punkte nochmals dargelegt und ein Fazit gezogen.

⁷ Zum Ganzen Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6699,6709–6710; LEUTWYLER/IMPERATORI, 600; Medienmitteilung BR.

⁸ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6699–6701, 6744; LEUTWYLER/IMPERATORI, 600–601.

⁹ StPO-Revision; NR Schlussabstimmung; SR Schlussabstimmung.

¹⁰ Änderung StPO; Referendumsvorlage StPO.

¹¹ Zur Ermöglichung einer vertieften Auseinandersetzung mit dem Gesetzgebungsprozess wurde ein Gesuch um Einsichtnahme in die vertraulichen Kommissionsprotokolle des NR und SR zum Geschäft 19.048 gestellt, welchem stattgegeben wurde.

II. Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 StPO)

1. Einordnung

Damit strafprozessuale Haft angeordnet oder fortgesetzt werden kann, muss – abgesehen vom Haftgrund der Ausführungsgefahr – stets der allgemeine Haftgrund des dringenden Tatverdachts (Art. 221 Abs. 1 Ingress StPO) bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens vorliegen. Kumulativ zu diesem, ist es notwendig, dass einer der in Art. 221 Abs. 1 lit. a–c StPO aufgelisteten besonderen Haftgründe (Flucht-, Kollusions- oder Wiederholungsgefahr) besteht, wobei diese untereinander alternativ sind.¹²

Da für ein Strafverfahrens grds. gilt, dass der Beschuldigte in Freiheit bleibt (Art. 212 Abs. 1 StPO) bzw. sich nicht in strafprozessualer Haft befindet, muss vor einer Inhaftierung stets geprüft werden, ob deren Zweck allenfalls mit weniger einschneidenden Mitteln (nämlich Ersatzmassnahmen gem. Art. 237 ff. StPO) ebenfalls erreicht werden kann.¹³ Sofern also die Voraussetzungen der strafprozessualen Haft nach Art. 221 StPO erfüllt sind, die Gefahr jedoch das für eine Inhaftierung notwendige Ausmass nicht erreicht, sind zur Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes Ersatzmassnahmen anzuordnen.¹⁴ Eine solche Handhabung hat zur Folge, dass die Anordnung oder Aufrechterhaltung strafprozessualer Haft lediglich als «ultima ratio» – bei einer Untauglichkeit von Ersatzmassnahmen als Mittel zur Verhinderung der genannten Haftgründe – erfolgen darf.¹⁵

Da die beiden klassischen Haftgründe (Flucht- und Kollusionsgefahr), welche im Gegensatz zu den Haftgründen der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr bereits vor der Vereinheitlichung der StPO in allen schweizerischen StPO existierten, durch die Revision keine Änderung erfahren haben, wird nachfolgend auf diese nicht weiter eingegangen.¹⁶

2. Der präventive Charakter der beiden Haftgründe

Bei den Haftgründen der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, welche vor der eidgenössischen StPO in zahlreichen bzw. vereinzelt StPO verankert waren¹⁷, handelt es sich insofern um äusserst heikle Haftgründe, als dass diese einen präventiven Charakter aufweisen¹⁸, indem sie «eine Reaktion auf eine vermutete Gefährlichkeit darstellen»¹⁹ und lediglich teilweise Bezug auf die Aufklärung von vergangene Unrecht nehmen²⁰. Hinzu kommt, dass sie Kriminalprognosen implizieren.²¹ Somit dienen die Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr im Gegensatz zu den beiden klassischen

¹² Zum Ganzen MARKWALDER/BINSWANGER, 384–385; FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 1.

¹³ MARKWALDER/BINSWANGER, 385; SEELMANN, 114; SCHMID/JOSITSCH, Handbuch 3. A., Rz. 1053.

¹⁴ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch 3. A., Rz. 1053; OBERHOLZER, Rz. 1243; MARKWALDER/BINSWANGER, 385.

¹⁵ OBERHOLZER, Rz. 1243; MARKWALDER/BINSWANGER, 385.

¹⁶ Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

¹⁷ Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

¹⁸ WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 52; FORSTER, Haftrecht, 338.

¹⁹ SEELMANN, 109.

²⁰ SEELMANN, 109.

²¹ FORSTER, Haftrecht, 338.

Haftgründen nicht (primär) der Sicherung des laufenden Verfahrens, sondern vielmehr der Verhinderung von zukünftigen Straftaten.²²

Dass diese beiden Haftgründe mehrheitlich erst ab 1950 in den kantonalen StPO verankert wurden, ist auf mehrere Gründe zurückzuführen.²³ Insb. in den vergangenen Jahrzehnten haben das Straf- und Strafprozessrecht einen Wandel in dem Sinne durchlaufen, als dass die vorbeugende Verbrechensbekämpfung durch das gewachsene Sicherheitsbedürfnis der Gesellschaft und deren immer stärker aufkommendes Streben nach Gewaltprävention vermehrt in den Fokus rückte.²⁴ Gefordert wurde vom Staat «ein rigoroseres Vorgehen gegen Täter schwerer Gewalt- und Sexualverbrechen [...] quasi im Sinne einer Null-Risiko-Strategie, die auch die Verhinderung von schweren Straftaten miteinschliesst»^{25, 26} Zudem setzte die Rechtsprechung den klassischen Haftgründen stets engere Grenzen, was einen sog. Etikettenschwindel, nämlich das Verschieben der beiden klassischen Haftgründe, um weitere Straftaten zu verhindern, erschwerte.²⁷

Gem. dem BGer anerkennt Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK die Notwendigkeit, dass Beschuldigte (Wiederholungsgefahr) bzw. Personen (Ausführungsgefahr) daran gehindert werden, strafbare Handlungen zu begehen, als Haftgrund.²⁸ Zudem machte es in einem Entscheid vom 14. März 2013 geltend, dass das Recht auf Leben, welches verfassungs- und völkerrechtlich in Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK und Art. 6 UNO-Pakt II verankert ist, eine Person einerseits vor Eingriffen durch den Staat schützt, andererseits aber auch positive Schutzpflichten enthält.²⁹ Letztere beinhalten im Falle der Bedrohung des Lebens einer Person durch Dritte «die Pflicht des Staats, präventiv Schutzmassnahmen zu ergreifen»³⁰, was bedeutet, dass die Behörden – sofern sie Kenntnis davon haben bzw. Kenntnis davon haben sollten, dass infolge krimineller Handlungen seitens einer dritten Person eine solche Gefahr reell und unmittelbar besteht – verpflichtet sind, geeignete Massnahmen, die in ihrer Macht stehen, zu ergreifen.³¹ Dabei hat dem BGer zufolge die Staatsanwaltschaft aufgrund der Tatsache, dass sie wegen ihrer Rolle einen grossen Einfluss auf die Erfüllung der positiven Schutzpflichten durch den Staat hat, eine grosse Verantwortung inne^{32, 33}.

²² ALBRECHT, Rz. 21–22.

²³ WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 52; WEDER, Haftgründe, 115.

²⁴ SEELMANN, 110; WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 53.

²⁵ WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 53.

²⁶ WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 53.

²⁷ WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 52–53; WEDER, Haftgründe, 116.

²⁸ BGE 143 IV 9 E. 2.2 S. 11; BGE 137 IV 122 E. 5.2 S. 129.

²⁹ BGE 139 IV 121 E. 4.6 S. 125.

³⁰ BGE 139 IV 121 E. 4.6 S. 125.

³¹ BGE 139 IV 121 E. 4.6 S. 125 mit Verweis auf Urteile EGMR 46846/08 § 44–47 und 2668/07 etc. § 64–75; SEELMANN, 110–111; WEDER, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, 369–370; WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 54.

³² BGE 139 IV 121 E. 4.8 S. 127.

³³ SEELMANN, 110–111; WEDER, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, 369–370; WEDER, strafprozessuale Instrumentarien, 54.

Nachdem einige allgemeine Ausführungen zu den Haftgründen der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr gemacht wurden, wird im Folgenden auf beide Haftgründe separat und im Detail eingegangen. Da in der vorliegenden Arbeit der zukünftig in Kraft tretende mit dem (noch) geltenden Gesetzestext und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung verglichen wird, liegt nachfolgend bei den Voraussetzungen zu den jeweiligen Haftgründen³⁴ der Fokus auf der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, wobei zur Auslegung des Gesetzestexts teilweise auch Bezug auf Lehrmeinungen genommen wird.

3. Haftgrund der Wiederholungsgefahr

3.1 Zweck

Mithilfe des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr, der gem. dem BGer restriktiv gehandhabt werden muss, können zwei unterschiedliche Zwecke verfolgt werden.³⁵ Zum einen verhindert dieser Haftgrund, dass eine beschuldigte Person durch das Belassen in Freiheit oder eine Haftentlassung weiterdelinquieren kann.³⁶ Aufgrund seiner Funktion als Gefahrenabwehr, handelt es sich gem. der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts im Prinzip «um eine sichernde, polizeiliche Zwangsmassnahme»^{37, 38}. Dieser primär spezialpräventive Charakter des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr ist nicht verfassungs- und grundrechtswidrig, sondern wird – wie in Kap. 2 festgehalten – durch Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK anerkannt.³⁹ Zum anderen dient er der Verfahrensbeschleunigung, womit die Hinauszögerung, Verkomplizierung oder Verunmöglichung des Verfahrensabschlusses durch stetige Delinquenz verhindert und somit der Abschluss des hängigen Verfahrens ermöglicht werden kann.⁴⁰ Dieser zweite Zweck der Beschleunigung steht jedoch nicht im Vordergrund⁴¹ und reicht bei Fehlen der bei der Wiederholungsgefahr notwendigen Gefährdung anderer für eine Haftanordnung nicht aus⁴².

3.2 Aktueller Gesetzestext

Strafprozessuale Haft wegen Wiederholungsgefahr ist gem. Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO nur zulässig, «wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat».

³⁴ Vgl. Kap. 3.3 (Wiederholungsgefahr) und Kap. 4.4 (Ausführungsgefahr).

³⁵ SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, Art. 221, Rz. 10; Botschaft Vereinheitlichung, 1229; BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 85.

³⁶ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch 3. A., Rz. 1024; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 403; Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

³⁷ Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

³⁸ Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

³⁹ FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 31.

⁴⁰ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 85; BGE 135 IV 71 E. 2.2 S. 72; Botschaft Vereinheitlichung, 1229; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 403–404.

⁴¹ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch 3. A., Rz. 1024.

⁴² BGer 1B_442/2015 E. 3.4.3.

3.3 Voraussetzungen

Demnach sind für eine Inhaftierung aufgrund Wiederholungsgefahr nebst dem dringenden Tatverdacht, spezifische auf den Haftgrund der Wiederholungsgefahr ausgerichtete Voraussetzungen zu erfüllen, auf welche nachfolgend, aufgrund wichtiger Änderungen, die sich im Zusammenhang mit der Revision ergeben haben, im Detail eingegangen wird.

3.3.1 Schwere Verbrechen oder Vergehen

Gem. dem im Kap. 3.2 aufgezeigten Gesetzestext, können lediglich **schwere Verbrechen oder Vergehen** die Anordnung strafprozessualer Haft aufgrund Wiederholungsgefahr rechtfertigen.

Der betreffende Passus lautet in der italienischen Fassung – gleich wie in der deutschen – «*gravi crimini o delitti*», wohingegen es sich in der französischen Fassung um «*des crimes ou des délits graves*» handelt.⁴³ Dass die vorliegende Eingriffsvoraussetzung durch den Gesetzgeber nicht in allen Amtssprachen einheitlich und eindeutig formuliert wurde, stellte die Lehre und Rechtsprechung relativ schnell vor Probleme. Zudem erweist sich dies im Hinblick auf die bei einem Grundrechtseingriff notwendige gesetzliche Grundlage als problematisch.⁴⁴

Wie nachfolgend aufgezeigt wird, bestehen aufgrund dieser ungeschickten Formulierung unterschiedliche Auslegungsvarianten, welche jedoch alle zu Schwierigkeiten und offenen Fragen führen.⁴⁵ Um dies zu veranschaulichen, wird nachfolgend zuerst ein Blick auf ebendiese Auslegungsvarianten geworfen und anschliessend aufgezeigt, wie der Passus durch das BGer ausgelegt wird.

3.3.1.1 Mögliche Auslegungsvarianten gem. der Lehre

In Frage kommen drei verschiedene Auslegungsvarianten. Die erste Variante besagt, dass das Gesetz «drohende *schwere Verbrechen* oder *schwere Vergehen*»⁴⁶ verlangt, was folglich bedeutet, dass sich das Adjektiv «schwere» auf Verbrechen und Vergehen bezieht. Bei der zweiten Variante verlangt das Gesetz «drohende *schwere Verbrechen* oder schwere und minder schwere Vergehen»⁴⁷. Das Adjektiv «schwere» betrifft somit lediglich Verbrechen. Bei der dritten Variante fordert das Gesetz «drohende *Verbrechen oder schwere Vergehen*»⁴⁸. Diese letzte Variante, bei der sich das Adjektiv «schwere» ausschliesslich auf Vergehen bezieht, wird – wie obig aufgezeigt – vom französischen, nicht hingegen vom deutschen und italienischen Wortlaut gedeckt.⁴⁹

Dass die zweite Variante zu keiner zielführenden Lösung führt, sind sich die Autoren einig.⁵⁰ Der Grund dafür liegt in der absurden Konsequenz, dass für Verbrechen, d.h. die schwerere Deliktskategorie höhere

⁴³ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 420.

⁴⁴ Zum Ganzen KAISER, 21, 25 mit Verweis auf BGer 1B_371/2016 E. 4.1 und BGer 1B_382/2015 E. 2.1; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 420.

⁴⁵ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 421; KAISER, 24–25; FORSTER, strafprozessuale Haft, 177.

⁴⁶ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 11.

⁴⁷ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 11.

⁴⁸ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 11.

⁴⁹ Zum Ganzen FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 11 (Fn. 46–47).

⁵⁰ CONTE, 99; KAISER, 28; FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 422.

Anforderungen gestellt werden müssten als für Vergehen, welche die leichtere Deliktskategorie darstellen.⁵¹ Somit käme strafprozessuale Haft aufgrund Wiederholungsgefahr bei jeder Art von drohenden Vergehen – einschliesslich minder schwerer Vergehen –, jedoch nur bei schweren drohenden Verbrechen in Frage.⁵² Zur Illustration: Strafprozessuale Haft wäre bei minder schweren Vergehen, bei denen ausschliesslich eine Geldstrafe und keine Freiheitsstrafe angedroht ist, wie dies bspw. bei einer Beschimpfung (Art. 177 StGB) oder üblen Nachrede (Art. 173 StGB) der Fall ist, möglich, was zur Folge hätte, «dass die <sanktionssichernde> Zwangsmassnahme *einschneidender* wäre als die allfällige Sanktion selbst»^{53, 54}.

Wie im Folgenden dargelegt wird, herrscht in der Lehre – anders als bei der soeben dargelegten Variante – keine Einigkeit darüber, ob die erste oder dritte Auslegungsvariante die sinnvollere ist.

Befürworter der ersten Variante (schwere Verbrechen oder schwere Vergehen) erachten die Einschränkung auf «schwere» Verbrechen als notwendig, weil Verbrechenstatbestände ein breites Spektrum an in Betracht fallenden strafbewehrten Verhaltensweisen umfassen (sehr leichte bis hin zu ganz schweren).⁵⁵ Infolgedessen wäre es nicht sachgerecht, bei einer Tat, die geringfügig sei, jedoch aber als Verbrechen qualifiziert werde, strafprozessuale Haft anzuordnen⁵⁶, zumal sich die einschneidenden Konsequenzen strafprozessualer Haft aufgrund der faktischen Möglichkeit und der gesetzlichen Vermutung, dass sich der Verdächtige nicht strafbar gemacht habe, bei minder schweren Verbrechen nicht mit einer Gefährdung der öffentlichen Sicherheit rechtfertigen lassen könnten⁵⁷. Zudem wird geltend gemacht, dass sich einzig die vorliegende Variante mit allen Sprachfassungen – auch der französischen – vereinbaren lasse.⁵⁸ Ursache dafür ist gem. JOSITSCH/KRUMM die französische Wortstellung, bei der trotz der regelmässigen Anführung der Adjektive nach den Substantiven die Möglichkeit besteht, dass ebendiese Bezug auf beide Substantive nehmen, d.h. i.c. sich das Adjektiv «graves» ebenfalls auf das Substantiv «crimes» beziehen kann.⁵⁹ Dass sich das Adjektiv «schwer» auf beide Substantive bezieht, ergibt sich gem. einem Teil der Lehre zudem aus einer historischen Auslegung, denn dessen Stellung und Streichung war bereits während der Ausarbeitung der eidgenössischen StPO ein Diskussionspunkt. Im Ergebnis wurde durch die RK SR festgehalten, dass das Adjektiv «schwer» weder gestrichen noch sich ausschliesslich auf das Substantiv Vergehen, sondern neben diesem auch auf Verbrechen beziehe.⁶⁰

Gegen diese Variante wird eingewendet, dass sie ein seltsames Ergebnis mit sich bringe, denn für die Anordnung strafprozessualer Haft würden drohende schwere Vergehen ausreichen, minder schwere

⁵¹ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 422; FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12.

⁵² FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12 (Fn. 52).

⁵³ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12 (Fn. 52).

⁵⁴ KAISER, 28; FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12 (Fn. 52).

⁵⁵ KAISER, 30.

⁵⁶ KAISER, 30.

⁵⁷ JOSITSCH/KRUMM, 389–390.

⁵⁸ KAISER, 32.

⁵⁹ JOSITSCH/KRUMM, 388; Trotz Ablehnung der ersten Variante im Ergebnis gl.M. FORSTER, Haftrecht, 343; FORSTER, strafprozessuale Haft, 177 (Fn. 12).

⁶⁰ Zum Ganzen GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 426–427; JOSITSCH/KRUMM, 389.

Verbrechen allerdings nicht, obwohl erstere eine gesetzliche Strafobergrenze von höchstens drei Jahren und letztere von mehr als drei Jahren aufwiesen.⁶¹ Des Weiteren wird die unklare Trennlinie für die Unterscheidung zwischen «minder schweren» und «schweren» Verbrechen, die jedoch bei dieser Variante unabdingbar sei, als Kritik vorgebracht.⁶² Dass sich diese Problematik durchaus auch hinsichtlich der Abgrenzung eines minder schweren von einem schweren Vergehen ergibt, wird auch vonseiten FORSTER geltend gemacht⁶³, wobei er darauf hinweist, dass – im Gegensatz zu Verbrechen⁶⁴ – bei Vergehen als Abgrenzungskriterium Art. 10 Abs. 3 StGB herangezogen werden könnte. Somit würden unter schwere Vergehen jene fallen, bei denen eine Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren angedroht werde und diejenigen ausgenommen werden, bei denen ausschliesslich eine Geldstrafe drohe, wobei Letztere (leichte Vergehen) gegebenenfalls durch weitere Vergehen, bei welchen in der konkreten Angelegenheit keine Freiheitsstrafe angedroht werde, erweitert werden könnten.⁶⁵ Ferner wird geltend gemacht, dass die Auslegungsvariante zirkulär sei, da «ernsthaft drohende Verbrechen (auch <einfache>), welche die Sicherheit anderer erheblich gefährden»⁶⁶ nicht zum Vornherein «als <leicht> (bzw. nicht haftrelevant)»⁶⁷ kategorisiert werden könnten.⁶⁸ Ausserdem wird die Diskrepanz zum allgemeinen Haftgrund (dringender Tatverdacht) kritisiert, welcher an sämtliche Verbrechen und Vergehen anknüpft.⁶⁹

Der dritten Variante (Verbrechen oder schwere Vergehen) wird – obwohl diese kaum mit dem deutschen und italienischen Wortlaut zu vereinbaren ist – insb. deshalb zugestimmt, weil dadurch die bei den ersten beiden Varianten kritisierten Folgen vermieden werden könnten, indem ausschliesslich drohende schwere Vergehen, jedoch jegliche drohende Verbrechen Berücksichtigung fänden.⁷⁰ Es könne nämlich durchaus vorkommen, dass auch bei «minder schweren» Verbrechen (und nicht nur bei «schweren» Verbrechen) eine erhebliche Sicherheitsgefährdung⁷¹ vorliege.⁷² Dies wäre z.B. dann der Fall, wenn ein psychisch Kranker kurz hintereinander mehrmals Freiheitsberaubungen verübt oder ein Beschuldigter Entreiss- oder Einbruchdiebstähle begeht. Folgt man der ersten Variante (und somit nicht der

⁶¹ FORSTER, strafprozessuale Haft, 175.

⁶² FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12.

⁶³ Weder das Gesetz noch die Botschaft äussern sich dazu, wie zwischen minder schweren und schweren Vergehen bzw. Verbrechen zu differenzieren ist (FORSTER, strafprozessuale Haft, 174).

⁶⁴ Allerdings könnten die Strafobergrenzen des BT StGB einige Hinweise für die Differenzierung zwischen schweren und minder schweren Verbrechen liefern und hierfür herangezogen werden (vgl. dazu FORSTER, strafprozessuale Haft, 175 [Fn. 6]); a.M. und somit der Ansicht, dass eine entsprechende Einteilung sowohl bei Verbrechen ausführbar sei (KAISER, 31).

⁶⁵ zum Ganzen CONTE, 99–100; FORSTER, strafprozessuale Haft, 174–175.

⁶⁶ FORSTER, in BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12 (Fn. 51).

⁶⁷ FORSTER, strafprozessuale Haft, 176 (Fn. 7).

⁶⁸ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12 (Fn. 51); FORSTER, strafprozessuale Haft, 176 (Fn. 7).

⁶⁹ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12.

⁷⁰ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 12; FORSTER, strafprozessuale Haft, 176; Gem. FORSTER steht das Adjektiv «schwere» sowohl im deutschen als auch italienischen Gesetzestext an der falschen Stelle (FORSTER, strafprozessuale Haft, 176).

⁷¹ Welche gem. Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO eine weitere Voraussetzung für die Anordnung strafprozessualer Haft wegen Wiederholungsgefahr darstellt (vgl. Kap. 3.3.3).

⁷² a.M. WEDER, welcher zwar zunächst die dritte Variante als «überzeugende Interpretation» bezeichnet, danach aber die Ansicht vertritt, dass lediglich ein drohendes «schweres» Verbrechen die Sicherheit anderer erheblich gefährden kann (WEDER, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, 375–376).

französischen Fassung), käme in den dargelegten Fällen Wiederholungsgefahr – trotz der erheblichen Sicherheitsrelevanz der strafbaren Handlungen – nicht in Frage, weil es sich nicht um schwere Verbrechen, sondern «lediglich» um solche minder schwerer Art handelt.⁷³ Darüber hinaus wird vorgebracht, dass der vorliegende Haftgrund folgendermassen bereits in unterschiedlichen kantonalen StPO in bewährter Weise ausgestaltet war.⁷⁴

Kritiker dieser Variante machen geltend, dass zwei Sprachfassungen (nämlich die Deutsche und Italienische) «schwere» Verbrechen als Voraussetzung erfordern, weshalb der deutsche Gesetzestext nicht fehlerhaft sein könne.⁷⁵ Zudem sei es fraglich, ob der Einbezug leichter Verbrechen dem Sinn und Zweck dieses Haftgrunds entspreche, da die Verhinderung eines leichten Verbrechens wohl kaum zu den Aufgaben der strafprozessualen Haft gehöre.⁷⁶

3.3.1.2 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das BGer erachtet, wie die Fürsprecher der dritten Variante⁷⁷, die Berücksichtigung jeglicher Verbrechen als sachgerecht, weshalb es sich – in Abweichung des deutschen und italienischen Wortlauts – dieser Variante angeschlossen und dessen Praxis inzwischen mehrfach bestätigt hat.⁷⁸

Da minder schwere Verbrechen vom Gesetzeswortlaut nicht erfasst werden – obschon bei diesen höhere Strafen drohen als bei Vergehen – bezeichnet das BGer die deutsch- und italienischsprachige Fassung als «missglückt»⁷⁹ und legt aufgrund dessen die Bestimmung «durch Umplatzierung des Adjektivs <schwere>»⁸⁰ und somit «gestützt auf den französischsprachigen Gesetzestext»⁸¹ – Verbrechen oder schwere Vergehen – aus.⁸²

Das BGer differenziert anhand der Schwere der Strafe, mit der die Straftat bedroht ist, ob diese ein Verbrechen oder Vergehen darstellt (Art. 10 Abs. 1–3 StGB).⁸³ Für die notwendige Abgrenzung zwischen schweren und minder schweren Vergehen, bildet dem BGer zufolge die abstrakte Strafdrohung gem. Gesetz den Ausgangspunkt. Somit muss für die Klassifizierung als schweres Vergehen eine Freiheitsstrafe (bis zu drei Jahren) drohen. Vergehens-Tatbestände, bei denen ausschliesslich eine Geldstrafe (d.h. keine Freiheitsstrafe) angedroht wird, werden für die Anordnung strafprozessualer Haft aufgrund

⁷³ Zum Ganzen FORSTER, Haftrecht, 344.

⁷⁴ FORSTER, Haftrecht, 343.

⁷⁵ JOSI, 213; FORSTER hingegen vertritt die Auffassung, dass bei voneinander abweichenden Gesetzeswortlauten kein «Mehrheitsprinzip» zur Anwendung gelange. Zudem macht er geltend, dass gem. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung derjenige Gesetzestext vorzuziehen sei, welcher den vernünftigen Sinn der Regelung wiedergebe (zum Ganzen FORSTER, Haftrecht, 343 mit Verweis auf BGE 135 IV 206 E. 4–5 S. 208–212).

⁷⁶ FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 32a.

⁷⁷ Vgl. Kap. 3.3.1.1.

⁷⁸ FORSTER, Haftrecht, 342–343; BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

⁷⁹ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

⁸⁰ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

⁸¹ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

⁸² BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

⁸³ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 8.

Wiederholungsgefahr nicht berücksichtigt, da sie als minder schwere Vergehen gelten.⁸⁴ Da dem BGer zufolge jedoch für die Einordnung als schweres Vergehen nicht allein der abstrakte Strafraum ausschlaggebend ist⁸⁵, muss für die Beurteilung der Schwere der Tat neben der abstrakten Strafdrohung gem. Gesetz sowohl das betroffene Rechtsgut als auch der Kontext miteinbezogen werden⁸⁶.

3.3.2 Vortatenerfordernis

3.3.2.1 Notwendigkeit der Gleichartigkeit

Als weitere Voraussetzung für eine Inhaftierung wegen Wiederholungsgefahr muss der Beschuldigte bereits früher **gleichartige**⁸⁷ **Straftaten (sog. Vortaten)** verübt haben, wobei dies gem. der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts mindestens zwei sein müssen.⁸⁸

Bei den Vortaten muss es sich – wie bei den zu befürchtenden Taten – um Verbrechen oder schwere Vergehen handeln, die sich «gegen gleiche oder gleichartige Rechtsgüter»⁸⁹ gerichtet haben.⁹⁰

Die geforderte Gleichartigkeit muss jedoch lediglich bezüglich der Vortaten und den befürchteten Taten vorliegen, was bedeutet, dass ein solcher Konnex zwischen der zu untersuchenden Tat (auf die sich der dringende Tatverdacht bezieht) und den zu befürchteten Taten resp. den Vortaten und der zu untersuchenden Tat nicht notwendig ist.⁹¹

Die Legitimation dieser Gleichartigkeit ist gem. URWYLER *et al.* auf die Überlegung zurückzuführen, «dass sich in der deliktischen Vorgeschichte diejenige Gefahr realisiert haben muss, die nun mit Blick auf die befürchtete Delinquenz erneut zur Beurteilung steht»^{92, 93}

⁸⁴ Zum Ganzen FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 32b; BGE 143 IV 9 E. 2.6 S. 14; BGer 1B_461/2018 E. 2.3.

⁸⁵ BGer 1B_187/2022 E. 3.3.2.

⁸⁶ BGE 143 IV 9 E. 2.6 S. 14; BGer 1B_461/2018 E. 2.3; BGer 1B_187/2022 E. 3.3.2; BGer 1B_251/2021 E. 5.2. So hat das BGer im Urteil 1B_251/2021 E. 5.2 Folgendes festgehalten: «Für Gewalt und Drohung gegen Behörden und Beamte (Art. 285 StGB) droht wie auch für Drohung (Art. 180 StGB) eine Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren. Mit Blick auf die abstrakte Strafdrohung, die betroffenen Rechtsgüter und den Kontext handelt es sich bei den vom Beschwerdeführer am 2. März 2010 begangenen Taten um schwere Vergehen». SCHWAIBOLD kritisiert dieses Vorgehen des BGer, wonach ein gem. der abstrakten Strafdrohung schweres Vergehen unter Berücksichtigung des Kontexts und des geschützten Rechtsguts zu einem mittleren oder leichten Vergehen werden kann (SCHWAIBOLD, 268).

⁸⁷ Es muss sich dabei nicht um den identischen Tatbestand handeln (Botschaft Vereinheitlichung, 1229); WEDER/KILLIAS kritisieren diese gem. ihnen «höchst unglückliche Regelung», da sie der Meinung sind, dass diese der Vorstellung entspringe, «schwere Taten würden von <Spezialisten> begangen, die immer wieder gleichartige Delikte begangen – wohingegen diese typischerweise gerade <Generalisten> sind» (WEDER/KILLIAS, 23).

⁸⁸ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 15; Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

⁸⁹ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

⁹⁰ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 85–86; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 32; FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 15 (Fn. 60); JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 7.

⁹¹ BGer 1B_435/2012 E. 3.4; Botschaft Vereinheitlichung, 1229; JOSITSCH/KRUMM, 390; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 7; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 32.

⁹² URWYLER *et al.*, Rz. 1268.

⁹³ URWYLER *et al.*, Rz. 1268.

3.3.2.2 Mögliche Vortaten-Konstellationen

Die Praxis des BGer umfasst in Bezug auf das Vortatenerfordernis – wie nachfolgend aufgezeigt wird – drei unterschiedliche Konstellationen.⁹⁴

Die ersten beiden Konstellationen unterscheiden sich insofern von der dritten und somit letzten Konstellation, als dass diese mehrere Vortaten umfassen. Aus diesem Grund wird auf diese beiden Konstellationen im folgenden Kap. und auf die dritte Konstellation separat im übernächsten Kap. eingegangen.

3.3.2.2.1 Mehrere Vortaten

Bei der ersten Konstellation kommen als Vortaten Straftaten in Betracht, die rechtskräftig beurteilt wurden.⁹⁵ Gem. der zweiten Konstellation können die früher begangenen Straftaten auch Gegenstand des noch hängigen Strafverfahrens bilden, bei dem sich die Frage der strafprozessualen Haft stellt.⁹⁶ Dies ist jedoch nur möglich, «sofern mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die beschuldigte Person solche Straftaten begangen hat»⁹⁷. Der Nachweis, dass der Beschuldigte eine Straftat verübt hat, kann entweder anhand eines glaubhaften Geständnisses oder einer erdrückenden Beweislage erbracht werden.⁹⁸ Diese Konstellation widerspricht KAISER zufolge dem Gesetzeswortlaut – aufgrund der Tatsache, dass diesem nicht zu entnehmen ist, wann eine Tat als «verübt» gilt – zwar nicht klar, es werden dem Beschuldigten jedoch Vortaten vorgeworfen, bezüglich derer keine Abklärung in einem umfassenden Beweisverfahren stattgefunden hat, was im Hinblick auf die Unschuldsvermutung u.U. als problematisch angesehen werden kann.⁹⁹

3.3.2.2.2 Verzicht auf jegliche Vortaten

Obwohl sowohl gem. dem deutlichen Gesetzeswortlaut als auch dem gesetzgeberischen Willen mehrere Vortaten vorliegen müssen¹⁰⁰, kann dem BGer zufolge bei untragbar hohen Risiken ausnahmsweise sogar gänzlich auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden (dritte Konstellation)¹⁰¹.

Dies hat das BGer bereits kurz nachdem die eidgenössische StPO in Kraft getreten ist, nämlich im März 2011, in einem Urteil, das amtlich publiziert wurde, entschieden.¹⁰² Im betreffenden Fall wurde der Beschuldigte verdächtigt ein Tötungsdelikt begangen zu haben. Dieser hatte sich durch die vom Opfer geäusserten homosexuellen Provokationen empört und beleidigt gefühlt und diesem folglich auf einer Autobahnraststätte tödliche Schläge mit dem Ellbogen und den Füßen erteilt.¹⁰³ Infolge der Erstellung eines psychiatrischen Gutachtens, wurde beim Beschuldigten eine «psychische Störung mit

⁹⁴ FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 22.

⁹⁵ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86; FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 22.

⁹⁶ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86; FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 22–23.

⁹⁷ BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13.

⁹⁸ BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13.

⁹⁹ KAISER, 42, 45–46.

¹⁰⁰ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 450. Vgl. dazu auch Kap. 3.3.2.1.

¹⁰¹ BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13; FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 24; BGer 1B_366/2020 E. 2.4.

¹⁰² FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 26.

¹⁰³ Zum Ganzen BGE 137 IV 13 Sachverhalt A S. 14; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 451; FORSTER, Haftrecht, 339.

gravierenden dissozialen Persönlichkeitsstrukturen»¹⁰⁴ diagnostiziert, welcher lediglich mit einer Psychotherapie, die längere Zeit andauern würde, entgegengewirkt werden könne. Da sich der Beschuldigte der notwendigen Behandlung widersetze und deshalb gem. den Ausführungen des Sachverständigen die Gefahr eines Rückfalls bestand, bestätigte das BGer – trotz fehlender Androhung weiterer gleichartiger Straftaten oder bereits verübter gleichartiger Vortaten¹⁰⁵ – die strafprozessuale Haft aufgrund Wiederholungsgefahr.¹⁰⁶

Es begründete den Entscheid damit, dass in dem zugrunde liegenden Fall aufgrund der persönlichen Situation des Beschuldigten und seiner Ablehnung gegenüber der notwendigen Langzeitbehandlung, ein gravierendes Gefährdungspotenzial vorliege und somit seine Freilassung eine schwere, konkrete und ernsthafte Gefahr für die öffentliche Sicherheit bedeuten würde, welcher lediglich mit einem Freiheitsentzug vorgebeugt werden könne.¹⁰⁷ Es führte weiter aus, dass sich «aus einer systematisch-teleologischen Auslegung von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO ergibt [...], dass es – selbst bei Fehlen von früheren gleichartigen Straftaten – nicht in der Absicht des Gesetzgebers lag, mögliche Opfer von weiteren Gewaltdelikten derartigen Risiken auszusetzen»¹⁰⁸, wobei entscheidend sei, dass im konkreten Fall die Sicherheit anderer «nicht weniger gefährdet als im Falle der Drohung einer Person, sie werde ein schweres Verbrechen ausführen»¹⁰⁹ (Art. 221 Abs. 2 StPO¹¹⁰) erscheine.¹¹¹ Obwohl sich das BGer im vorliegenden Fall gezwungen sah, zuungunsten des Beschuldigten vom Vortatenerfordernis abzusehen und somit vom Gesetzeswortlaut abzuweichen¹¹², hat es im selben Entscheid festgehalten, dass von einem solchen Verzicht lediglich mit grosser Zurückhaltung bei Vorliegen schwerer Verbrechen oder Vergehen und einer konkreten und ernsthaften Gefahr für potenzielle Opfer Gebrauch gemacht werden könne. Zudem sei es stets notwendig, eine derartige Anwendung unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls einzugrenzen.¹¹³

¹⁰⁴ BGE 137 IV 13 Regeste.

¹⁰⁵ CONTE, 106; FORSTER, Haftrecht, 339.

¹⁰⁶ BGE 137 IV 13 Regeste, E. 2.2 S. 16; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 451.

¹⁰⁷ BGE 137 IV 13 E. 4.3–4.4 S. 20.

¹⁰⁸ BGE 137 IV 13 Regeste. Wichtig anzumerken ist, dass das BGer nebst dem Begriff der «Gewaltdelikte» zudem die Begriffe «schwere Gewaltdelikte» (BGer 1B_598/2020 E. 5.1; BGer 1B_207/2022 E. 4.1), «schwere Verbrechen» (BGer 1B_598/2020 E. 5.2.1), akut drohende «Schwerverbrechen» (BGer 1B_553/2017 E. 3.2) und «schwere Gewaltverbrechen» (BGer 1B_366/2020 E. 2.4) verwendet.

¹⁰⁹ BGE 137 IV 13 Regeste.

¹¹⁰ Vgl. Kap. 4 (Haftgrund der Ausführungsgefahr)

¹¹¹ BGE 137 IV 13 Regeste, E. 4.4 S. 21.

¹¹² FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 27.

¹¹³ Zum Ganzen BGE 137 IV 13 E. 4.5 S. 21. So sah das BGer bspw. im Urteil 1B_366/2020 E. 2.4, bei welchem dem Beschwerdeführer eine versuchte vorsätzliche Tötung vorgeworfen wurde, vom Vortatenerfordernis ab. Das BGer führte aus, dass es sich dabei um einen Angriff auf das höchste Rechtsgut (menschliches Leben) handle und sich demzufolge «das Risiko, welchem mögliche Opfer bei erneuten schweren Gewaltverbrechen des Beschwerdeführers ausgesetzt wären» als untragbar hoch erweise und nicht zu verantworten sei. In BGer 1B_84/2022 Sachverhalt A, E. 4.4 (Strafuntersuchung wegen Gefährdung des Lebens und weiterer Delikte) erwog das BGer gestützt auf das Gutachten (schwerwiegende Persönlichkeitsstörung, Alkoholabhängigkeit, schädlicher Gebrauch von Kokain, zahlreiche Risikomerkmale für Begehung weiterer u.a. schwerwiegender Delikte), dass das Risiko, dass der Beschwerdeführer bei einer Haftentlassung «schwere, die Sicherheit anderer erheblich gefährdende Gewalttaten verüben könnte» als untragbar hoch erscheine. In BGer 1B_598/2020 E. 5.2.1 (dringender Tatverdacht bezüglich versuchter schwerer Körperverletzung [Angriff auf körperliche Integrität])

Mit seinem Entscheid hat das BGer den in einigen kantonalen StPO früher noch geregelten Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr aufrechterhalten.¹¹⁴ Dieser wurde in den Kantonen unterschiedlich geregelt.¹¹⁵ Im Kanton ZH bspw., wurde für die Annahme einer qualifizierten Wiederholungsgefahr vorausgesetzt, dass neben dem Vorliegen eines dringenden Tatverdachts betreffend eines Verbrechens oder Vergehens, ernsthaft befürchtet werden musste, dass der Beschuldigte ein Verbrechen begehen wird, welches im vorhandenen «Deliktskatalog» aufgelistet war, wobei sich das gegen den Beschuldigten geführte Verfahren auf ein Verbrechen oder Vergehen beziehen musste, das gleichartig war (§ 58 Abs. 1 Ziff. 4 aStPO/ZH).¹¹⁶ Der Kanton BE forderte für die Annahme, dass der Beschuldigte weitere Verbrechen tätigt und somit die körperliche oder sexuelle Integrität anderer in schwerwiegender Weise gefährdet, das Vorliegen «ernsthafter Gründe» (Art. 176 Abs. 1 Ziff. 4 aStPO/BE). Im Gegensatz dazu, wurden im Kanton AR «bestimmte Anhaltspunkte» für die Gefährdung anderer durch die Begehung einer neuen Straftat als genügend erachtet (Art. 98 Abs. 1 Ziff. 3 aStPO/AR). Ein weiterer spannender und erwähnenswerter Punkt, der in den kantonalen StPO unterschiedlich geregelt war, kann betreffend die «Gleichartigkeit» zwischen den begangenen und befürchteten Straftaten festgestellt werden: So wurde diese in einigen Kantonen wie etwa SO, SG oder GL¹¹⁷ verlangt, indem in den ersten beiden Kantonen gefordert wurde, dass eine ernstliche Gefahr resp. ernsthafte Anhaltspunkte dafür bestanden, dass die «strafbare Tätigkeit fortgesetzt» wird oder – gem. der Regelung die für den Kanton GL galt – die «Gefahr der Tatwiederholung» vorliegt, wobei andere Kantone, wie z.B. SZ, LU oder UR¹¹⁸ «neue» bzw. «weitere strafbare Handlungen» oder die Begehung einer «neuen schweren Straftat» genügen liessen.¹¹⁹

Dass die sog. qualifizierte Wiederholungsgefahr durch das BGer, «erneut» eingeführt wurde, wird trotz der grundsätzlichen Nachvollziehbarkeit des Ergebnisses des Autobahnraststätte-Entscheids¹²⁰, zum Teil stark kritisiert.¹²¹

Insb. wird beanstandet, dass ein Verzicht auf das Vortatenerfordernis nicht mit der für Grundrechtseingriffe erforderlichen gesetzlichen Grundlage (Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO, Art. 31 Abs. 1 BV und Art. 36

berücksichtigte das BGer insb. den Kontext der Tatausübung (u.a. Verwendung Baseballschläger) und gelangte zum Schluss, dass angesichts der ungünstigen Rückfallprognose und der erheblichen Schwere der Handlungen, welche von einem grossen Gewaltpotenzial zeugen, der Entscheid der Vorinstanz (Verzicht auf Vortaten) zu bestätigen sei (vgl. dazu auch URWYLER *et al.*, Rz. 1275). In BGer 1B_207/2022 Sachverhalt A, E. 4.5, bei welchem dem Beschwerdeführer eine Drohung und weitere Delikte vorgeworfen wurden, bestätigte das BGer aufgrund der Gesamtumstände (festgestellte Aggravationstendenzen, Aussagen im laufenden Verfahren, ungünstige Prognose gem. Vorabstellungnahme, psychischer Zustand, Schwere der drohenden Taten) den Entscheid der Vorinstanz, wonach aufgrund des untragbar hohen Risikos für die Begehung schwerer Gewaltdelikte auf das Vortatenerfordernis gänzlich verzichtet wurde.

¹¹⁴ FORSTER, Haftrecht, 341; FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 15.

¹¹⁵ WOHLERS, de lege lata et ferenda, 317–318.

¹¹⁶ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 461; WOHLERS, de lege lata et ferenda, 317.

¹¹⁷ Vgl. § 43 Abs. 2 lit. c aStPO/SO, Art. 113 Abs. 1 lit. c aStPO/SG, Art. 48 Abs. 1 Ziff. 2 aStPO/GL.

¹¹⁸ Vgl. § 26 Abs. 1 lit. c aStPO/SZ, § 80 Abs. 2 Ziff. 4 aStPO/LU, Art. 107 Abs. 1 Ziff. 3 aStPO/UR.

¹¹⁹ Zum Ganzen WOHLERS, de lege lata et ferenda, 317–318.

¹²⁰ MANFRIN, 42–43; CONTE, 160–161; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 453.

¹²¹ FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 24, 27.

Abs. 1 BV) zu vereinbaren sei, und es sich somit um eine unzulässige Auslegung *contra legem* handle.¹²² Zudem dürfe die notwendige gesetzliche Grundlage nicht etwa durch Analogieschluss geschaffen werden, wie dies das BGER in seiner Begründung mit Bezug auf den Haftgrund der Ausführungsgefahr getan habe.¹²³ Es sei ausserdem bedenklich, dass das BGER kurz nach Inkrafttreten der eidgenössischen StPO in die unmissverständlich formulierte Gesetzeslage eingegriffen habe¹²⁴, zumal sich der klare Wille des Gesetzgebers¹²⁵, nämlich, dass mindestens zwei Vortaten vorliegen müssen, darüber hinaus klar aus den Materialien ergebe.¹²⁶ Gem. der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts verhindert die Voraussetzung der Begehung früherer Straftaten u.a. nämlich, «dass Personen auf Grund nicht näher begründeter Annahmen»¹²⁷ inhaftiert werden.¹²⁸ Zudem darf gem. GFELLER/BIGLER/BONIN nicht ausser Acht gelassen werden, dass neben der Gesellschaft und dem Staat auch der Verbrecher durch das Gesetz geschützt werden muss.¹²⁹

Von den Befürwortern der umstrittenen Praxis des BGER wird zwar vorgebracht, dass die vorgenommene Lückenfüllung aus rechtsstaatlicher Sicht durchaus problematisch sei, diese jedoch «sachlich und kriminalpolitisch *dringend geboten*»¹³⁰ war.¹³¹ Bei solch «*akut drohenden Schwerverbrechen*»¹³² könne vorübergehend ausnahmsweise auf die polizeiliche Notstandsklausel, die in Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV verankert ist, zurückgegriffen werden, denn es könne schlichtweg nicht sein, dass eine als gemeingefährlich kategorisierte beschuldigte Person, trotz der akuten Drohung weiterer Schwerverbrechen, freigelassen werde. Zudem müsse man auch an die Grundrechte jener Personen denken, welche in Zukunft möglicherweise als Opfer von den weiteren Schwerverbrechen betroffen sein könnten.¹³³

Aufgrund der derart engen Formulierung des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr und dem damit einhergehenden ungenügenden Schutz vor einer weiteren Straftat durch dieselbe Person, wurde bereits kurz nach Inkrafttreten des Gesetzestexts vorgebracht, dass dadurch vonseiten des Parlaments

¹²² HEIMGARTNER, 7–8; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 453; CONTE, 159; FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 27 (Fn. 41).

¹²³ DONATSCH/HIESTAND, 11.

¹²⁴ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 453, sprechen von einem «eklatanten Eingriff in die Gewaltenteilung».

¹²⁵ Gem. GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 454–457, handelt es sich, aufgrund der Tatsache, dass bereits während dem Gesetzgebungsprozess zur Vereinheitlichung der eidgenössischen StPO seitens der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons ZH auf die Problematik des Vortatenerfordernisses hingewiesen wurde und zudem der VE von dem von den Experten vorgeschlagenen «Haftgrund der Gefährdung der öffentlichen Ordnung bei schweren Verbrechen» abgesehen hat, bei der fehlenden Regelung der qualifizierten Wiederholungsgefahr in der eidgenössischen StPO nicht um ein «gesetzgeberisches Versehen», sondern um einen «ausdrücklichen Verzicht»; ähnlich CONTE, 159–160, mit Verweis auf den im Kanton ZH in § 58 Abs. 1 Ziff. 4 aStPO ZH zum damaligen Zeitpunkt bereits seit mehreren Jahren verankerten Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr.

¹²⁶ CONTE, 156–157.

¹²⁷ Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

¹²⁸ Botschaft Vereinheitlichung, 1229; CONTE, 156–157.

¹²⁹ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 457.

¹³⁰ FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 15.

¹³¹ ZIMMERLIN/HOLDEREGGER, 67; FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 15.

¹³² FORSTER, Haftrecht, 341.

¹³³ Zum Ganzen FORSTER, Haftrecht, 341.

«Risikosituationen geradezu vorprogrammiert»¹³⁴ wurden¹³⁵, weshalb auch m.E. die Praxis des BGer – zur Verhinderung weiterer Opfer – als durchaus notwendig erscheint. Folgende Aussage von WEDER/KILLIAS zeigt die Problematik bzw. Mangelhaftigkeit des geltenden Gesetzeswortlauts und somit die Relevanz der Praxis des BGer prägend auf: «Es wird auch den Eltern einer getöteten Person schwer zu erklären sein, weshalb sie damit zu leben haben, am Samstag beim Einkaufen dem Mörder ihres Kindes zu begegnen»¹³⁶.¹³⁷

Dass ein solches Abweichen im Bereich der strafprozessualen Zwangsmassnahmen jedoch kein Dauerzustand bleiben darf und die unbefriedigende Lücke durch die (Wieder)Einführung der qualifizierten Wiederholungsgefahr vom Gesetzgeber schnellstmöglich geschlossen werden sollte¹³⁸ wurde bereits kurz nach Inkrafttreten der eidgenössischen StPO¹³⁹ bzw. der Einführung der aufgezeigten bundesgerichtlichen Rechtsprechung¹⁴⁰ von einem Teil der Lehre festgehalten¹⁴¹ und hatte – wie in der Einleitung erwähnt – überdies zur Folge, dass bereits im Jahr 2011 und 2012 entsprechende parlamentarische Vorstösse eingereicht wurden¹⁴², welche den Ausgangspunkt für die vorliegende Revision von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO bildeten¹⁴³.

3.3.3 Gefährdung der Sicherheit anderer

Die Anordnung strafprozessualer Haft aufgrund Wiederholungsgefahr ist nur in denjenigen Fällen möglich, in denen die jeweiligen Taten im Wiederholungsfall eine **erhebliche Gefährdung der Sicherheit anderer** zur Folge haben.¹⁴⁴

Erforderlich ist somit, dass sowohl die drohenden Verbrechen als auch die drohenden schweren Vergehen die vorliegende Voraussetzung erfüllen, da die Frage, ob die drohenden Straftaten sicherheitsrelevant sind, aufgrund der Tatsache, dass das Bestehen eines Verbrechens oder schweren Vergehens bloss einen Hinweis auf die Tatschwere und nicht auf die Gefährdung der Sicherheit anderer darstellt, von

¹³⁴ WEDER/KILLIAS, 23.

¹³⁵ WEDER/KILLIAS, 23.

¹³⁶ WEDER/KILLIAS, 23.

¹³⁷ Zum Ganzen WEDER/KILLIAS, 23.

¹³⁸ FORSTER, Haftrecht, 341; FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 27.

¹³⁹ WEDER/KILLIAS, 23. WEDER/KILLIAS bemängelten den damals neuen Gesetzestext kurz nach dessen Inkrafttreten Anfangs 2011, da dieser das «Anliegen des Schutzes vor gefährlichen Straftätern» nicht berücksichtige und wiesen darauf hin, dass der von 2005–2010 im Kanton ZH geltende Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr (Inhaftierung im Zusammenhang mit einem Strafverfahren, jedoch unabhängig von Vortaten oder Vorstrafen) während ebendieser Zeitspanne relativ häufig zur Anwendung gelangte und somit der von den gemeingefährlichen Straftätern ausgehenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit erfolgreich entgegengewirkt werden konnte (WEDER/KILLIAS, 23); KILLIAS erachtet die Behebung der «Panne» – mit welcher er den 2011 eingeführten Gesetzestext, der mehrere Vortaten verlangt, meint – als erforderlich (Tages-Anzeiger vom 10. Juli 2011).

¹⁴⁰ JOSITSCH/KRUMM, 392–393; FORSTER, Haftrecht, 341.

¹⁴¹ JOSITSCH/KRUMM, 392–393; FORSTER, Haftrecht, 341; KILLIAS, Tages-Anzeiger vom 10. Juli 2011.

¹⁴² Motion Amherd bzw. Motion FDP-Liberale Fraktion und parlamentarische Initiative Jositsch.

¹⁴³ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 12–14. Vgl. dazu auch Kap. I (Einleitung).

¹⁴⁴ MELE, 62.

Ersterer abzugrenzen ist.¹⁴⁵ Diese Einschränkung ist v.a. bei Verbrechen nötig, da gem. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei diesen die Tatschwere keine Rolle spielt, was ohne die Beachtung der vorliegenden Voraussetzung (Sicherheitsrelevanz) zur Folge hätte, dass eine Inhaftierung einer Person bei allen Diebstählen, bei denen sich deren Wille auf Vermögenswerte über 300 Fr. gerichtet hat, möglich wäre.¹⁴⁶

Welche Delikte jedoch sicherheitsrelevant sind, ist umstritten. Während ein Teil der Lehre die Ansicht vertritt, dass die erhebliche Sicherheitsgefährdung bereits vorab auf Delikte gegen die sexuelle Integrität und Leib und Leben zu begrenzen ist, nimmt ein anderer Teil der Lehre und auch das BGer an, dass sich die erforderliche Sicherheitsrelevanz nicht auf gewisse Deliktsgruppen beschränkt, weshalb letzteres ausführt, dass sich diese «grundsätzlich auf Rechtsgüter jeder Art beziehen»¹⁴⁷ kann.¹⁴⁸

Nachfolgend wird auf ausgewählte Deliktsgruppen eingegangen, wobei wichtig anzumerken ist, dass diese, aufgrund der Tatsache, dass durch das BGer keine Einschränkung auf gewisse Rechtsgüter vorgenommen wurde, nicht abschliessend sind und somit noch weitere Delikte die Sicherheit anderer erheblich gefährden können.¹⁴⁹

3.3.3.1 Delikte gegen die körperliche / sexuelle Integrität und Delikte gegen die Freiheit

Im Vordergrund stehen dem BGer zufolge Delikte gegen die körperliche und sexuelle Integrität, wobei zu beachten ist, dass in diesem Kontext v.a. «bei Straftaten gegenüber speziell schutzbedürftigen Personengruppen, namentlich Kindern»¹⁵⁰ aus Gründen des Opferschutzes und der Tatsache, dass in solchen Fällen auch weniger schwerwiegende Tathandlungen dazu geeignet sind, die Sicherheit anderer zu gefährden, ein strenger Massstab zu gelten hat.¹⁵¹

Auch die mit den Delikten gegen die körperliche und sexuelle Integrität in engem Zusammenhang stehenden Delikte gegen die Freiheit (Art. 180 ff. StGB) können gem. dem BGer eine erhebliche Gefährdung der Sicherheit anderer begründen.¹⁵² Drohungen bspw., können für sich allein zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Sicherheitslage einer Person führen.¹⁵³ Dies trifft dem BGer zufolge umso mehr zu, «wenn sich die Einschüchterungshandlungen wiederholen»^{154 155}.

¹⁴⁵ KAISER, 35, 64; MELE, 64. A.M. URWYLER *et al.*, Rz. 1244 (Fn. 2137), die davon ausgehen, dass die beiden Kriterien «nichts anderes als die zwei Seiten derselben Medaille» darstellen. Gem. dem BGer weisen die beiden Kriterien (Tatschwere und Gefährdung der Sicherheit anderer) zwar Überschneidungen auf, sind jedoch nicht deckungsgleich. Zudem hält das BGer fest, dass i.d.R. gilt: «Je schwerer die drohende Tat ist, desto höher ist auch die Gefährdung der Sicherheit anderer» (BGE 143 IV 9 E. 2.9 S. 17).

¹⁴⁶ KAISER, 64.

¹⁴⁷ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15.

¹⁴⁸ Zum Ganzen GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 469; MELE, 63.

¹⁴⁹ KAISER, 81.

¹⁵⁰ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15.

¹⁵¹ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15.

¹⁵² BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15; URWYLER *et al.*, Rz. 1254.

¹⁵³ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15; BGer 1B_238/2012 E. 2.4.2.

¹⁵⁴ BGer 1B_238/2012 E. 2.4.2.

¹⁵⁵ BGer 1B_238/2012 E. 2.4.2.

3.3.3.2 Vermögensdelikte

Gem. dem BGer sind Vermögensdelikte u.U. zwar in hohem Mass sozialschädlich, sie betreffen grds. aber «nicht unmittelbar die Sicherheit der Geschädigten»¹⁵⁶. Diese kann dem BGer zufolge i.d.R. lediglich «bei besonders schweren Vermögensdelikten»¹⁵⁷ tangiert werden, wobei dafür vorausgesetzt wird, dass diese «die Geschädigten besonders hart bzw. ähnlich treffen wie ein Gewaltdelikt»¹⁵⁸.¹⁵⁹ Eine solche Konstellation kann bspw. vorliegen, wenn der Täter den sich in fortgeschrittenem Alter befindlichen Geschädigten um das ganze Vermögen, welches dieser durch harte Arbeit erwirtschaftet hat, bringt, denn das dürfte «diesen in der Regel mindestens so schwer treffen wie ein körperlicher Angriff etwa durch einen Faustschlag»¹⁶⁰. Würde man bei solchen Vermögensdelikten eine erhebliche Sicherheitsgefährdung verneinen und folglich eine Inhaftierung aufgrund Wiederholungsgefahr ausschliessen, entstünde nach Ansicht des BGer «ein Wertungswiderspruch»¹⁶¹.¹⁶²

Ob jedoch ein solch «besonders schweres Vermögensdelikt» droht, muss stets anhand der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.¹⁶³ Für eine erhebliche Sicherheitsgefährdung spricht das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte betreffend einer Gewaltanwendung seitens des Beschuldigten bei zukünftigen Vermögensdelikten. Dies ist insb. dann der Fall, wenn dieser bei der Begehung früherer Vermögensstraftaten eine Waffe bei sich trug oder eingesetzt hat. Des Weiteren ist die Schwere der von der beschuldigten Person begangenen Vermögensdelikte zu berücksichtigen. Dabei gilt: «Je gravierender diese sind, desto eher spricht dies für die Sicherheitsgefährdung»¹⁶⁴. Wenn der Deliktsbetrag sehr hoch ist, was bspw. bei Anlagebetrug der Fall ist, dann lässt dies befürchten, dass von der beschuldigten Person auch in Zukunft schwere Vermögensdelikte begangen werden. Zudem muss dem BGer zufolge den persönlichen, namentlich finanziellen Umständen der geschädigten Personen Rechnung getragen werden. Sofern die Taten des Beschuldigten z.B. «auf schwache und finanziell in bescheidenen Verhältnissen lebende

¹⁵⁶ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15.

¹⁵⁷ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15.

¹⁵⁸ BGE 146 IV 136 E. 2.2 S. 139. Aus diesem Grund kommt dem BGer zufolge eine Bejahung der erheblichen Sicherheitsgefährdung bei Vermögensdelikten wie Betrug (Art. 146 StGB) oder Diebstahl (Art. 139 StGB) – auch bei Vorliegen einer Gewerbmässigkeit – «nur in besonders schweren Fällen ausnahmsweise in Betracht» (BGer 1B_637/2020 E. 2.2; BGE 146 IV 136 E. 2.2 S. 139). Zudem ist wichtig anzumerken, dass die beiden Kriterien der ernsthaften Befürchtung und der erheblichen Sicherheitsgefährdung auseinandergehalten werden müssen. So ist bei einem Serienbetrüger, der nie jemanden schwer geschädigt hat, trotz ungünstiger Rückfallprognose, die erhebliche Sicherheitsgefährdung zu verneinen (BGE 146 IV 136 E. 2.6 S. 142; BGer 1B_616/2020 E. 3.4).

¹⁵⁹ Zum Ganzen BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15; BGE 146 IV 136 E. 2.2 S. 139.

¹⁶⁰ BGE 146 IV 136 E. 2.4 S. 141.

¹⁶¹ BGE 146 IV 136 E. 2.4 S. 141.

¹⁶² Zum Ganzen BGE 146 IV 136 E. 2.4 S. 141. U.u. kann auch eine juristische Person oder ein Gemeinwesen von einem Vermögensdelikt besonders schwer betroffen sein (vgl. dazu BGE 146 IV 136 E. 2.7 S. 142).

¹⁶³ So bejahte das BGer die erhebliche Sicherheitsgefährdung bspw. in BGer 1B_43/2022 E. 2.4 (sehr hohe Deliktssumme, Schwere der Straftaten, langjährige deliktische Laufbahn, Vorstrafe wegen Körperverletzung, persönliche Lebensverhältnisse) und verneinte diese in BGer 1B_247/2016 E. 2.2 (Verdacht zulasten des Sozialamts und der Arbeitslosenkasse während rund fünf Jahren zur Finanzierung des gehobenen Lebensunterhalts gewerbmässigen Betrug mit einem Deliktsbetrag von 200'000–300'000 Fr. begangen zu haben). (Vgl. für letzteren Fall auch die Ausführungen in BGE 146 IV 136 E. 2.2 S. 139).

¹⁶⁴ BGE 146 IV 136 E. 2.5 S. 141–142.

Geschädigte»¹⁶⁵ zielen, wird für eine Bejahung der Sicherheitsgefährdung weniger benötigt, weshalb ein tieferer Deliktsbetrag ausreichend ist. Daneben ist jedoch auch eine Berücksichtigung der Verhältnisse des Beschuldigten von Relevanz. Wenn dieser – trotz fehlendem Einkommen und Vermögen – aufgrund der Pflege eines luxuriösen Lebensstils oder einer Spielsucht einen grossen Finanzbedarf aufweist, deutet dies auf die Begehung schwerer Vermögensdelikte durch den Beschuldigten hin. Schliesslich hält das BGer fest, dass auch entdeckte Pläne betreffend die Verübung schwerer Vermögensstraf-taten eine erhebliche Sicherheitsgefährdung legitimieren können.¹⁶⁶

3.3.3.3 Strassenverkehrs- und Betäubungsmitteldelikte

Zulässig kann die Anordnung der strafprozessualen Haft aufgrund Wiederholungsgefahr dem BGer zu-folge auch «bei schweren Verstössen gegen Nebenstrafgesetze»¹⁶⁷, wie gegen das Strassenverkehrs-oder Betäubungsmittelgesetz sein.¹⁶⁸

Bei der ersten Deliktskategorie muss es sich um schwere Strassenverkehrsdelikte handeln.¹⁶⁹ So hat das BGer bspw. drohende Trunkenheitsfahrten, bei denen gravierende Unfallfolgen (mit Schwerverletzten resp. Todesopfern) befürchtet werden mussten als erheblich sicherheitsgefährdend qualifiziert.¹⁷⁰ Auch bejaht wurde die erhebliche Sicherheitsrelevanz durch das BGer z.B. im Urteil 1B_187/2022, bei wel-chem dem Beschwerdeführer Raserdelikte (Art. 90 Abs. 3 und 4 SVG)¹⁷¹ vorgeworfen wurden. Es führte aus, dass Raserdelikte für die übrigen Verkehrsteilnehmer bereits für sich alleine «eine äusserst grosse (tödliche) Gefahr»¹⁷² darstellten und «ohne weiteres sicherheitsrelevant»¹⁷³ seien. Dies gilt dem BGer zufolge «umso mehr für unbewilligte Rennen innerorts auf einer öffentlichen Strasse durch eine Unter-führung, welche in einer Strassenverengung mündet»¹⁷⁴. Weiter hielt das BGer fest, dass infolge seines rücksichtslosen Verhaltens berechtigterweise angenommen werden könne, «dass von seiner Seite De-likte drohen, die geeignet sind, die Sicherheit anderer erheblich zu gefährden». Die Fahrweise des Be-schwerdeführers, die von Geschwindigkeitsüberschreitungen geprägt sei, biete keine Gewähr dafür, dass der Beschwerdeführer in der Lage sei, Rücksicht auf die übrigen Verkehrsteilnehmer zu nehmen und ein Motorfahrzeug vorschriftsgemäss zu lenken.¹⁷⁵

Damit bei der zweiten Kategorie eine Bejahung der erheblichen Sicherheitsgefährdung in Betracht kom-men kann, muss es sich um qualifizierte Widerhandlungen gegen das Betäubungsmittelgesetz

¹⁶⁵ BGE 146 IV 136 E. 2.5 S. 142.

¹⁶⁶ Zum Ganzen BGE 146 IV 136 E. 2.5 S. 141–142.

¹⁶⁷ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15–16.

¹⁶⁸ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15–16; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 9.

¹⁶⁹ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15.

¹⁷⁰ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15; BGer 1B_435/2012 E. 3.9.

¹⁷¹ I.c. Überschreitung der Höchstgeschwindigkeiten auf der Autobahn um 95 km/h bzw. innerorts um 60 km/h, wobei letzteres angeblich im Zusammenhang mit einem Rennen, was durch den Beschwerdeführer jedoch be-stritten wurde, stattfand (BGer 1B_187/2022 E. 3.4).

¹⁷² BGer 1B_187/2022 E. 3.4.

¹⁷³ BGer 1B_187/2022 E. 3.4.

¹⁷⁴ BGer 1B_187/2022 E. 3.4.

¹⁷⁵ Zum Ganzen BGer 1B_187/2022 E. 3.4–3.5.

handeln.¹⁷⁶ Das BGer bejahte das Vorliegen der erheblichen Sicherheitsrelevanz z.B. «bei banden- und gewerbsmässigem Handel von Cannabis im grossen Stil¹⁷⁷». ¹⁷⁸

3.3.4 Ernsthafte Befürchtung

Als letzte Voraussetzung für die Anordnung strafprozessualer Haft wegen Wiederholungsgefahr verlangt das Gesetz, dass schwere Vergehen bzw. Verbrechen bei einer Freilassung des Beschuldigten **ernsthaft zu befürchten** sind.¹⁷⁹

3.3.4.1 Rückfallprognose

Welche Kriterien für die Beurteilung einer ernsthaften Befürchtung der Tatwiederholung heranzuziehen sind, ist dem Gesetzestext nicht zu entnehmen.¹⁸⁰ Gem. dem BGer hat die Beurteilung der Erfüllung der vorliegenden Voraussetzung mittels einer Legal- bzw. Rückfallprognose zu erfolgen, wobei sich dabei ähnliche Fragen stellen, wie dies in Verbindung mit der Gewährung bzw. Verweigerung des bedingten Strafvollzugs (Art. 42 Abs. 1 StGB) der Fall ist, wonach das Nichtvorhandensein einer ungünstigen Prognose gefordert wird.¹⁸¹

Dass die Legalprognose eine heikle Angelegenheit darstellt, verdeutlicht die Tatsache, dass es sich bei einer Prognose – wie CONTE ausführt – «stets um die Voraussage einer Entwicklung, deren Eintreffen alles andere als sicher ist»¹⁸² handelt¹⁸³. Dem BGer zufolge darf lediglich mit Zurückhaltung angenommen werden, dass die beschuldigte Person weitere Straftaten begehen könnte, was bedeutet, dass «die rein hypothetische Möglichkeit der Verübung weiterer Delikte sowie die Wahrscheinlichkeit, dass nur geringfügige Straftaten verübt werden»¹⁸⁴ für eine Inhaftierung nicht ausreichend sind.¹⁸⁵ Erforderlich ist somit das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte, die für eine erneute Straffälligkeit des Beschuldigten sprechen.¹⁸⁶

¹⁷⁶ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 15–16; BGer 1B_126/2011 E. 3.7

¹⁷⁷ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 16.

¹⁷⁸ BGE 143 IV 9 E. 2.7 S. 16 mit Verweis auf BGer 1B_126/2011 E. 3.7 f., BGer 1B_538/2011. E. 3.4.

¹⁷⁹ BGE 143 IV 9 E. 2.8 S. 16; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 493.

¹⁸⁰ KAISER, 82.

¹⁸¹ BGE 143 IV 9 E. 2.8 S. 16; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 39.

¹⁸² CONTE, 107.

¹⁸³ CONTE, 107.

¹⁸⁴ BGer 1B_126/2013 E. 3.1.

¹⁸⁵ BGer 1B_126/2013 E. 3.1; CONTE, 107–108.

¹⁸⁶ KAISER, 82–83 mit Verweis auf BGer 1B_200/2016 E. 2.4.3; CONTE, 107–108. Das BGer führte im Urteil 1B_251/2021 E. 5.4 z.B. aus, dass es nicht zu beanstanden sei, dass die Vorinstanz «das Erfordernis der ernsthaft zu befürchtenden Tatwiederholung als erfüllt erachtete». Zu diesem Schluss gelangte das BGer u.a. deshalb, weil die Drohungen des Beschwerdeführers vor seiner Inhaftierung «tendenziell konkreter und schwerer» wurden indem sich diese «vermehrt gegen namentlich genannte Personen richteten, die angedrohten schweren Straftaten konkreter formuliert und zuletzt teilweise auch zeitlich determiniert waren». Insb. Letzteres zeigt, dass das BGer berücksichtigt, wann die befürchtete Tatwiederholung begangen werden könnte resp. dass diese in naher Zukunft droht (vgl. dazu auch E. 5.3). Im Urteil 1B_160/2016 E. 2.2.3 wurde die Wiederholungsgefahr bis zum Vorliegen des Gefährlichkeitsgutachtens, welches in ungefähr einem Monat erwartet wurde, durch das BGer bestätigt, weil nicht ausgeschlossen werden konnte, dass der Beschwerdeführer innerhalb dieses Monats «in erheblichem Ausmass rückfallgefährdet sein könnte». Dies deutet ebenfalls darauf hin, dass das BGer beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr berücksichtigt, ob eine Tatwiederholung in naher Zukunft drohen könnte.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat sich im Jahr 2016 jedoch insofern aufgeweicht und somit die Schwelle für eine Inhaftierung aufgrund Wiederholungsgefahr herabgesetzt¹⁸⁷, als dass im Gegensatz zu früher, als noch eine sehr ungünstige Rückfallprognose vorliegen musste¹⁸⁸, seitdem eine ungünstige Rückfallprognose genügt (aber auch notwendig ist)¹⁸⁹. Im betreffenden Urteil, in welchem das BGer entschieden hat, seine Praxis zu ändern, drohten «sexuelle Handlungen mit Kindern von nicht bloss leichtem Ausmass»¹⁹⁰, und ein Rückfall war ernsthaft zu befürchten. Das BGer gelangte zum Schluss, dass die Messlatte für die Annahme einer Rückfallgefahr tiefer anzusetzen sei, sofern sich sowohl die Tatschwere als auch die Sicherheitsrelevanz am oberen Ende der Skala befänden¹⁹¹. In solchen Situationen eine sehr ungünstige Rückfallprognose zu fordern, würde «potenzielle Opfer einer nicht verantwortbaren Gefahr»¹⁹² aussetzen. Diese Praxisänderung ist gem. dem BGer mit dem Gesetzeswortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO, bei dem ein Rückfall ernsthaft befürchtet werden muss, vereinbar.¹⁹³

3.3.4.2 Beurteilungskriterien der Rückfallgefahr

Massgebliche Kriterien für die Beurteilung der Rückfallgefahr stellen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge insb. die Intensität und Häufigkeit der untersuchten Delikte wie auch einschlägige Vorstrafen dar. Etwaige Aggravationstendenzen, «wie eine zunehmende Eskalation respektive Gewaltintensität oder eine raschere Kadenz der Taten»¹⁹⁴ sind bei dieser Bewertung zu berücksichtigen.¹⁹⁵ Ausserdem spielen die persönlichen Verhältnisse des Beschuldigten (v.a. psychische Verfassung, familiäre Verankerung, finanzielle Situation und Möglichkeiten einer Berufstätigkeit) eine Rolle.¹⁹⁶

Als prognosebelastend gilt bspw. die Tatsache, dass der Beschuldigte schon zahlreiche Vortaten verübt hat und sich trotz Vorstrafen nicht von der Weiterführung der deliktischen Tätigkeit hat abbringen lassen oder er während laufender Untersuchung weiter delinquierte.¹⁹⁷ Als prognosebegünstigend hingegen können z.B. die Warnwirkung der erstandenen Untersuchungshaft oder eine gesicherte Wohnmöglichkeit berücksichtigt werden.¹⁹⁸

Denkbar, jedoch nicht in jedem Fall notwendig für die Beurteilung der Rückfallgefahr, ist die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens. Im Falle, dass ein solches in Auftrag gegeben wurde oder als

¹⁸⁷ KAISER, 83–84.

¹⁸⁸ BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

¹⁸⁹ BGE 143 IV 9 E. 2.10 S. 17; BGer 1B_169/2022 E. 4.4; BGer 1B_84/2022 E. 4.1.

¹⁹⁰ BGE 143 IV 9 E. 3.6 S. 20.

¹⁹¹ Im Gegensatz zu den Kriterien der Gefährdung der Sicherheit anderer und der Tatschwere gilt bei der Rückfallgefahr eine umgekehrte Proportionalität. Gem. dem BGer bedeutet dies, dass «je schwerer die drohenden Taten sind und je höher die Gefährdung der Sicherheit anderer ist, desto geringere Anforderungen sind an die Rückfallgefahr zu stellen» (BGE 143 IV 9 E. 2.9 S. 17).

¹⁹² BGE 143 IV 9 E. 2.9 S. 17.

¹⁹³ Zum Ganzen BGE 143 IV 9 E. 2.9–2.10, 3.6 S. 17, 20.

¹⁹⁴ BGE 143 IV 9 E. 2.8 S. 16.

¹⁹⁵ Zum Ganzen BGE 143 IV 9 E. 2.8 S. 16; BGer 1B_169/2022 E. 4.4.

¹⁹⁶ BGE 143 IV 9 E. 2.8 S. 16.

¹⁹⁷ BGer 1B_637/2020 E. 2.4; BGE 135 I 71 E. 2.14 S. 78; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 39; MANFRIN, 150.

¹⁹⁸ BGer 1B_497/2012 E. 2.2.2–2.2.3; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 39.

erforderlich erscheint, kann bei einer gem. Aktenlage ungünstigen Prognose die strafprozessuale Haft so lange aufrechterhalten bleiben, bis die Wiederholungsgefahr durch den Sachverständigen abgeklärt ist.¹⁹⁹ Aufgrund des in Haftsachen zur Anwendung kommenden Beschleunigungsgebots²⁰⁰ und der Tatsache, dass die gutachterliche Abklärung mehrere Monate dauern kann, werden in der Haftpraxis – vor der Erstellung einer Gesamtexpertise – auch sog. Kurz- bzw. Vorabgutachten oder zumindest ein mündlicher Zwischenbericht betreffend die Rückfallgefahr in Auftrag gegeben.²⁰¹ Möglich ist jedoch auch, ein Kurzgutachten, das sich einzig zur Rückfallgefahr bzw. Gefährlichkeit äussert (sog. Gefährlichkeitsgutachten) einzuholen.²⁰² Im Falle, dass sich die Wiederholungsgefahr bereits vor der Erstattung des psychiatrischen Gutachtens verneinen lässt, sollte der Gutachter dies mittels eines Vor- resp. Zwischenberichts vorbringen.²⁰³ Wichtig anzumerken gilt, dass das Gericht zwar unter Vorbehalt triftiger Gründe an die Feststellungen des Sachverständigen gebunden ist, aber aufgrund der Tatsache, dass die Frage, ab wann die Wahrscheinlichkeit der Rückfallgefahr als rechtserheblich einzustufen ist, eine Rechtsfrage darstellt, deren Beurteilung durch den Richter zu erfolgen hat.²⁰⁴

4. Haftgrund der Ausführungsgefahr

4.1 Zweck

Der Haftgrund der Ausführungsgefahr, welcher Überschneidungen mit demjenigen der Wiederholungsgefahr aufweist, bezweckt die Hinderung von Personen strafbare Taten zu verüben, wodurch Opfer bzw. die Gesellschaft geschützt werden können. Somit stellt auch dieser Haftgrund eine Art der Präventivhaft dar.²⁰⁵ Inwiefern sich dieser Haftgrund jedoch von demjenigen der Wiederholungsgefahr unterscheidet und wann dieser zur Anwendung gelangt, wird nachfolgend aufgezeigt.

4.2 Aktueller Gesetzestext

Gem. Art. 221 Abs. 2 StPO ist Haft zulässig, «wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen». Es wird ersichtlich, dass dieser Haftgrund – anders als die Wiederholungsgefahr – nicht unbedingt eines dringenden Tatverdachts einer bereits begangenen Straftat bedarf, weshalb es sich bei der Ausführungsgefahr um einen selbständigen Haftgrund handelt. Bei diesem ist folglich von «Haft» und «Person» statt von «Untersuchungshaft» bzw. «beschuldigter Person» die Rede.²⁰⁶ Dennoch sind gem. der Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts die Bestimmungen über die Untersuchungshaft bezüglich Anordnung, Verlängerung, Entlassung und Vollzug sinngemäss anzuwenden.²⁰⁷

¹⁹⁹ Zum Ganzen BGE 143 IV 9 E. 2.8 S. 16.

²⁰⁰ Art. 31 Abs. 4 BV, Art. 5 Abs. 2 StPO (BGer 1B_392/2020 E. 3.4).

²⁰¹ KAISER, 89; BGE 143 IV 9 E. 2.8 S. 16–17; BGer 1B_705/2012 E. 2.11; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 39a.

²⁰² FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 39a.

²⁰³ BGer 1B_143/2007 E. 4; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 39a.

²⁰⁴ BGE 143 IV 9 E. 3.4 S. 19; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 39a.

²⁰⁵ Zum Ganzen KAISER, 99.

²⁰⁶ Zum Ganzen FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 16.

²⁰⁷ Botschaft Vereinheitlichung, 1229.

4.3 Besonderheiten des Haftgrunds

Aufgrund des vorstehend Gesagten, umfasst der Haftgrund der Ausführungsgefahr zwei Anwendungsbereiche. Beim ersten liegt eine Anlasstat und somit der dringende Tatverdacht vor. Denkbar ist eine solche Konstellation, wenn seitens des Beschuldigten bspw. Vorbereitungshandlungen (Art. 260^{bis} StGB) durchgeführt wurden, dieser in Bezug zu einem schweren Verbrechen mutmasslich bereits das Versuchsstadium erreicht hat, oder wenn die Ausführung einer geäusserten Drohung (Art. 180 StGB) befürchtet werden muss.²⁰⁸ Die zweite Konstellation betrifft den Fall, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr auch dann zur Anwendung gelangen bzw. eine Gefahr der Tatausübung vorliegen kann, wenn eine Anlasstat und somit ein Konnex zu einem laufenden Strafverfahren fehlt.²⁰⁹ Dies ist z.B. dann der Fall, wenn ein direkt Bedrohter durch die getätigte Drohung nicht in Angst oder Schrecken versetzt wird, oder wenn eine solche indirekt gegenüber Dritten, statt direkt der anvisierten Person gegenüber geäussert wird, da in beiden Fällen der Tatbestand der Drohung i.S.v. Art. 180 StGB nicht erfüllt ist resp. eine strafbare Drohung nicht vorliegt.²¹⁰ Aufgrund der zweiten Konstellation unterscheidet sich dieser Haftgrund wesentlich von den übrigen drei bestehenden Haftgründen.²¹¹

In Anbetracht der Tatsache, dass dieser Haftgrund auch bei fehlender Anlasstat zur Anwendung gelangen kann, erachtet ihn ein Teil der Lehre als «system- und verfassungswidrig»²¹². Begründet wird dies damit, dass der betreffende Haftgrund bei fehlendem Tatverdacht einerseits «eine rein präventivpolizeiliche Massnahme»²¹³ darstelle, welche statt im Strafprozessrecht im Polizeirecht zu regeln wäre und andererseits die in der Verfassung geregelte Kompetenzordnung zwischen den Kantonen und dem Bund verletze, weil Letzterer im präventivpolizeilichen Bereich über keine Kompetenz aufweise, um die Kantone zu verpflichten.²¹⁴ Zudem wird vorgebracht, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr bei fehlendem Deliktikonnex im Widerspruch zu Art. 197 StPO stehe und sich eine Haftanordnung ohne Relation zu einer Anlasstat nicht – wie durch das BGer festgehalten²¹⁵ – an Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK anlehnen könne.²¹⁶

²⁰⁸ Zum Ganzen DUMITRESCU, 448–449.

²⁰⁹ DUMITRESCU, 449; WEDER, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, 379.

²¹⁰ FORSTER, strafprozessuale Haft, 179.

²¹¹ WEDER, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, 379. Gesetzessystematisch hätte der vorliegende Haftgrund gem. WEDER deshalb «eine eigene, selbständige Norm verdient» (WEDER, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, 379).

²¹² PIETH, 145.

²¹³ PIETH, 145. In der Lehre wird indes auch vorgebracht, dass der Haftgrund nicht stets ohne die Eröffnung einer Strafuntersuchung zur Anwendung gelange, weshalb er «keine rein polizeipräventive Zwangsmassnahme» darstelle (FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 16 [Fn. 68]).

²¹⁴ Zum Ganzen PIETH, 145; CONINX, 385; DUMITRESCU, 449.

²¹⁵ Vgl. Kap. 2.

²¹⁶ SEELMANN, 112–113, 118; CONTE, 175, 255; CONINX, 385, 387.

4.4 Voraussetzungen

4.2.1 Schweres Verbrechen

Damit eine Inhaftierung aufgrund Ausführungsgefahr in Frage kommt, muss die betreffende Person mit einem **schweren Verbrechen** gedroht haben.²¹⁷

Bei diesem Haftgrund hat der Haftrichter – im Gegensatz zur Wiederholungsgefahr (gem. dritter Auslegungsvariante bzw. der Praxis des BGer²¹⁸) – zwischen schweren und minder schweren Verbrechen zu differenzieren.²¹⁹ Ebendiese Auslegung gestaltet sich aufgrund der fehlenden Definition des Schwereerfordernisses durch das Gesetz als schwierig.²²⁰

In der Lehre können hierzu unterschiedliche Abgrenzungsversuche aufgefunden werden.²²¹ Ein Teil der Lehre lehnt sich für die Eingrenzung eines schweren Verbrechens an die Anlassdelikte der Verwahrung nach Art. 64 StGB an.²²² Demnach gelten als drohende schwere Straftaten folgende: Mord, vorsätzliche Tötung, schwere Körperverletzung, Vergewaltigung, Raub, Geiselnahme, Brandstiftung, Gefährdung des Lebens, oder eine andere mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedrohte Tat, sofern die betreffende Person dadurch die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt hat bzw. beeinträchtigen wollte. Vorgebracht wird auch die Möglichkeit der Orientierung an den Strafobergrenzen des BT StGB. Bei einer solchen Abgrenzung fallen Verbrechen, welche eine Strafobergrenze von höchstens fünf Jahren aufweisen, wie dies bspw. bei der Freiheitsberaubung der Fall ist, für eine Qualifizierung als «schweres» Verbrechen ausser Betracht, da sie als «minder schwere» Verbrechen eingeordnet werden.²²³ Eine weitere Abgrenzungsmöglichkeit zwischen schweren und minder schweren Verbrechen bietet das Abstellen auf die konkret in Betracht kommende Freiheitsstrafe. Somit gilt ein angedrohtes Verbrechen i.S.v. Art. 221 Abs. 2 StGB als schwer, wenn im Ausführungsfall, welcher konkret zu befürchten ist, eine mehrjährige Freiheitsstrafe, d.h. eine solche, die deutlich länger als 1–2 Jahre dauert²²⁴, in Frage kommt.²²⁵

Das BGer hat sich zu der soeben aufgezeigten in der Lehre umstrittenen Frage, welche Verbrechen als schwere Verbrechen einzuordnen sind, bislang nicht geäußert²²⁶, sondern lediglich festgehalten, dass

²¹⁷ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 564.

²¹⁸ Vgl. Kap. 3.3.1.1. und Kap. 3.3.1.2.

²¹⁹ FORSTER, strafprozessuale Haft, 179 (Fn. 19).

²²⁰ URWYLER *et al.*, Rz. 1286.

²²¹ KAISER, 120–122.

²²² URWYLER *et al.*, Rz. 1286; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 43; GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 565; WEDER, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, 380.

²²³ Zum Ganzen FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 18 (Fn. 80).

²²⁴ Dies deshalb, weil bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe bereits bei schweren Vergehen drohen (FORSTER, strafprozessuale Haft, 179 [Fn. 20]).

²²⁵ Zum Ganzen FORSTER, strafprozessuale Haft, 179 (Fn. 20); KAISER, 121 mit Verweis auf FORSTER, strafprozessuale Haft, 179.

²²⁶ WOHLERS, *de lege lata et ferenda*, 321.

die Möglichkeit einer Inhaftierung jedenfalls dann entfalle, «wenn sich die Drohung auf die Ausführung eines Vergehens im Sinne von Art. 10 Abs. 3 StGB bezieht»^{227, 228}.

4.2.2 Drohung

Die Anordnung des Haftgrunds der Ausführungsgefahr setzt eine **Drohung** mit einem schweren Verbrechen voraus.²²⁹

Dem BGer zufolge können sowohl ausdrückliche als auch konkludente²³⁰ Drohungen eine Inhaftierung aufgrund Ausführungsgefahr begründen.²³¹ Weiter hat es festgehalten, dass eine versuchte Tötung eine konkludente Drohung darstelle.²³² In dem zugrunde liegenden Fall stand der Beschwerdeführer unter dringendem Verdacht, seiner Ehefrau in der Waschküche die Pulsader des linken Handgelenks aufgeschnitten und sie danach – in der Annahme, dass sie verbluten wird – ebenda zurückgelassen zu haben. Im geschilderten Sachverhalt liege insofern eine konkludente Drohung vor, als dass darin erblickt werden könne, dass der Beschwerdeführer die vorsätzliche Tötung, welche lediglich bis zum Versuchsstadium gelangte, noch verwirklichen werde. Demnach sei – so das BGer – «die Bedrohung sogar konkreter, als wenn der Beschwerdeführer lediglich verbal gedroht hätte»^{233, 234}.

An dieser Auslegung des Begriffs der «Drohung» durch das BGer, wird teilweise Kritik geübt. Es wird vorgebracht, dass die Tatsache, dass eine Person eine Tat versuche, welche schlussendlich scheitere, weder für noch gegen eine erneute Tatbegehung resp. eine spätere Ausführung Ebendieser spreche.²³⁵

4.2.3 Ernsthafte Befürchtung

Als letzte Voraussetzung wird verlangt, dass die Umsetzung der betreffenden Drohung ernsthaft zu befürchten ist.²³⁶

So wie das BGer betreffend den Haftgrund der Wiederholungsgefahr festhält²³⁷, erachtet es auch für die Anordnung der strafprozessualen Haft aufgrund Ausführungsgefahr «die rein hypothetische Möglichkeit der Verübung von Delikten sowie die Wahrscheinlichkeit, dass nur geringfügige Straftaten verübt

²²⁷ BGE 137 IV 122 E. 5.2 S. 130.

²²⁸ BGE 137 IV 122 E. 5.2 S. 130; CONINX, 393.

²²⁹ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 566; URWYLER *et al.*, Rz. 1288.

²³⁰ Konkludente Drohungen stellen «körperlich-kommunikative Verhaltensweisen, welche einer ausdrücklichen Erklärung gleichkommen» dar (URWYLER *et al.*, Rz. 1288, [Fn. 2218]). Eine solche konkludente Drohung liegt bspw. bei unmissverständlichen und massiven Drohgebärden, wie dies z.B. beim Anlegen einer Schusswaffe an den Kopf der bedrohten Person oder das Ziehen des Daumens über den Hals als Metapher für die Durchschneidung der Kehle der Fall ist, vor (FORSTER, in: BSK-StPO, Art. 221, Rz. 18, [Fn. 76]; URWYLER *et al.*, Rz. 1288, [Fn. 2218]).

²³¹ BGE 137 IV 339 E. 2.4 S. 340; BGer 1B_281/2016 E. 4.2.

²³² URWYLER *et al.*, Rz. 1289; BGE 137 IV 339 E. 2.4 S. 340.

²³³ BGE 137 IV 339 E. 2.4 S. 340.

²³⁴ Zum Ganzen BGE 137 IV 339 E. 2.4 S. 340.

²³⁵ Zum Ganzen URWYLER *et al.*, Rz. 1290; CONINX, 389. Zudem wird der Umstand beanstandet, dass sich das BGer im Entscheid (BGE 137 IV 339 E. 2.4 S. 340) nicht dazu äusserte, «weshalb eine gescheiterte Tötung *per se* eine konkludente Drohung enthält, diese zu wiederholen» (CONINX, 389).

²³⁶ GFELLER/BIGLER/BONIN, Rz. 567.

²³⁷ Vgl. Kap. 3.3.4.1.

werden»²³⁸ als nicht ausreichend.²³⁹ Bei der Annahme des Haftgrunds sei vielmehr «besondere Zurückhaltung geboten»²⁴⁰, weshalb vom BGer «eine sehr ungünstige Risikoprognose»²⁴¹ gefordert werde. Nicht als Voraussetzung verlangt wird hingegen, dass der Verdächtige für die Vollendung des angeordneten schweren Verbrechens bereits konkrete Anstalten gemacht hat. Vielmehr reiche es aus, «wenn die Wahrscheinlichkeit einer Ausführung aufgrund einer Gesamtbewertung der persönlichen Verhältnisse sowie der Umstände als sehr hoch erscheint»²⁴².²⁴³ Insbesondere wenn schwere Gewaltverbrechen drohen, müsse auch der psychische Zustand des Verdächtigen resp. seine Aggressivität oder Unberechenbarkeit berücksichtigt werden.²⁴⁴ Im Falle, dass die bestehenden Fakten eine genaue Risikoeinschätzung nicht erlauben, rechtfertigt sich dem BGer zufolge eine Inhaftierung desto eher, «je schwerer die angedrohte Straftat ist»²⁴⁵, was zur Konsequenz hat, dass an die Annahme der Ausführungsgefahr insb. dann «kein allzu hoher Massstab»²⁴⁶ angesetzt werden darf, wenn es sich bei der zu befürchtenden Tat um eine vorsätzliche Tötung handelt, da ansonsten «potenzielle Opfer einem nicht verantwortbaren Risiko»²⁴⁷ ausgesetzt wären.²⁴⁸ Da der Haftgrund der Ausführungsgefahr ausschliesslich bei schweren Verbrechen zur Anwendung gelangen kann, wird in der Lehre teils eingewendet, dass diese Regel dazu führe, dass an die Risikoeinschätzung häufig geringe Anforderungen gestellt werden.²⁴⁹

Möglich ist die Einholung eines forensisch-psychiatrischen Gutachtens auch beim Haftgrund der Ausführungsgefahr.²⁵⁰ Sofern die Beurteilung der Ausführungsgefahr wesentlich von einer Gefährlichkeitsprognose abhängt, bietet es sich gem. dem BGer u.U. an, vom Sachverständigen im Voraus – d.h. vor dem Vorliegen der Gesamtexpertise über alle psychiatrischen Fragen, die abzuklären sind – eine

²³⁸ BGE 140 IV 19 E. 2.1.1 S. 22.

²³⁹ BGE 140 IV 19 E. 2.1.1 S. 22; CONTE, 181.

²⁴⁰ BGE 140 IV 19 E. 2.1.1 S. 22.

²⁴¹ BGer 1B_392/2020 E. 3.3.

²⁴² BGE 140 IV 19 E. 2.1.1 S. 22.

²⁴³ In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass sich der Prognosezeitraum auf die nahe resp. unmittelbare Zukunft zu beziehen hat (URWYLER *et al.*, Rz. 1292; CONTE, 199 ff.; DUMITRESCU, 452). In mehreren Entscheiden beachtete auch das BGer, ob die Drohung zeitnah ausgeführt werden könnte. So verneinte es bspw. im Urteil BGer 1B_570/2011 E. 3.3 den Haftgrund der Ausführungsgefahr mit folgender Begründung: «Dass der Beschwerdeführer das dem mutmasslichen Opfer möglicherweise angedrohte schwere Verbrechen im Falle einer Entlassung aus der Untersuchungshaft unmittelbar ausführen würde, ist nach dem Gesagten nicht ernsthaft zu befürchten, weshalb der Haftgrund der Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO nicht gegeben ist». (Auch berücksichtigte das BGer z.B. in nachfolgenden Urteilen die zeitliche Nähe der möglichen Ausführung der Drohung: BGE 140 IV 19 E. 2.6 S. 27–28; BGer 1B_281/2016 E. 4.4; BGer 1B_31/2018 E. 2.2.2). Nicht berücksichtigt wurde die «Unmittelbarkeit» der möglichen Ausführung der Drohung durch das BGer hingegen bspw. im Urteil BGer 1B_106/2014 E. 2.3.2, 2.6, bei dem es die Ansicht vertrat, dass es als realistische Möglichkeit erscheine, «dass er seine Drohungen irgendwann in die Tat umsetzen und seiner Ex-Frau (erneut) Gewalt antun könnte». Somit bejahte das BGer den Haftgrund der Ausführungsgefahr, ohne dabei zu berücksichtigen, ob die Ausführung der Drohung möglicherweise unmittelbar bevorsteht.

²⁴⁴ Zum Ganzen BGE 140 IV 19 E. 2.1.1 S. 22; BGer 1B_392/2020 E. 3.3; SEELMANN, 119.

²⁴⁵ BGE 140 IV 19 E. 2.1.1 S. 22.

²⁴⁶ BGer 6B_990/2013 E. 2.3.

²⁴⁷ BGer 6B_990/2013 E. 2.3; BGer 1B_440/2011 E. 2.2.

²⁴⁸ BGer 6B_990/2013 E. 2.3; BGer 1B_440/2011 E. 2.2; BGE 140 IV 19 E. 2.1.1 S. 22; WOHLERS, *de lege lata et ferenda*, 321; CONTE, 182.

²⁴⁹ CONINX, 391, 406; CONTE, 182–183; URWYLER *et al.*, Rz. 1296.

²⁵⁰ FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 221, Rz. 44a.

Risikoeinschätzung in einem Kurzgutachten einzuholen. Diese «summarische Risikoeinschätzung»²⁵¹ hat aufgrund des Beschleunigungsgebots in Haftsachen rasch zu erfolgen.²⁵²

5. Revision

5.1 Vorentwurf

Im VE-StPO wurde Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO²⁵³ – bei unverändertem Art. 221 Abs. 1 Ingress²⁵⁴ – insofern geändert, als dass strafprozessuale Haft aufgrund Wiederholungsgefahr dann angeordnet werden konnte, wenn die beschuldigte Person «durch Verbrechen oder schwere Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher eine solche Straftat verübt hat». Folglich führte der VE-StPO im Gegensatz zum Wortlaut des geltenden Gesetzestexts zwei Änderungen ein: Zum einen wurde der Passus «schwere Verbrechen oder Vergehen» durch «Verbrechen oder schwere Vergehen» ersetzt und zum anderen die Wendung «nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat» durch «nachdem sie bereits früher eine solche Straftat verübt hat» ausgetauscht.²⁵⁵

Die Notwendigkeit der Einführung der ersten Änderung wurde im erläuternden Bericht zur Änderung der StPO damit begründet, dass der deutsche und italienische Gesetzestext einen Fehler aufweise, da sich das Adjektiv «schwer» resp. «gravi» auf Verbrechen bzw. crimini beziehe, gem. dem BGer jedoch der französische Normtext, nämlich «des crimes ou des délits graves» richtig sei, weshalb der Passus richtigerweise «Verbrechen oder schwere Vergehen» resp. «crimini o delitti gravi» heissen sollte.²⁵⁶

Als Grund für die zweite Änderung wurde im erläuternden Bericht zum VE-StPO die Annäherung des Gesetzestexts an die bundesgerichtliche Rechtsprechung – jedoch ohne gänzlichen Verzicht auf das Vortatenerfordernis – angeführt. Somit war gem. dem VE-StPO die Begehung mehrerer gleichartiger Vortaten nicht mehr erforderlich. Es wurde als genügend erachtet, wenn die betreffende Person eine Vortat, welche nicht mehr zwingend gleichartig sein musste, begangen hat.²⁵⁷ Diese Neuerung führte gem. dem erläuternden Bericht zwar zu einer Erweiterung der Möglichkeit, eine Inhaftierung aufgrund Wiederholungsgefahr anzuordnen, nicht jedoch zu einer Umwandlung in eine rein sicherheitspolizeiliche oder präventive Haft.²⁵⁸ Sie wurde gem. dem erläuternden Bericht zum VE-StPO in Anlehnung an die parlamentarische Initiative Jositsch²⁵⁹ und den in der zürcherischen StPO früher geltenden Haftgrund

²⁵¹ BGer 1B_392/2020 E. 3.4.

²⁵² Zum Ganzen 1B_567/2018 E. 4.3; BGer 1B_392/2020 E. 3.4.

²⁵³ Art. 221 Abs. 2 StPO (Ausführungsgefahr) erfuhr durch den VE-StPO keine Änderung.

²⁵⁴ FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 21, (Fn. 34).

²⁵⁵ FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 29.

²⁵⁶ Ber. Änderung Strafprozessordnung, 29.

²⁵⁷ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 13.

²⁵⁸ Ber. Änderung Strafprozessordnung, 29; Gem. dem erläuternden Bericht zum VE-StPO war dies auch nicht erforderlich, da der Haftgrund der Ausführungsgefahr für die Inhaftierung einer Person infolge ihrer Äusserungen bzw. ihres Verhaltens – sofern dadurch die Gefährdung der Sicherheit von anderen Personen befürchtet wird – ausreiche (Ber. Änderung Strafprozessordnung, 29).

²⁵⁹ Die parlamentarische Initiative Jositsch fordert, dass Art. 221 StPO durch die qualifizierte Wiederholungsgefahr ergänzt wird, d.h. dass Untersuchungshaft auch bei Ersttätern angeordnet werden kann, «wenn ernsthaft zu befürchten ist, die beschuldigte Person werde ein schweres Delikt begehen, sofern das Verfahren ein gleichartiges Verbrechen oder Vergehen betrifft». Als Begründung wird angeführt, dass eine Inhaftierung bei

der qualifizierten Wiederholungsgefahr vorgenommen. Dem erläuternden Bericht zufolge setzte der Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr im Kanton ZH die ernsthafte Befürchtung voraus, dass die beschuldigte Person – nach der Verübung zahlreicher Verbrechen oder erheblicher Vergehen – erneut solche Straftaten begehen würde.²⁶⁰ Da die genannte Regelung nicht mit der in Kap. 3.3.2.2.2 aufgezeigten qualifizierten Wiederholungsgefahr des Kantons ZH übereinstimmte, wurde seitens FORSTER zu Recht vorgebracht, dass sich die Schlussredaktoren im EJPD im Irrtum befunden haben. Vielmehr entspreche diese aufgezeigte Regelung vollständig und die Regelung des VE-StPO teilweise dem in ZH früher geltenden Haftgrund der einfachen Wiederholungsgefahr. Infolgedessen kann festgehalten werden, dass der Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr – entgegen der grossmehrheitlichen Empfehlung in der eingesetzten Arbeitsgruppe – keinen Eingang in den VE-StPO fand.²⁶¹

5.2 Vernehmlassung

Da durch den VE-StPO zwei unterschiedliche Stellen im Gesetzestext geändert wurden, wird nachfolgend bei den Stellungnahmen der Vernehmlassungsteilnehmenden der Übersicht halber zwischen den beiden Änderungen differenziert²⁶², wobei abschliessend noch auf den Haftgrund der Ausführungsgefahr eingegangen wird.

Der ersten Änderung im VE-StPO («Verbrechen oder schwere Vergehen») schlossen sich 23 Teilnehmende an²⁶³, wohingegen diese von zwei Teilnehmenden abgelehnt wurde²⁶⁴. Beanstandet wurde die durch den VE-StPO bzw. die «schweren Vergehen» resultierende «gesetzlich nicht vorgesehene Kategorie»²⁶⁵, welche «bei der Auslegung der Norm keinen Mehrwert schafft, sondern vielmehr Verwirrung stiftet»²⁶⁶. Statt der im Gesetz vorgesehenen Aufteilung in Übertretungen, Vergehen oder Verbrechen, sollte einem Vernehmlassungsteilnehmenden zufolge «das Kriterium der *erheblichen Gefährdung* der Sicherheit anderer durch Begehung einer *schweren Straftat*»²⁶⁷ den zentralen Anknüpfungspunkt darstellen.²⁶⁸ Ferner wurde Kritik an der Formulierung im Plural geübt und zugleich der Wunsch geäussert, den Passus in den Singular («ein Verbrechen oder schweres Vergehen») abzuändern.²⁶⁹

qualifizierter Wiederholungsgefahr nach geltendem Gesetzestext nicht bzw. gem. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung lediglich in Ausnahmefällen (BGE 137 IV 13) erfolgen könne. (Vgl. parlamentarische Initiative Jositsch).

²⁶⁰ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 13, 28–29.

²⁶¹ Zum Ganzen FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 27, 33.

²⁶² Auch JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 18–21 unterscheiden im Hinblick auf die Stellungnahmen zwischen den beiden Änderungsvorschlägen.

²⁶³ Stellungnahmen: AG, 9; AI, 1; AR, 2; BE, 7; FR, 7; GL, 4; GR, 14; JU, 6; OW, 3; SG, 4 Anhang; SO, 7; SZ, 1; VD, 5–6 Anhang; ZG, 1; ZH, 10; BStGer, 1 ff.; KKJPD, 2; KKPKS, 4; SODK, 3; SKG, 4–5; SVSP, 1; UNIGE, 7; GLP, 2–3.

²⁶⁴ Stellungnahmen: GE, 7; UNIBE, 17.

²⁶⁵ Stellungnahme: UNIBE, 17.

²⁶⁶ Stellungnahme: UNIBE, 17.

²⁶⁷ Stellungnahme: UNIBE, 17.

²⁶⁸ Zum Ganzen Stellungnahme: UNIBE, 17.

²⁶⁹ Stellungnahme: GE, 7; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 19.

Die im VE-StPO vorgenommene zweite Änderung («nachdem sie bereits früher eine solche Straftat verübt hat») wurde in der Vernehmlassung von 22 Teilnehmenden grds. begrüsst.²⁷⁰ 15 Teilnehmende waren hingegen der Ansicht, dass die vorgeschlagene Regelung zu wenig weit gehe und forderten zugleich – durch Unterbreitung mehrerer Formulierungsvorschläge – die Übernahme der Rechtsprechung des BGer²⁷¹, wonach in Ausnahmefällen die Möglichkeit besteht, auf das Vortatenerfordernis ganz zu verzichten.²⁷² Fünf Teilnehmende lehnten die im VE-StPO vorgenommenen Anpassungen vollständig ab.²⁷³

Dass die Nichteinführung der sog. «qualifizierten Wiederholungsgefahr» von einigen Vernehmlassungsteilnehmenden kritisiert wurde, ist auf mehrere Gründe zurückzuführen. So wurde bspw. vorgebracht, dass sich «der von der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entwickelte praktische Anwendungsbereich dieses der Verhütung von Straftaten dienenden Haftgrundes»²⁷⁴ bewährt habe und zudem notwendig sei.²⁷⁵ Die Neuregelung im VE-StPO reiche demgegenüber nicht aus, um Situationen vorzubeugen, in denen – trotz fehlender Vortaten – eine Rückfallgefahr besteht,²⁷⁶ was in der Praxis bei schweren Straftaten keine Seltenheit darstellt.²⁷⁷ Im Falle, dass das zwingende Vortaterfordernis eingeführt wird und folglich die bundesgerichtliche Rechtsprechung nicht mehr weitergeführt werden kann – könne «das Ziel der Verhinderung von Straftaten (Prävention) nicht mehr erfüllt werden»²⁷⁸, was nicht dazu führen dürfe, «dass für potentielle Straftäter das Erwachsenenschutzrecht als <Notlösung> (im Rahmen einer Fürsorgerischen Unterbringung) hinzugezogen wird»²⁷⁹, da dies «rechtsstaatlich bedenklich wäre»²⁸⁰.²⁸¹ Zudem könne die bisher durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung gefüllte Gesetzeslücke – trotz des abgeschwächten Vortaterfordernisses²⁸² – mit der vorgeschlagenen neuen Regelung

²⁷⁰ Stellungnahmen: AG, 9; AI, 1; AR, 2; BE, 7; GL, 4; GR, 14; JU, 5–6; NE, 3; OW, 3; SG, 4; SO, 7; SZ, 1; ZG, 1; ZH, 10; BStGer, 1 ff.; KKJPD, 2; KKPKS, 4; ODA, 9; SODK, 3; SVSP, 1; UNIGE, 7; SP, 3. Drei Kantone (AG, BE und ZH) befürworteten (explizit oder implizit) die Änderung, dass lediglich noch eine Vortat verlangt wird, machten aber zugleich geltend, dass die vorgeschlagene neue Bestimmung zu wenig weit gehe (AG, 9) bzw. einer Ergänzung bedürfe (BE, 7 und ZH, 10), weshalb ebendiese Kantone m.E. sowohl Befürworter der vorgeschlagenen Neuerung als auch der qualifizierten Wiederholungsgefahr waren und somit bei beiden Punkten aufgezählt resp. mitgezählt werden müssen. Die Stellungnahme des Kantons JU, kann m.E. aufgrund der Tatsache, dass zunächst geltend gemacht wird, dass die Rechtsprechung des BGer auch bei fehlenden Vorstrafen von einer Rückfallgefahr ausgeht, danach aber in einer neuen Formulierung vorgeschlagen wird, dass insb. eine solche Straftat begangen worden sein muss (JU, 5–6), nicht klar zugeordnet werden, weshalb auch diese Stellungnahme bei beiden Punkten (Begrüssung der Neuerung und Forderung der qualifizierten Wiederholungsgefahr) Berücksichtigung findet.

²⁷¹ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.

²⁷² Stellungnahmen: AG, 9; BE, 7; BL, 10; FR, 7; JU, 5–6; NW, 8; SH, 9; SZ, 1; VD, 5–6 Anhang; ZH, 10; BGer, 3; SKG, 4–5; SSK, 10; SSV, 3; GLP, 2–3.

²⁷³ Stellungnahmen: DJS, 6–7; SAV, 5 Anhang; Schweizerisches Kompetenzzentrum für Strafverteidigung, 5–6 Anhang; UNIBE, 16–17; UNINE, 4–5; Vernehmlassungsbericht, 12.

²⁷⁴ Stellungnahmen: SKG, 5; ZH, 10.

²⁷⁵ Stellungnahmen: SKG, 5; ZH, 10.

²⁷⁶ Stellungnahme: VD, 5–6.

²⁷⁷ Stellungnahme: JU, 5.

²⁷⁸ Stellungnahme: SSV, 3.

²⁷⁹ Stellungnahme: SSV, 3.

²⁸⁰ Stellungnahme: SSV, 3.

²⁸¹ Stellungnahmen: SSV, 3; BGer, 3.

²⁸² Stellungnahme: BE, 7.

nicht geschlossen werden, denn anders als im erläuternden Bericht vorgebracht²⁸³, könne der Haftgrund der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO) nicht alle Fälle abdecken, bei denen vonseiten eines Ersttätigers eine Gefährdung der Sicherheit anderer befürchtet werden müsse. Eine Lücke bleibe nämlich in denjenigen Fällen bestehen, in denen, trotz der Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung²⁸⁴, wonach eine Drohung auch in einem Verhalten vorliegen könne, eine solche nicht bestehe oder wenn nicht mit schweren Verbrechen bzw. lediglich mit schweren Vergehen gedroht werde.²⁸⁵ Schliesslich wurde das Erfordernis eines Vortaten-Verzichts in der Vernehmlassung damit begründet, dass der Staatsanwaltschaft durch das BGer zunehmend Verantwortung im Zusammenhang mit der Verhinderung schwerer Gewaltstraftaten übertragen werde, weshalb diese das dafür notwendige prozessuale Instrumentarium benötige.²⁸⁶

In der Vernehmlassung wurde die zweite Änderung allerdings nicht lediglich als nicht ausreichend bezeichnet, sondern ist – wie zu Beginn dargelegt – bei vereinzelt Teilnehmenden auf Ablehnung gestossen. Es wurde geltend gemacht, dass die «Entwicklung der zunehmend ausufernden Anordnung von Untersuchungshaft zu rein präventiven Zwecken [...] rechtstaatlich äusserst *bedenklich* sowie mit Blick auf die Gesetzessystematik und die Zwecke des Strafprozesses verfehlt»²⁸⁷ sei.²⁸⁸ Zudem trage der heute (noch) geltende Gesetzestext, ohne dass dabei die öffentliche Sicherheit gefährdet werde, dem Recht auf persönliche Freiheit und der Unschuldsvermutung Rechnung.²⁸⁹

Obwohl der VE-StPO keine Änderung am Haftgrund der Ausführungsgefahr einführte, äusserten sich die Vernehmlassungsteilnehmenden teilweise zu diesem Haftgrund.²⁹⁰ Es wurde gefordert, dass der Gesetzestext an die bundesgerichtliche Rechtsprechung²⁹¹ angepasst werde, sodass in diesem künftig ausdrücklich erwähnt werde, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr sowohl bei ausdrücklichen als auch stillschweigenden Drohungen – sofern diese ein schweres Verbrechen betreffen – zur Anwendung gelange.²⁹² Andere Vernehmlassungsteilnehmende hingegen, postulierten gar dessen Streichung. Begründet wurde diese Forderung in den Stellungnahmen damit, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr

²⁸³ Vgl. Kap. 5.1.

²⁸⁴ Vgl. Kap. 4.2.2.

²⁸⁵ Zum Ganzen Stellungnahmen: ZH, 10; GLP, 3.

²⁸⁶ Stellungnahme: ZH, 10.

²⁸⁷ Stellungnahme: UNIBE, 16.

²⁸⁸ Stellungnahme: UNIBE, 16. Zudem wurde vorgebracht, dass die Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr vorwiegend präventiven Zwecken dienen, welche nicht mit den in Art. 196 StPO geregelten Zwecken von Zwangsmassnahmen zu vereinbaren seien, da diese primär der Verfahrenssicherung und dem geordneten Verfahrensablauf dienen. Infolgedessen macht UNIBE geltend, dass präventive Zwecke Materie von Präventionsgesetzen und Polizeigesetzgebung und nicht der StPO seien, da diese nach der Gesetzessystematik grds. nicht beabsichtigt waren. (Zum Ganzen Stellungnahme: UNIBE, 16).

²⁸⁹ Stellungnahmen: DJS, 7; SAV, 5 Anhang; Schweizerisches Kompetenzzentrum für Strafverteidigung, 5 Anhang.

²⁹⁰ Stellungnahmen: DJS, 7; SAV, 5 Anhang; Schweizerisches Kompetenzzentrum für Strafverteidigung, 6 Anhang; UNIGE, 7–8; ZH, 11.

²⁹¹ Vgl. Kap. 4.2.2.

²⁹² Stellungnahme: ZH, 11.

nicht strafprozessualer Natur sei und eine Art Fremdkörper darstelle.²⁹³ Dem Schutz von Polizeigütern diene nicht das Strafprozessrecht, sondern das Polizeirecht und möglicherweise das Zivilrecht.²⁹⁴

5.3 Entwurf

Für die Anordnung strafprozessualer Haft aufgrund Wiederholungsgefahr hat der E-StPO seitens der beschuldigten Person verlangt, dass diese dringend eines Verbrechens oder Vergehens verdächtig ist und die ernsthafte Befürchtung bestehen muss, dass sie «durch Verbrechen oder schwere Vergehen die Sicherheit anderer unmittelbar erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat».

Es wird ersichtlich, dass im E-StPO – wie bereits im VE-StPO – jegliche Verbrechen, jedoch nur schwere Vergehen für eine Inhaftierung in Frage kommen, was bedeutet, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung übernommen wurde und somit eine Anpassung des deutschen und italienischen an den französischen Wortlaut stattgefunden hat.²⁹⁵

Eine Abweichung vom VE-StPO hat sich hingegen bei der Anzahl der erforderlichen Vortaten ergeben. Im Vergleich zum VE-StPO, wurden im entsprechenden Entwurf erneut – wie im (noch) geltenden Gesetzestext – mindestens zwei gleichartige Straftaten, die früher verübt werden mussten, als Vortaten verlangt. Gem. dem BR setzt die Bezeichnung «verübt» voraus, dass die Straftaten «rechtskräftig beurteilt sein müssen»²⁹⁶, denn diese Vortaten seien «der einzige gesicherte Anhaltspunkt im Hinblick auf die zu erstellende Legalprognose»²⁹⁷.²⁹⁸ Das Festhalten am geltenden Recht hat der BR anhand rechtsstaatlicher Gründe begründet. Trotz des Umstands, dass der Vorschlag des VE-StPO von der Mehrheit der Vernehmlassungsteilnehmenden begrüsst wurde, stelle der vorliegende Haftgrund primär eine Präventivhaft dar, die schwerwiegend in die persönlichen Rechte der jeweiligen Person eingreife, weshalb – entgegen der «Lockerung» des Vortatenerfordernisses im VE-StPO – erneut mehrere Vortaten erforderlich seien.²⁹⁹

Weder im geltenden Gesetzestext noch im VE-StPO hingegen, ist die Formulierung «unmittelbar» aufzufinden. Dieses erst im E-StPO eingeführte Unmittelbarkeitserfordernis³⁰⁰ soll gem. dem BR verdeutlichen, «dass die von der beschuldigten Person ausgehende Bedrohung akut sein muss, die schweren

²⁹³ Zum Ganzen Stellungnahmen: DJS, 7; SAV, 5 Anhang; Schweizerisches Kompetenzzentrum für Strafverteidigung, 6 Anhang; UNIGE, 7–8.

²⁹⁴ Stellungnahmen: DJS, 7; SAV, 5 Anhang; Schweizerisches Kompetenzzentrum für Strafverteidigung, 6 Anhang.

²⁹⁵ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743.

²⁹⁶ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743.

²⁹⁷ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743; MANFRIN, 152.

²⁹⁸ Zum Ganzen Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6715, 6743.

²⁹⁹ Zum Ganzen Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6715.

³⁰⁰ Nebst für den Haftgrund der Wiederholungsgefahr, gelten die Ausführungen zum Unmittelbarkeitserfordernis, welche folgen, ebenfalls für den Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr und den Haftgrund der Ausführungsgefahr (Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6744).

Straftaten in naher Zukunft drohen und deshalb die Haft mit grosser Dringlichkeit angeordnet werden muss»³⁰¹, da lediglich auf diese Art und Weise die Präventivhaft gerechtfertigt werden könne.³⁰²

Da in der Vernehmlassung ein Haftgrund aufgrund qualifizierter Wiederholungsgefahr gefordert wurde³⁰³, hat der BR diesen auf Basis der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im E-StPO eingeführt.³⁰⁴ Die qualifizierte Wiederholungsgefahr wird im E-StPO in Art. 221 Abs. 1^{bis} wie folgt geregelt: «Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind ausnahmsweise zulässig, wenn a. die beschuldigte Person dringend verdächtig ist, durch ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer Person schwer beeinträchtigt zu haben; und b. die ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht, die beschuldigte Person werde ein gleichartiges, schweres Verbrechen ausüben.»

Aus dem soeben aufgezeigten Gesetzestext wird ersichtlich, dass der «neue» Haftgrund zwar vollständig auf das Vortatenerfordernis verzichtet, dessen Anwendung jedoch an restriktive Voraussetzungen gebunden wird. Diese Eingrenzung des Anwendungsbereichs erscheint gem. dem BR, aufgrund der bereits genannten wichtigen Funktion der Vortaten im Zusammenhang mit der Rückfallprognose, als gerechtfertigt. Folglich haben sich «die in Verdacht stehenden Straftaten auf Verbrechen und schwere Vergehen gegen *hochwertige Rechtsgüter* (z.B. Leib und Leben oder sexuelle Integrität)»³⁰⁵ zu richten. Die zusätzliche Notwendigkeit einer «schweren Beeinträchtigung» diene dem BR zufolge dazu, dass bei der Haftprüfung neben des abstrakten Strafrahmens der Straftaten, auch eine Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls stattfindet. Die genannten Beschränkungen gelten gem. dem BR auch im Hinblick auf die gleichartigen schweren Verbrechen, welche drohen, da für die Rechtfertigung der Präventivhaft eine schwere Gefahr vonseiten der beschuldigten Person für die Rechtsgüter von potentiellen Opfern auszugehen habe.³⁰⁶ Zudem soll durch die restriktiven Voraussetzungen die Anwendung dieses Haftgrunds bei sozialschädlichen Verhaltensweisen oder rein materiellen Schädigungen ausgeschlossen werden.³⁰⁷

Dass die Regelung des Haftgrunds in einem eigenen Abs. erfolgt, verdeutlicht zum einen seinen Ausnahmecharakter und zum anderen die systematische Nähe zum im Abs. 2 verankerten Haftgrund der Ausführungsgefahr.³⁰⁸

Letzterer wird im E-StPO, im Gegensatz noch zum VE-StPO, bei welchem er noch keine Änderung erfuhr, ebenfalls durch die Voraussetzung der Unmittelbarkeit ergänzt³⁰⁹, d.h., dass dem E-StPO zufolge

³⁰¹ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743.

³⁰² Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743.

³⁰³ Vgl. Kap. 5.2.

³⁰⁴ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6715.

³⁰⁵ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743.

³⁰⁶ Zum Ganzen Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743–6744.

³⁰⁷ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6744.

³⁰⁸ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6743.

³⁰⁹ Einen Grund für die Konkretisierung der drohenden Gefahr stellt gem. der Botschaft zur Änderung der Strafprozessordnung u.a. die Tatsache dar, dass die Ausführungsgefahr dieser zufolge eine reine Präventivhaft darstellt. (Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6744).

eine Inhaftierung wegen Ausführungsgefahr zulässig ist, «wenn die ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen».

5.4 Ratsdiskussionen

5.4.1 Erste Beratung des NR

Die Mehrheit in der RK NR hat dem NR beantragt, Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO und Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO insofern zu ändern, als dass die beschuldigte Person «durch Verbrechen oder schwere Vergehen die Sicherheit anderer ernsthaft gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat» bzw. «die ernsthafte Gefahr besteht, die beschuldigte Person werde ein gleichartiges, schweres Verbrechen ausüben».³¹⁰ Zudem wurde von dieser beantragt, bei der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 E-StPO) dem bundesrätlichen Entwurf zuzustimmen.³¹¹ Dagegen bildeten sich drei Minderheiten, welche je eigene Anträge stellten. Von der Minderheit und Minderheit I wurde betreffend Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO bzw. Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO eine Zustimmung zum Entwurf des BR beantragt und somit das Unmittelbarkeitserfordernis befürwortet. Die dritte und somit letzte Minderheit (Minderheit II), beantragte die Streichung des Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO.³¹²

Dass über das Kriterium der Unmittelbarkeit während den Kommissionssitzungen in der RK NR am meisten diskutiert wurde, ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass umstritten war, ob der Begriff «unmittelbar» bereits der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspricht oder nicht. Es wurde sowohl vorgebracht, dass durch das Unmittelbarkeitserfordernis die bundesgerichtliche Rechtsprechung bestätigt werde und somit durch das Weglassen des Begriffs die Anordnungsvoraussetzungen herabgesetzt bzw. eine Inhaftierung leichter angeordnet werden könnte als auch damit argumentiert, dass die im E-StPO verlangte Unmittelbarkeit zu einer Verschärfung der Voraussetzungen für eine Inhaftierung führe, da diese nicht der aktuellen Praxis des BGer entspreche^{313,314}

Im Rahmen seiner ersten Beratung am 18. März 2021 befasste sich der NR mit den Anträgen der RK NR.³¹⁵ Als Grund für die Befürwortung des Mehrheitsantrags bzw. der Streichung des Begriffs «unmittelbar» wurde u.a. die Relevanz des Schutzes der Bevölkerung vor Wiederholungstätern³¹⁶ oder die Forderung nach Chancen- und Waffengleichheit in dem Sinne, dass die Strafverfolgungsbehörden die für

³¹⁰ AB 2021 NR 612; RUCKSTUHL/JEKER, Revision StPO, 8.

³¹¹ AB 2021 NR 612.

³¹² Zum Ganzen AB 2021 NR 612; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 27.

³¹³ Es wurde vorgebracht, dass das Unmittelbarkeitserfordernis nicht stets mit der aktuellen Praxis des BGer – wonach an die Rückfallgefahr geringere Anforderungen gestellt werden, je schwerer die Taten, welche drohen, sind – zu vereinbaren sei. Sofern das neue Kriterium nicht erfüllt sei, könnte strafprozessuale Haft z.B. bei einem Sexualstraftäter, bei dem die Gefahr nicht unmittelbar drohe, abgelehnt werden. (Protokoll RK NR 08.10.2020, 4–5).

³¹⁴ Zum Ganzen Protokoll RK NR 25.06.2020, 55–56; Protokoll RK NR 27.08.2020, 8–10; Protokoll RK NR 08.10.2020, 4–6. Aufgrund der Vertraulichkeit der Kommissionsprotokolle kann nicht näher darauf eingegangen werden, wie die einzelnen Ratsmitglieder zu der vorliegenden Thematik Stellung bezogen haben.

³¹⁵ AB 2021 NR 608 ff.; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 28.

³¹⁶ Votum Schwander (NR), AB 2021 NR 609.

die Anordnung strafprozessualer Haft erforderlichen Möglichkeiten erhalten, genannt³¹⁷.³¹⁸ Befürworter des Minderheitsantrags (Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO gem. dem bundesrätlichen Entwurf) brachten vor, dass die erforderliche Unmittelbarkeit zur Verhinderung von Missbräuchen beitragen könne. Die strafprozessuale Haft stelle bekanntermassen einen schweren Eingriff dar.³¹⁹ Weiter wurde argumentiert, dass die strafprozessuale Haft auf Fälle begrenzt werden sollte, die für die Gesellschaft ein tatsächliches Risiko darstellten, welches sowohl erheblich als auch unmittelbar bevorstehend sei.³²⁰ Während der Beratung hielt BR Karin Keller-Sutter fest, dass das Unmittelbarkeitserfordernis verdeutliche, dass die weiteren Delikte «in naher Zukunft drohen»³²¹, was bedeutet, dass die blossе Vermutung «die beschuldigte Person könnte irgendwann wieder Straftaten begehen»³²² für den Freiheitsentzug nicht ausreiche. Somit drückt der Meinung des BR zufolge die Bezeichnung «unmittelbar» «etwas Selbstverständliches aus, eine Verschärfung der Voraussetzungen geht damit nicht einher»³²³.³²⁴ Unterstützt wurde die Minderheit I (Art. 221 Abs. 1^{bis} gem. dem bundesrätlichen Entwurf), weil diese zu einem vorsichtigen Umgang mit dem strafrechtlichen Instrument der Untersuchungshaft führe, was aus mehreren, nachfolgend aufgezeigten Gründen notwendig sei. So gelte die Untersuchungshaft trotz der Unschuldsvermutung absurderweise als härteste Haftform. Zudem dürfe nicht in Abrede gestellt werden, dass durch die harten Bedingungen Suizide begünstigt würden und im europäischen Vergleich die Schweiz einen hohen Prozentsatz an Untersuchungshäftlingen aufweise³²⁵.³²⁶ Die Notwendigkeit des letzten Antrags (Minderheit II) wurde damit begründet, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung bereits heute zeige, dass zwischen der Ausführungs- und Wiederholungsgefahr nicht klar differenziert werden könne. Es sei deshalb nicht angebracht, durch die Einführung der qualifizierten Wiederholungsgefahr – welche ebendiese Abgrenzungsproblematik erschweren würde – in diesem Bereich «noch mehr Unsicherheiten zu schaffen»³²⁷.³²⁸

Bei der Abstimmung entfielen die meisten Stimmen auf den Mehrheitsantrag.³²⁹ Somit beschloss der NR sowohl bei Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO³³⁰ als auch bei Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO³³¹ – entgegen dem

³¹⁷ Votum Bregy (NR), AB 2021 NR 609.

³¹⁸ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 28.

³¹⁹ Zum Ganzen Votum Arslan (NR), AB 2021 NR 608.

³²⁰ Votum Walder (NR), AB 2021 NR 610.

³²¹ Votum Keller-Sutter (BR), AB 2021 NR 610.

³²² Votum Keller-Sutter (BR), AB 2021 NR 610.

³²³ Votum Keller-Sutter (BR), AB 2021 NR 610.

³²⁴ Zum Ganzen Votum Keller-Sutter (BR), AB 2021 NR 610.

³²⁵ Gem. NR Funciello wurden in der Schweiz von 2003–2018 in der Untersuchungshaft 74 und somit doppelt so viele Suizide wie im Strafvollzug (37) begangen. Ferner wies die Schweiz dem Europarat zufolge im Jahr 2019 betreffend die Anzahl Untersuchungshäftlinge den zweithöchsten Prozentsatz in ganz Europa auf (Votum Funciello [NR], AB 2021 NR 608).

³²⁶ Zum Ganzen Votum Funciello (NR), AB 2021 NR 608; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 29.

³²⁷ Votum Arslan (NR), AB 2021 NR 608.

³²⁸ Zum Ganzen Votum Arslan (NR), AB 2021 NR 608; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 29.

³²⁹ Abstimmung, AB 2021 NR 612; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 30.

³³⁰ Mit 121 zu 65 Stimmen (Abstimmung, AB 2021 NR 612).

³³¹ Der Mehrheitsantrag setzte sich mit 120 zu 67 gegen die Minderheit I bzw. mit 121 zu 67 Stimmen gegen die Minderheit II durch (Abstimmung, AB 2021 NR 612).

bundesrätlichen Entwurf – auf die Bezeichnung «unmittelbar» zu verzichten³³² und bei der Ausführungsgefahr dem Entwurf des BR zuzustimmen³³³.

5.4.2 Erste Beratung des SR

Die RK SR beantragte beim SR bei Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO bzw. Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO eine Zustimmung zum bundesrätlichen Entwurf³³⁴ und bei Art. 221 Abs. 2 E-StPO eine Zustimmung zum Beschluss des NR³³⁵.

Im Rahmen seiner ersten Beratung am 14. Dezember 2021 befasste sich der SR mit dem Antrag der RK SR.³³⁶ Dieser wurde damit begründet, dass man sich bei der vorliegenden Thematik im Gebiet der präventiven Haft befinde, bei der «Vorsicht und Zurückhaltung geboten»³³⁷ sei. Somit müsse klar sein, «dass nicht irgendeine abstrakte Drohung genügen soll, sondern dass eine konkrete, akute Drohung vorliegen muss»³³⁸. Aus diesem Grund sei die durch den BR vorgenommene Einschränkung («Unmittelbarkeitserfordernis») sinnvoll.³³⁹ Der Antrag der RK SR wurde vom SR angenommen, was bedeutet, dass der SR den Begriff «unmittelbar» – anders als der NR – als erforderlich erachtete.³⁴⁰

5.4.3 Zweite Beratung des NR

Die RK NR stellte dem NR anlässlich ihrer Kommissionssitzung vier Anträge. Die Mehrheit in der RK NR sprach sich dafür aus, sowohl bei Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO als auch bei Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO dem Beschluss des SR zuzustimmen und somit das Unmittelbarkeitserfordernis aufrechtzuerhalten.³⁴¹ Dagegen bildeten sich drei Minderheiten. Die Minderheit beantragte bei Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO und die Minderheit I bei Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO am Beschluss des NR (Verzicht auf Unmittelbarkeitserfordernis) festzuhalten. Die Minderheit II hingegen, forderte eine Änderung, welche in der ersten Beratung des NR noch nicht thematisiert wurde. Ebendiese Minderheit schlug vor, dass Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO in dem Sinne geändert wird, dass die beschuldigte Person «durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet»^{342, 343}.

³³² Abstimmung, AB 2021 NR 612; MICHEROLI/TAG, Rz. 60; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER Rz. 30.

³³³ Abstimmung, AB 2021 NR 612.

³³⁴ Antrag der Kommission, AB 2021 SR 1361; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 31.

³³⁵ Abstimmung, AB 2021 SR 1361.

³³⁶ AB 2021 SR 1347 ff.; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 32.

³³⁷ Votum Jositsch (SR), AB 2021 SR 1361.

³³⁸ Votum Jositsch (SR), AB 2021 SR 1361.

³³⁹ Zum Ganzen Votum Jositsch (SR), AB 2021 SR 1361; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 32.

³⁴⁰ Abstimmung, AB 2021 SR 1361; MICHEROLI/TAG, Rz. 61; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 33.

³⁴¹ Es wurde die Ansicht vertreten, dass die Anordnung der Untersuchungshaft aufgrund der Unschuldsvermutung strengen Kriterien zu unterliegen habe und die ursprüngliche Version des NR dazu führen würde, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung – entgegen der Fassung des BR, welche ebendiese Rechtsprechung kodifiziere – erweitert werden würde, was nicht annehmbar sei (Protokoll RK NR 13.01.2022, 15).

³⁴² Antrag der Kommission, AB 2022 NR 75.

³⁴³ Zum Ganzen Antrag der Kommission, AB 2022 NR 74–75. Mit diesem Antrag wurde sowohl die Streichung des Unmittelbarkeitserfordernisses als auch der Voraussetzung der erforderlichen Rückfälligkeit gefordert (Votum Baptiste [NR], AB 2022 NR 73–74. Diese Änderung erachtete NR Addor zur Wiederherstellung der Handlungsfreiheit der Staatsanwaltschaft im Hinblick auf die öffentliche Sicherheit als notwendig (Votum Addor [NR] AB 2022 NR 68–69).

Während seiner Beratung vom 2. März 2022 beschloss der NR der Mehrheit zu folgen³⁴⁴ und vertrat somit – anders als noch am 18. März 2021 – die Ansicht, dass die Gefahr erneuter Straftaten bzw. die Gefährdung der Sicherheit unmittelbar zu sein hat.³⁴⁵

5.4.4 Zweite Beratung des SR

Die SK SR beantragte beim SR sowohl bei Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO als auch bei Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO dem Beschluss des NR zuzustimmen. Diesen Antrag nahm der SR in seiner zweiten Beratung vom 7. Juni 2022 an.³⁴⁶

5.4.5 Schlussabstimmung

In der Schlussabstimmung vom 17. Juni 2022 nahmen sowohl der NR als auch der SR den Entwurf an. Somit wird de lege ferenda Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO, Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO und Art. 221 Abs. 2 E-StPO dem bundesrätlichen Entwurf entsprechend statuiert.³⁴⁷

6. Vergleich der neu formulierten Haftgründe mit dem (noch) geltenden Gesetzestext und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung

6.1 Einfache Wiederholungsgefahr

Art. 221 Abs. 1 lit. c nStPO lautet wie folgt:

«¹ Untersuchungs- und Sicherheitshaft ist nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie:

- c. durch Verbrechen oder schwere Vergehen die Sicherheit anderer unmittelbar erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat.»

Aus dem Gesetzestext ist ersichtlich, dass durch die Revision zwei Neuerungen eingeführt wurden.

Die erste Neuerung betrifft den Passus «Verbrechen oder schwere Vergehen», der im (noch) geltenden Gesetzestext «schwere Verbrechen oder Vergehen» lautet. Die vorgenommene Änderung entspricht dem französischen Gesetzeswortlaut und der bereits seit Jahren geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung, weshalb sich diesbezüglich in der Praxis nichts ändern wird. Das BGer wird weiterhin jegliche Verbrechen, jedoch nur schwere Vergehen für eine Inhaftierung aufgrund Wiederholungsgefahr berücksichtigen und dürfte für die notwendige Abgrenzung zwischen Verbrechen und Vergehen bzw. schweren und minder schweren Vergehen wie bis anhin vorgehen^{348 349}.

³⁴⁴ Der Antrag der Mehrheit setzte sich bei Art. 221 Abs. 1 lit. c E-StPO mit 133 zu 54 Stimmen gegen den Antrag der Minderheit I und mit 133 zu 53 Stimmen gegen den Antrag der Minderheit II durch. Bei Art. 221 Abs. 1^{bis} E-StPO setzte sich der Antrag der Mehrheit mit 134 zu 53 Stimmen durch (zum Ganzen Abstimmung, AB 2022 NR 75).

³⁴⁵ Abstimmung, AB 2022 NR 74–75; MICHEROLI/TAG, Rz. 62.

³⁴⁶ Zum Ganzen Abstimmung, AB 2022 SR 381.

³⁴⁷ Zum Ganzen JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 34; NR Schlussabstimmung; SR Schlussabstimmung.

³⁴⁸ Gl. M. JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 41.

³⁴⁹ Vgl. Kap. 3.3.1.2.

Die zweite Neuerung betrifft das Unmittelbarkeitserfordernis. Im Gegensatz zum (noch) geltenden Gesetzestext, wonach ernsthaft befürchtet werden muss, dass «die Sicherheit anderer erheblich gefährdet» wird, muss neu ernsthaft befürchtet werden, dass «die Sicherheit anderer unmittelbar erheblich gefährdet» wird. Durch die Einfügung der Bezeichnung «unmittelbar» sollte gem. BR Karin Keller-Sutter verdeutlicht werden, dass die bloße Vermutung, dass der Beschuldigte irgendwann erneut Straftaten begehen könnte, für einen Freiheitsentzug nicht ausreicht.³⁵⁰ Somit genügt künftig die abstrakte Drohung einer Gefährdung nicht mehr.³⁵¹ Verlangt wird vielmehr, dass diese akut ist, weshalb das Vorliegen unmittelbarer Anhaltspunkte, dass vonseiten der beschuldigten Person weitere gleichartige Straftaten begangen werden, gefordert wird.³⁵²

Ob durch diesen zusätzlichen Begriff lediglich die aktuelle bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert wurde oder dieser zu einer Verschärfung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung führen wird, war in den parlamentarischen Beratungen höchst umstritten.³⁵³ Aufgrund der Tatsache, dass das BGer bereits in seiner aktuellen Rechtsprechung, die rein hypothetische Möglichkeit, dass die beschuldigte Person weitere Delikte verüben könnte für die Bejahung des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr als nicht genügend erachtet³⁵⁴ und bei der Voraussetzung der «ernsthaft zu befürchtenden Tatwiederholung»³⁵⁵ auch bereits berücksichtigte, ob eine weitere Tat in einer gewissen zeitlichen Nähe begangen werden könnte³⁵⁶, kann davon ausgegangen werden, dass sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung nach Inkrafttreten der geänderten Bestimmung nicht stark ändern wird und es somit durch die zusätzliche Voraussetzung der Unmittelbarkeit höchstwahrscheinlich nicht zu einer Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr bzw. zu einer restriktiveren Praxis des BGer kommen wird.³⁵⁷

Inwiefern allerdings der Einwand, dass Fälle, welche von der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung erfasst werden – wonach an die Rückfallgefahr geringere Anforderungen zu stellen sind, je schwerer die Taten, welche drohen, sind – durch die neue Voraussetzung der Unmittelbarkeit zukünftig möglicherweise wegfallen könnten³⁵⁸ und es dadurch zu einer Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen des Haftgrunds der Wiederholungsgefahr kommen könnte, zutrifft, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht beantwortet werden. Höchstwahrscheinlich aber, wird das BGer aufgrund der erhöhten

³⁵⁰ Vgl. Kap. 5.4.1.

³⁵¹ WOHLERS, StPO-Reform, 47.

³⁵² JOSITSCH/SCHMID, Handbuch 4. A., Rz. 1025; WOHLERS, StPO-Reform, 47. Vgl. für konkretere Ausführungen zum Unmittelbarkeitserfordernis Kap. 5.3 (E-StPO).

³⁵³ Vgl. Kap. 5.4.

³⁵⁴ Vgl. Kap. 3.3.4.1.

³⁵⁵ BGer 1B_251/2021 E. 5.4.

³⁵⁶ Vgl. die Ausführungen zu BGer 1B_251/2021 E. 5.4 in Kap. 3.3.4.1.

³⁵⁷ Gl.M. BR (Votum Keller-Sutter [BR], AB 2021 NR 610–611).

³⁵⁸ Vgl. Kap. 5.4.

Gefahr für potenzielle Opfer auch in Zukunft bei schwereren Straftaten geringere Anforderungen an die Rückfallgefahr stellen^{359, 360}.

Trotz der Annahme, dass durch das neu eingefügte Unmittelbarkeitserfordernis kein bzw. kein grosser Kontrast zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung entstehen wird, ist es wichtig anzumerken, dass sich erst nach Inkrafttreten der zusätzlichen Voraussetzung zeigen wird, wie das BGer den Begriff «unmittelbar» in Zukunft genau auslegen wird und ob es seine Praxis allenfalls restriktiver ausgestalten wird.

In der Lehre wurden jedoch bereits Vorschläge zur Konkretisierung des Unmittelbarkeitserfordernisses gemacht. So schlägt bspw. WOHLERS vor, sich dafür auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Art. 129 StGB zu stützen. Dieser zufolge liegt eine unmittelbare Gefahr dann vor, «wenn sich aus dem Verhalten des Täters nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge direkt die Wahrscheinlichkeit oder nahe Möglichkeit der Todesfolge ergibt»³⁶¹, wobei die Gefahr «unmittelbar, nicht aber unausweichlich»³⁶² zu erscheinen hat.³⁶³ Unter Berücksichtigung des Vorschlags von WOHLERS vertreten JOSITSCH/RÖTHLISBERGER die Ansicht, dass die Anordnung strafprozessualer Haft jedenfalls dann nicht zulässig sein dürfe, «wenn die Verübung sicherheitsrelevanter Verbrechen oder schwerer Vergehen nur dann ernsthaft zu befürchten ist, wenn ganz aussergewöhnliche Umstände miteinbezogen werden, mit denen schlechthin nicht gerechnet werden muss und die derart schwer wiegen, dass sie als wahrscheinlichste und unmittelbarste Ursache der Deliktsverübung erscheinen und so alle anderen gefahr begründenden Umstände in den Hintergrund drängen»³⁶⁴, «wenn unklar ist, in welchem Zeitpunkt die Verübung sicherheitsrelevanter Verbrechen oder schwerer Vergehen ernsthaft zu befürchten ist»³⁶⁵ oder «wenn ernsthaft zu befürchten ist, die beschuldigte Person werde sicherheitsrelevante Verbrechen oder schwere Vergehen erst in zeitlicher Ferne verüben»^{366, 367}.

Nicht geändert hat sich hingegen – obwohl dies im VE-StPO noch vorgesehen war – der Passus «nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat», da dieser bereits im E-StPO in seinen ursprünglichen Wortlaut abgeändert wurde und zudem in den Ratsdiskussionen nicht thematisiert bzw. geändert wurde.³⁶⁸ In der Botschaft wird explizit festgehalten, dass als Vortaten mindestens zwei gleichartige Straftaten verübt worden sein müssen³⁶⁹, wobei die Bezeichnung «verübt» zu bedeuten hat, dass die Straftaten rechtskräftig beurteilt worden sein müssen, da diese für die Legalprognose den einzig

³⁵⁹ Im Ergebnis gl.M. JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, (Rz. 46) und WOHLERS, de lege lata et ferenda, 322.

³⁶⁰ Dies hätte die Beibehaltung der soeben erwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung und somit – entgegen der Ansicht der Kritiker des Begriffs «unmittelbar» – keine Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen zur Folge.

³⁶¹ BGer 6B_1258/2020 E. 1.4.

³⁶² BGer 6B_1258/2020 E. 1.4.

³⁶³ Zum Ganzen WOHLERS, StPO-Reform, 47–48; BGer 6B_1258/2020 E. 1.4.

³⁶⁴ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 45.

³⁶⁵ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 45.

³⁶⁶ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 45.

³⁶⁷ Zum Ganzen JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 45.

³⁶⁸ WOHLERS, StPO-Reform, 47.

³⁶⁹ Nebst den beiden Vortaten sind eine untersuchte und eine zukünftig befürchtete Tat, d.h. insg. vier Taten erforderlich (RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 331).

gesicherten Anhaltspunkt darstellten.³⁷⁰ Diese soeben geschilderten Konkretisierungen des neuen Gesetzestexts zum Vortatenerfordernis, die der Botschaft entnommen werden können, sind jedoch nicht mit der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung (zweite und dritte Konstellation) zu vereinbaren, wonach zum einen die früher begangenen Straftaten Gegenstand des hängigen Strafverfahrens bilden können, bei welchem es um die Frage der Anordnung einer Inhaftierung geht «sofern mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die beschuldigte Person solche Straftaten begangen hat»³⁷¹ und zum anderen bei untragbar hohen Risiken ein gänzlicher Vortatenverzicht u.U. möglich ist³⁷².

Es wird sich nach Inkrafttreten des Art. 221 Abs. 1 lit. c nStPO zeigen, ob bzw. inwiefern das BGer seine Rechtsprechung ändern wird.³⁷³ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER bringen betreffend die Anzahl Vortaten vor, dass die Frage, ob das BGer den Willen der Botschaft akzeptieren wird (d.h. dass mind. zwei Vortaten vorliegen müssen), davon abhängt, «wie es die in Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO enthaltenen Begriffe auslegen wird und ob die darunter zu subsumierenden Fälle mit denjenigen Fällen deckungsgleich sein werden, die von der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr erfasst werden»³⁷⁴. Zudem weisen sie darauf hin, dass es fraglich sei, ob sich das BGer dem Erfordernis des Vorliegens rechtskräftig beurteilter Vortaten anschliessen werde.³⁷⁵

Im Falle, dass das BGer seine Rechtsprechung anpassen und somit die zweite und/oder dritte Konstellation abschaffen würde, hätte dies eine Einengung des Anwendungsbereichs des Haftgrunds der einfachen Wiederholungsgefahr zur Folge, da das BGer künftig einzig rechtskräftig beurteilte Straftaten als Vortaten berücksichtigen und zudem vom Vortatenerfordernis nicht mehr absehen würde.³⁷⁶

6.2 Qualifizierte Wiederholungsgefahr

Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO lautet wie folgt:

«1^{bis} Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind ausnahmsweise zulässig, wenn:

- a. die beschuldigte Person dringend verdächtig ist, durch ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer Person schwer beeinträchtigt zu haben; und
- b. die ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht, die beschuldigte Person werde ein gleichartiges, schweres Verbrechen verüben.»

³⁷⁰ Vgl. Kap. 5.3; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 37.

³⁷¹ Vgl. Kap. 3.3.2.2.1 (BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13).

³⁷² Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.

³⁷³ WOHLERS, StPO-Reform, 47.

³⁷⁴ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 38.

³⁷⁵ Zum Ganzen JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 38–39.

³⁷⁶ GL.M. RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 331.

Durch die Einführung des neuen Haftgrunds wurde eine Grundlage für das geschaffen, was das BGer seit 2011 «unter der Flagge der Wiederholungsgefahr praktiziert»³⁷⁷, wonach nämlich bei «akut drohenden Schwerverbrechen [...] ausnahmsweise auf das Vortatenerfordernis ganz verzichtet werden»³⁷⁸ könne.³⁷⁹

Damit der durch die Revision neu eingeführte Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr zur Anwendung gelangen kann, müssen die Voraussetzungen in lit. a (betreffend die begangene Straftat) und in lit. b (bezüglich der zukünftigen Straftat) kumulativ erfüllt sein.³⁸⁰

Gem. der ersten Voraussetzung (lit. a) muss zunächst ein dringender Tatverdacht bezüglich der Anlasstat vorliegen. Zudem muss es sich bei der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat um ein Verbrechen oder schweres Vergehen, durch welches die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer Person schwer beeinträchtigt wurde, handeln.³⁸¹ Es stellt sich die Frage, welche Rechtsgüter unter die neue Regelung zu subsumieren sind.³⁸² Aufgrund des «offenen» Katalogs in der Botschaft des BR³⁸³, wird in der Lehre die Meinung vertreten, dass auch Beeinträchtigungen von anderen hochwertigen Rechtsgütern (z.B. der persönlichen Integrität³⁸⁴) darunterfallen könnten.³⁸⁵ WOHLERS und RUCKSTUHL zufolge werden durch die Bestimmung jedoch ausschliesslich Individualrechtsgüter erfasst.³⁸⁶ Demnach kommen als Anlasstaten «Delikte gegen bestimmte hochwertige Individualrechtsgüter»³⁸⁷ (Delikte gegen sexuelle Integrität, Leib, Leben und persönliche Freiheit) in Frage³⁸⁸. Nicht als Anlasstat hingegen in Betracht fallen Straftaten gegen überindividuelle Rechtsgüter, strafbare Handlungen gegen die Ehre und das Vermögen und – sofern die konkrete Norm nicht die psychische, physische oder sexuelle Integrität einer Person schützt – auch Bestimmungen des Nebenstrafrechts³⁸⁹.³⁹⁰ Ob auch gemeingefährliche Verbrechen und Vergehen Gegenstand einer Anlasstat bilden können, wird als unklar eingestuft.³⁹¹

³⁷⁷ WOHLERS, de lege lata et ferenda, 322.

³⁷⁸ BGer 1B_553/2017 E. 3.2.

³⁷⁹ WOHLERS, de lege lata et ferenda, 322; BGer 1B_553/2017 E. 3.2.

³⁸⁰ RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 331.

³⁸¹ Zum Ganzen WOHLERS, StPO-Reform, 48.

³⁸² JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 53.

³⁸³ Vgl. Kap. 5.3 («z.B. Leib und Leben oder sexuelle Integrität»).

³⁸⁴ RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 332; WOHLERS, StPO-Reform 48; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 53.

³⁸⁵ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 53.

³⁸⁶ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 53.

³⁸⁷ WOHLERS, StPO-Reform, 48.

³⁸⁸ Als Anlasstaten kommen gem. RUCKSTUHL folgende Delikte in Frage: vorsätzliche Delikte gegen Leib und Leben (mind. vorsätzliche Tötungsdelikte ohne die Privilegierungen und schwere Körperverletzung), schwere Delikte gegen die sexuelle Integrität (Art. 187–191, 195 StGB), schwere Delikte gegen die Freiheit (Entführung und Freiheitsberaubung, Geiselnahme, unsicher: Menschenhandel), Verbrechen gegen die Menschlichkeit, Völkermord und schwere Kriegsverbrechen (RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 332).

³⁸⁹ A.M. JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, welche vorbringen, dass «sinnvollerweise auf die Beeinträchtigung des Rechtsguts im Einzelfall abgestellt werden» sollte (JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 53).

³⁹⁰ Zum Ganzen RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 332; WOHLERS, StPO-Reform, 48.

³⁹¹ RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 332; WOHLERS, StPO-Reform, 48. Letzterer macht geltend, dass insoweit einzig Fälle einbezogen werden könnten, «in denen sich die Gemeingefahr in der konkreten Beeinträchtigung einzelner Personen realisiert hat» (WOHLERS, StPO-Reform, 48).

Damit von einer «schweren» Beeinträchtigung ausgegangen werden kann, reicht das Abstellen auf den abstrakten Strafraum nicht aus. Zur Beurteilung, ob die erforderliche Schwere der Beeinträchtigung vorliegt, hat nämlich zusätzlich eine Berücksichtigung der Umstände der Tatbegehung (z.B. Skrupellosigkeit) zu erfolgen.³⁹²

Die zweite Voraussetzung (lit. b) verlangt, dass eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht, dass die beschuldigte Person ein gleichartiges, schweres Verbrechen verüben wird. WOHLERS bringt vor, dass aufgrund der erfolgten richtigen Zuordnung des Begriffs «schwer» sowohl in Art. 221 Abs. 1 lit. c als auch in Art. 221 Abs. 1^{bis} lit. a nStPO durch den Gesetzgeber, die Einstufung als «schweres Verbrechen» (Art. 221 Abs. 1^{bis} lit. b nStPO) eigentlich für bare Münze zu nehmen sei, er jedoch damit rechne, dass das BGer von einem «gesetzgeberischen Unfall»³⁹³ ausgehen werde und folglich unter den Passus sowohl ein gleichartiges Verbrechen als auch schweres Vergehen subsumieren werde.³⁹⁴ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER erhoffen sich, dass das BGer – trotz der Verwendung einer uneinheitlichen Terminologie³⁹⁵ – nicht vom Begriff «schweres Verbrechen» abweichen werde, da dieser, verglichen mit den weiteren vom BGer verwendeten Begriffen, den Spezielleren und Präziseren darstelle.³⁹⁶ Gleich wie beim Haftgrund der einfachen Wiederholungsgefahr, ist ferner auch beim vorliegenden Haftgrund erforderlich, dass die weiteren Straftaten in naher Zukunft drohen.³⁹⁷ Für die Beurteilung, ob eine unmittelbare und ernsthafte Gefahr droht, hat auch bei der qualifizierten Wiederholungsgefahr eine Prognose zu erfolgen.³⁹⁸ Diesbezüglich wird in der Lehre die Ansicht vertreten, dass das BGer auch künftig den Grundsatz der umgekehrten Proportionalität³⁹⁹ anwenden werde und somit beim neuen Haftgrund aufgrund der Schwere des drohenden Delikts und der Beeinträchtigung von hochwertigen Rechtsgütern, geringere Anforderungen an die Rückfallgefahr stellen werde.⁴⁰⁰

Im Vergleich zum neuen Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr, hat gem. der aktuellen bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Haftgrund der Wiederholungsgefahr, bei der u.U. auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden kann, zunächst ein dringender Tatverdacht bezüglich eines schweren Verbrechens oder Vergehens vorzuliegen.⁴⁰¹ Sodann muss auch nach der geltenden Praxis des BGer durch die Anlasstat ein hochwertiges Rechtsgut betroffen worden sein.⁴⁰²

³⁹² RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 332; WOHLERS, StPO-Reform, 48–49. Vgl. dazu Kap. 5.3. Gem. RUCKSTUHL können einzig vorsätzlich begangene Anlasstaten die notwendige «Schwere» der Beeinträchtigung erfüllen (RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 332).

³⁹³ WOHLERS, StPO-Reform, 49.

³⁹⁴ WOHLERS, StPO-Reform, 49; Vgl. dazu JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 56.

³⁹⁵ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.

³⁹⁶ JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 56.

³⁹⁷ WOHLERS, StPO-Reform, 49; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, 25–26, Rz. 57; RUCKSTUHL, 332; Vgl. Kap. 5.3.

³⁹⁸ WOHLERS, StPO-Reform, 49.

³⁹⁹ Vgl. Kap. 3.3.4.1.

⁴⁰⁰ WOHLERS, de lege lata et ferenda, 322 ; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 58.

⁴⁰¹ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.

⁴⁰² Vgl. Kap. 3.3.2.2.2 (BGer 1B_366/2020 E. 2.4 [Vorwurf des Angriffs auf höchstes Rechtsgut durch versuchte vorsätzliche Tötung]; BGer 1B_598/2020 E. 5.2.1 [Vorwurf des Angriffs auf körperliche Integrität durch versuchte schwere Körperverletzung]).

Im Hinblick auf die weiteren Delikte hat der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zufolge ein untragbar hohes Risiko vorzuliegen, dass die betreffende Person schwere Gewalttaten, welche die Sicherheit anderer erheblich gefährden, verüben könnte.⁴⁰³ Anders als der Gesetzestext zum neuen Haftgrund (Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO), verwendet das BGer bezüglich der zukünftigen Taten keine einheitliche Bezeichnung. Nebst dem in Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO aufgeführten Begriff («schweres Verbrechen»), benutzt es darüber hinaus nämlich die Bezeichnungen «Gewaltdelikte», «schwere Gewaltdelikte», akut drohende «Schwerverbrechen» «schwere Gewaltdelikte» und «schwere Gewaltverbrechen».⁴⁰⁴ Ähnlich wie beim neuen Haftgrund, bei dem eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr verlangt wird, dass die beschuldigte Person ein gleichartiges Verbrechen verüben wird, hat auch bei der geltenden bundesgerichtlichen Rechtsprechung eine ernsthafte und konkrete Gefahr für potenzielle Opfer vorzuliegen⁴⁰⁵. Obwohl das BGer somit den Begriff «unmittelbar» welcher in Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO explizit verankert wurde, in seiner Rechtsprechung nicht verwendet, können der Rechtsprechung Hinweise entnommen werden, dass die schwere Gewaltstraftat dem BGer zufolge in naher Zukunft zu drohen hat. Dies ist bspw. daran erkennbar, dass das BGer in BGE 137 IV 13 festgehalten hat, dass lediglich mit grosser Zurückhaltung bei Vorliegen einer konkreten und ernsthaften Gefahr für potenzielle Opfer vom Vortatenerfordernis abgewichen werden könne⁴⁰⁶, es auf das Vortatenerfordernis verzichtet, wenn es davon ausgeht, dass das Risiko für mögliche Opfer bei der Haftentlassung als untragbar hoch erscheint⁴⁰⁷ und es den Begriff des «akut drohenden Schwerverbrechens» bereits verwendet und damit deutlich macht, dass die Gefahr unmittelbar bevorstehen muss⁴⁰⁸.

Schliesslich ist anzumerken, dass – gleich wie in Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO festgelegt – auch gem. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO lediglich in Ausnahmefällen auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden kann.⁴⁰⁹

Es kann somit festgehalten werden, dass mit der Schaffung des «neuen» Haftgrunds die geltende bundesgerichtliche Rechtsprechung – bei der u.U. auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden kann – sinngemäss in die StPO überführt wurde. Ob diese jedoch durch den neuen Haftgrund vollständig abgelöst wird bzw. die Fälle, die unter die geltende Rechtsprechung fallen, deckungsgleich mit denjenigen sind, die künftig unter die neue Bestimmung subsumiert werden, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gesagt werden. Es muss nämlich – wie in Kap. 6.1 erwähnt – zunächst abgewartet werden, wie das BGer die Begriffe in Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO auslegen wird.⁴¹⁰ Da durch die neue Bestimmung die bislang fehlende gesetzliche Grundlage für die langjährige bundesgerichtliche Rechtsprechung geschaffen wurde, kann davon ausgegangen werden, dass sich das BGer bei der Auslegung der neuen Norm an

⁴⁰³ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2 (BGer 1B_84/2022 E. 4.4).

⁴⁰⁴ Zum Ganzen vgl. Kap. 3.3.2.2.2.; gl.M. JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 56.

⁴⁰⁵ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.

⁴⁰⁶ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.

⁴⁰⁷ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.; BGer 1B_69/2020 E. 3.4; BGer 1B_84/2022 E. 4.4.

⁴⁰⁸ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2.

⁴⁰⁹ Vgl. Kap. 3.3.2.2.2 und Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO; JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, Rz. 48.

⁴¹⁰ Vgl. dazu die Ausführungen in Kap. 6.1.

seiner geltenden Praxis orientieren wird und somit in Zukunft identische bzw. gleichartige Fälle von dessen Rechtsprechung erfasst werden.

6.3 Ausführungsgefahr

Art. 221 Abs. 2 nStPO lautet wie folgt:

«² Haft ist auch zulässig, wenn die ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen.»

Durch die Revision wurde der noch geltende Passus «ernsthaft zu befürchten ist» in «die ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht» abgeändert. Durch diese Änderung möchte der Gesetzgeber die Notwendigkeit der drohenden Gefahr konkretisieren und wie bei Art. 221 Abs. 1 lit. c nStPO und Art. 221 Abs. 1^{bis} nStPO verdeutlichen, dass die Gefahr der Tatausführung unmittelbar bevorstehen resp. akut sein muss.⁴¹¹

Somit wurde der Haftgrund der Ausführungsgefahr durch die Revision lediglich durch das Unmittelbarkeitserfordernis ergänzt. Weder dessen gänzliche Abschaffung noch die Überführung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung – wonach eine konkludente Drohung für die Bejahung der Ausführungsgefahr ausreichte – wurde, anders als noch in der Vernehmlassung⁴¹², in den Entwurf aufgenommen oder in den parlamentarischen Beratungen thematisiert⁴¹³ und somit im neuen Gesetzestext geregelt.

Auch beim vorliegenden Haftgrund stellt sich die Frage, ob das Unmittelbarkeitserfordernis bereits der Praxis des BGer entspricht oder ob durch dessen Einführung eine grosse Veränderung der Rechtslage eintreten wird. Wie bei der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Haftgrund der Wiederholungsgefahr, reicht auch beim vorliegenden Haftgrund die rein hypothetische Möglichkeit, dass Delikte verübt werden, für dessen Bejahung nicht aus.⁴¹⁴ Zudem berücksichtigte das BGer das Kriterium der zeitlichen Nähe der möglichen Tatausführung bereits in einigen Urteilen, weshalb durch die geänderte Bestimmung nicht etwas gänzlich Neues eingeführt wird.⁴¹⁵ Aufgrund dessen dürfte das BGer seine Praxis – allenfalls mit geringen Anpassungen – wie bisher weiterführen.

Es muss sich auch bei diesem Haftgrund – wie bei der Wiederholungsgefahr – erst noch erweisen, ob das BGer seine aktuelle Rechtsprechung zum noch geltenden Gesetzestext, wonach sich eine Inhaftierung desto eher rechtfertigt, je schwerer die angedrohte Straftat ist⁴¹⁶, durch die Einfügung des neuen Unmittelbarkeitserfordernisses beibehalten wird. Falls dies zutrifft, werden an den Haftgrund der

⁴¹¹ Zum Ganzen WOHLERS, StPO-Reform, 49. Vgl. für konkretere Ausführungen zum Unmittelbarkeitserfordernis Kap. 5.3 (E-StPO).

⁴¹² Vgl. Kap. 5.2.

⁴¹³ Vgl. Kap. 5.3 und 5.4.

⁴¹⁴ Vgl. Kap. 4.2.3.

⁴¹⁵ Vgl. Kap. 4.2.3 .

⁴¹⁶ Vgl. Kap. 4.2.3.

Ausführungsgefahr in Zukunft keine höheren Anordnungsvoraussetzungen gestellt, anderenfalls wird es den Haftgrund restriktiver handhaben.

Obwohl m.E. auch bei diesem Haftgrund davon ausgegangen werden kann, dass durch die vorgenommene Ergänzung keine grundlegend neue bundesgerichtliche Rechtsprechung entwickelt werden muss, wird sich erst nach Inkrafttreten der geänderten Bestimmung zeigen, inwiefern das BGer diese neue Voraussetzung in seine Rechtsprechung integrieren wird.

III. Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft (Art. 222 StPO)

1. Zweck

Die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft ermöglicht eine durch das Zwangsmassnahmengericht angeordnete Freilassung zumindest vorübergehend zu verhindern. Somit können durch dieses Instrument die Folgen von Fehlentscheiden (z.B. eine zu Unrecht verneinte Wiederholungsgefahr) abgewendet werden indem falsch-Negative weiterhin inhaftiert bleiben.⁴¹⁷

2. Aktueller Gesetzestext

Gem. Art. 222 StPO kann die verhaftete Person «Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten», wobei Art. 233 StPO vorbehalten bleibt.⁴¹⁸ Somit wird in der vorliegenden Bestimmung die Beschwerdebefugnis der Staatsanwaltschaft – anders als in Art. 381 Abs. 1 StPO, wonach diese legitimiert ist, zugunsten oder zuungunsten der beschuldigten oder verurteilten Person ein Rechtsmittel zu ergreifen – nicht erwähnt.⁴¹⁹

3. Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Das BGer hat in einem Grundsatzentscheid im Jahr 2011 entschieden, dass nebst der beschuldigten Person auch die Staatsanwaltschaft über ein Beschwerderecht gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts verfügt.⁴²⁰ Das höchste Gericht der Schweiz hat an dieser mehrfach bestätigten Rechtsprechung⁴²¹ bis vor kurzem festgehalten. Aufgrund des Ergebnisses der StPO-Revision⁴²² und der am 6. Oktober 2022 unbenützt abgelaufenen Referendumsfrist, welche dazu führte, dass das Inkrafttreten der neuen Bestimmung in naher Zukunft tatsächlich erfolgen wird, hat es mit dem Urteil vom 10. Januar 2023 jedoch seine Rechtsprechung angepasst, indem es beschlossen hat, diese «per sofort

⁴¹⁷ Zum Ganzen BGE 138 IV 92 E. 3.2 S. 97; KAISER, 187.

⁴¹⁸ Eine erste Fassung dieser Bestimmung sah vor, dass eine Beschwerdeerhebung durch die verhaftete Person (gegen die Abweisung ihres Haftentlassungsgesuchs oder die Bewilligung einer Haftverlängerung) erst ab einer Dauer der Haft von drei Monaten möglich ist, wobei Art. 222 StPO vor Inkrafttreten der StPO im Zusammenhang mit den Gesetzgebungsarbeiten zum StBOG eine Korrektur erfuhr, durch welche die Bestimmung in den heute (noch) geltenden Gesetzestext abgeändert wurde (Möglichkeit der Beschwerdeerhebung gegen Entscheide über die Anordnung, Verlängerung und Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft durch die beschuldigte Person von Beginn weg) (TOKAY-SAHIN, 1213; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 222, Rz. 3; Botschaft StBOG, 8184).

⁴¹⁹ FORSTER, Haftrecht, 335; DONATSCH/HIESTAND, 8.

⁴²⁰ BGE 137 IV 22; BGer 1B_614/2022 E. 2.2.

⁴²¹ BGer 1B_441/2022 E. 2.2.; BGE 137 IV 87 E. 2 f. S. 89 ff.; BGE 137 IV 230 E. 1 S. 232; BGE 137 IV 237 E. 1.2 S. 240; BGE 138 IV 92 E. 3.2 S. 96; BGE 138 IV 148 E. 3.1 S. 150; BGE 139 IV 314 E. 2.2 S. 316; BGE 147 IV 123 E. 2.2 S. 124.

⁴²² Vgl. Kap. 4.4, 5.

aufzugeben»⁴²³.⁴²⁴ Somit hat das BGer dafür nicht zuerst die am 1. Januar 2024 vorgesehene Inkraftsetzung des geänderten Artikels abgewartet.⁴²⁵

Aufgrund der Tatsache, dass die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft durch die Revision explizit ausgeschlossen wurde und das BGer seine Praxis bereits vor Inkraftsetzung der betreffenden geänderten Bestimmung aufgehoben hat, wird das Kap. der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft nicht so ausführlich wie das der beiden Haftgründe behandelt.

3.1 Gründe für eine Bejahung der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft

Das BGer erachtete die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengrichts aufgrund mehrerer Gründe als erforderlich.⁴²⁶

Einen Grund stellte gem. dem BGer die in Art. 111 BGG geregelte Einheit des Verfahrens, welche gem. dem Grundsatz des doppelten Instanzenzugs ausgelegt werden müsse, dar, wonach sich derjenige, der zur Beschwerde an das BGer berechtigt sei, am Verfahren vor allen kantonalen Vorinstanzen als Partei beteiligen können müsse. Weil die Staatsanwaltschaft die Befugnis besitzt gegen einen Haftentscheid an das BGer zu gelangen⁴²⁷, müsse ihr aufgrund der obigen Schilderungen ein Beschwerderecht bereits auf kantonaler Ebene eingeräumt werden.⁴²⁸

Des Weiteren erachtete das BGer die Bejahung der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft zur Verhinderung einer «Gabelung des Rechtsmittelzuges»⁴²⁹ als notwendig. Es könne nämlich vorkommen, dass eine Aufhebung der Untersuchungshaft unter Anordnung von Ersatzmassnahmen erfolge, wobei die eine Seite diese als übermässig bzw. die andere Seite als ungenügend empfinde, was zur Folge hätte, dass sich die Staatsanwaltschaft dagegen mit Beschwerde direkt an das BGer und der Beschuldigte mit Beschwerde an die kantonale Beschwerdekammer zur Wehr setzen müsste, was mit dem Risiko von Rechtsunsicherheit und widersprüchlicher Entscheidungen verbunden wäre.⁴³⁰

Zur Begründung der Notwendigkeit einer Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft brachte das BGer weitere Argumente vor. Insbesondere fordere «das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz»⁴³¹ die Möglichkeit eines Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft gegen einen

⁴²³ BGer 1B_614/2022 E. 2.4.

⁴²⁴ BGer 1B_614/2022 E. 2.4; A.M. war das BGer noch in BGer 1B_441/2022 E. 2.2, als es geltend machte, dass neue Rechtsnormen erst ab deren Inkraftsetzung gelten und grds. keine Vorwirkung entfalten, wobei anzumerken ist, dass zum Urteilszeitpunkt die Referendumsfrist (6. Oktober 2022) noch nicht abgelaufen war.

⁴²⁵ Zum Ganzen BGer 1B_614/2022 E. 2.3–2.4; Gem. dem BGer stellt die vorliegenden Praxisänderung keine «echte Vorwirkung» dar, weil – aufgrund der Tatsache, dass für das Haftbeschwerderecht der Staatsanwaltschaft bereits heute keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage besteht – keine neue Bestimmung vor ihrem Inkrafttreten angewendet, «sondern dem bereits bisher geltenden Gesetzestext zum Durchbruch verholfen» wird. (BGer 1B_614/2022 E. 2.4).

⁴²⁶ TOKAY-SAHIN, 1213.

⁴²⁷ Vgl. Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG.

⁴²⁸ Zum Ganzen BGE 137 IV 22 E. S. 23–24; BGE 137 IV 87 E. 3.1 S. 90.

⁴²⁹ BGE 137 IV 87 E. 3.1 S. 90.

⁴³⁰ Zum Ganzen BGE 137 IV 87 E. 3.1 S. 90; BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 24.

⁴³¹ BGE 137 IV 230 E. 1 S. 232.

Haftentlassungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichts an die kantonale Beschwerdeinstanz.⁴³² Zudem weise die Staatsanwaltschaft im Haftverfahren gem. dem BGer als Antragstellerin materiell eine Parteistellung auf, wodurch sie zur Beschwerde legitimiert werde. Für deren materielle Parteistellung spreche ausserdem die nach den entsprechenden verfassungs- und konventionsrechtlichen Verfahrensgarantien (v.a. Art. 31 Abs. 2 und 3 BV, Art. 5 EMRK) geforderte kontradiktorische Ausgestaltung der Haftanordnungs- und -prüfungsverfahren.⁴³³ Auch die in Art. 222 StPO vorgenommene Ergänzung⁴³⁴, wonach eine Beschwerdemöglichkeit u.a. auch bei einer Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft besteht, wäre dem BGer zufolge sinnlos, wenn damit nicht die Staatsanwaltschaft zur Beschwerdeerhebung berechtigt wäre. Das BGer ging deshalb davon aus, dass die in der Bestimmung fehlende Erwähnung der Staatsanwaltschaft nicht beabsichtigt war, sondern auf ein gesetzgeberisches Versehen zurückzuführen sei.⁴³⁵

3.2 Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes

Da sich der Gesetzgeber zum Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft nicht äusserte und somit auch nicht regelte, wie die Staatsanwaltschaft vorzugehen hat, um zumindest vorläufig die Freilassung des Beschuldigten zu verhindern, musste der vorläufige Rechtsschutz gegen Haftentlassungen durch das BGer aufgezeigt werden.⁴³⁶

In einem ersten Schritt musste die Staatsanwaltschaft in ihrem Haftantrag eine mündliche Verhandlung beim Zwangsmassnahmengericht beantragen. Sofern das Zwangsmassnahmengericht – anders als von der Staatsanwaltschaft beantragt – die Haftentlassung verfügte, hatte die Staatsanwaltschaft aufgrund der Tatsache, dass die beschuldigte Person Anspruch auf unverzügliche Freilassung (Art. 226 Abs. 5 StPO) hat, ihre Beschwerde unmittelbar nach Kenntnis des Haftentlassungsentscheids vor dem Zwangsmassnahmengericht anzukündigen.⁴³⁷ Diese Ankündigung konnte mündlich und bei Nichtteilnahme der Staatsanwaltschaft an der Verhandlung auch telefonisch erfolgen.⁴³⁸ Durch die Ankündigung wurde bewirkt, dass bis zur Einreichung der Beschwerde und deren superprovisorischen Behandlung keine Haftentlassung durch das Zwangsmassnahmengericht erfolgen durfte.⁴³⁹ Ebendiese Beschwerde hatte die Staatsanwaltschaft innerhalb von spätestens drei Stunden seit der Ankündigung und wenigstens kurz begründet beim Zwangsmassnahmengericht mit Gesuch um aufschiebende Wirkung, einzureichen. Diesfalls war das Zwangsmassnahmengericht dazu verpflichtet, «die Beschwerde mit dem Dossier und seiner allfälligen Stellungnahme verzugslos der Beschwerdeinstanz zu übermitteln»⁴⁴⁰.⁴⁴¹ Nachdem die

⁴³² BGE 137 IV 22 E. 1.4 S. 24–25; BGE 137 IV 230 E. 1 S. 232.

⁴³³ Zum Ganzen TOKAY-SAHIN, 1214; BGE 137 IV 87 E. 3.3.2 S. 91–92.

⁴³⁴ Vgl. Kap. 2.

⁴³⁵ Zum Ganzen BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 24; TOKAY-SAHIN, 1214.

⁴³⁶ FORSTER, Haftrecht, 344; DONATSCH/HIESTAND, 9; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 222, Rz. 8a.

⁴³⁷ Zum Ganzen BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 97–98; TOKAY-SAHIN, 1213; FORSTER, Haftrecht, 345–346.

⁴³⁸ BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 97; BGE 138 IV 148 E. 3.3 S. 151–152; TOKAY-SAHIN, 1213.

⁴³⁹ BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 98; TOKAY-SAHIN, 1213; FORSTER, Haftrecht, 346.

⁴⁴⁰ BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 98.

⁴⁴¹ Zum Ganzen BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 98; FORSTER, Haftrecht, 347; TOKAY-SAHIN, 1213.

Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz eingegangen war, hatte deren Verfahrensleitung i.d.R. superprovisorisch (ohne Anhörung der inhaftierten Person) innert weniger Stunden, also noch am gleichen Tag über das um aufschiebende Wirkung gestellte Gesuch zu entscheiden.⁴⁴² Das rechtliche Gehör wurde der inhaftierten Person grds. erst nachträglich, nämlich nachdem die definitive Begründung sowohl des Zwangsmassnahmengerichts als auch der Staatsanwaltschaft eingegangen waren, gewährt.⁴⁴³ Die Beschwerdeinstanz hatte dann für den definitiven Entscheid in der Sache i.d.R. ein paar Tage bis Wochen Zeit.⁴⁴⁴

3.3 Zustimmung und Kritik der Lehre

Diese nun «alte» bundesgerichtliche Rechtsprechung wurde von einem Teil der Lehre insb. deshalb befürwortet, da dieser die Ansicht vertrat, dass sie zur Ermöglichung eines wirksamen strafprozessualen Schutzes vor drohenden schweren Gewaltverbrechen beitrage.⁴⁴⁵ Zudem stellte den Befürwortern zufolge die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft die richterliche Unabhängigkeit sicher. Der Grund dafür liege darin, dass das Gericht – falls die Staatsanwaltschaft nicht beschwerdelegitimiert ist – die alleinige Verantwortung tragen müsse, wenn eine zu Unrecht freigelassene Person einen Haftgrund (Art. 221 StPO) verwirklicht und deshalb «bei der Entscheidungsfindung in Zweifelsfällen in Richtung Haft» tendieren könnte.⁴⁴⁶ Zudem wurde damit argumentiert, dass ein gewichtiges öffentliches Interesse daran bestehe, dass Fehlentscheide auf Freilassung verhindert würden, welche durchaus vorkommen könnten und der Staatsanwaltschaft durch die Beschwerdelegitimation ohnehin lediglich beschränkte Einflussmöglichkeiten zukommen würden.⁴⁴⁷

Die Kritiker warfen dem BGer insb. die Missachtung des Gesetzeswortlauts vor, da die Staatsanwaltschaft in Art. 222 StPO nicht explizit als beschwerdebefugt aufgelistet werde und somit den Kritikern zufolge eine gesetzliche Grundlage fehle.⁴⁴⁸ Als weiterer grosser Kritikpunkt wurde die Unvereinbarkeit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung mit Art. 5 Ziff. 3 EMRK und Art. 31 Abs. 3 BV vorgebracht. Der Grund dafür liege darin, dass die Haftanordnung lediglich summarisch überprüft wurde und bei ebendieser Anordnung das Bestehen von Haftgründen nur glaubhaft gemacht wurde.⁴⁴⁹ Betreffend Art.

⁴⁴² BGE 138 IV 92 E. 3.4 S. 98; TOKAY-SAHIN, 1213; FORSTER, Haftrecht, 347; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 222, Rz. 9b. In begründeten Ausnahmefällen (z.B. an Wochenenden oder Feiertagen), konnte sich eine längere Fortdauer der strafprozessualen Haft ergeben. Um dies zu vermeiden, wurde vom BGer empfohlen, an Vortagen von arbeitsfreien Tagen Haftentlassungsentscheide nach Möglichkeit am Vormittag zu fällen. Dadurch konnte nämlich eine allfällige Beschwerde durch die Staatsanwaltschaft noch rechtzeitig eingereicht werden und folglich die Beschwerdeinstanz am gleichen Tag superprovisorisch über die Anordnung der strafprozessualen Haft entscheiden (BGE 138 IV 92 E. 3.4 S. 99; FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 222, Rz. 9b).

⁴⁴³ Zum Ganzen BGE 138 IV 92 E. 3.4 S. 98; TOKAY-SAHIN, 1213; FORSTER, Haftrecht, 347.

⁴⁴⁴ FORSTER, Haftrecht, 347–348 mit Verweis auf Art. 31 Abs. 4 BV resp. Art. 5 Abs. 2 StPO); FREI/ZUBERBÜHLER ELSÄSSER, in: SK-StPO, Art. 222, Rz. 9c.

⁴⁴⁵ FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 4 (Fn. 8.)

⁴⁴⁶ Zum Ganzen MICHEROLI/TAG, Rz. 37.

⁴⁴⁷ MICHEROLI/TAG, Rz. 19, 36.

⁴⁴⁸ BGer 1B_614/2022 E. 2.2; TOKAY-SAHIN, 1214; DONATSCH/HIESTAND, 13–14; NIGGLI, 47–48; FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 3.

⁴⁴⁹ Zum Ganzen TOKAY-SAHIN, 1216.

5 Ziff. 3 EMRK wurde zudem eingewendet, dass aufgrund der aufschiebenden Wirkung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft das Zwangsmassnahmengericht nicht mehr Haftrichter (i.S.v. Art. 5 Ziff. 3 EMRK) sein könne. Der Rechtsprechung des EGMR zufolge müsse dieser nämlich die zwingende Kompetenz aufweisen, eine Person auch aus der strafprozessualen Haft zu entlassen. Diese Anforderung könne aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung jedoch frühestens durch das Beschwerdegericht erfüllt werden.⁴⁵⁰ Auch wurde seitens der Kritiker die Ansicht vertreten, dass die vom BGer initiierte Praxis «vom Glauben an die Unfehlbarkeit der Staatsanwaltschaft und einem tiefen Misstrauen gegenüber der Institution des Zwangsmassnahmengerichts geprägt»⁴⁵¹ gewesen sei und in der Konsequenz dazu geführt habe, «dass die Institution des Zwangsmassnahmengerichts ihrer rechtsstaatlichen Funktion entleert wird»^{452, 453}.

Entgegen der Meinung des BGer wurde zudem vorgebracht, dass die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren keine Parteistellung, sondern ausschliesslich die Verfahrensleitung innehabe.⁴⁵⁴ Ausserdem wurde gegen das Argument der Grundprinzipien der Einheit des Verfahrens und der double instance eingewendet, dass die Ausnahme von der Notwendigkeit des zweistufigen Verfahrens (Art. 80 Abs. 2 Satz 3 BGG) vom BGer übersehen wurde. Fälle, bei denen das Zwangsmassnahmengericht nach der StPO als einzige kantonale Instanz zu entscheiden habe, seien vom Prinzip der double instance ausgeschlossen. Da der Staatsanwaltschaft gestützt auf Art. 222 StPO gegen Haftentscheide kein Beschwerderecht zustehe, bestehe eine Ausnahme von Art. 111 Abs. 1 und Art. 80 Abs. 1 und 2 Satz 1 und 2 BGG.⁴⁵⁵

4. Revision

4.1 Vorentwurf

Im VE-StPO wurde Art. 222 StPO in dem Sinne ergänzt, dass die Staatsanwaltschaft «Entscheide über die Nichtanordnung, die Nichtverlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten» konnte (Art. 222 Abs. 2 VE-StPO).

Somit wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung in den VE-StPO überführt und der parlamentarischen Initiative Jositsch Folge geleistet. Dem erläuternden Bericht zufolge wurde das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts insb. aufgrund des Vorschlags des BR, wonach der Grundsatz des doppelten Instanzenzuges vollständige Berücksichtigung in der StPO finden sollte, in den VE-StPO aufgenommen.⁴⁵⁶

⁴⁵⁰ Zum Ganzen RUCKSTUHL, Neuerungen im Haftrecht, 333.

⁴⁵¹ OBERHOLZER, Haftentlassung, 160.

⁴⁵² OBERHOLZER, Haftentlassung, 160.

⁴⁵³ OBERHOLZER, Haftentlassung, 160; TOKAY-SAHIN, 1216.

⁴⁵⁴ OBERHOLZER, Haftentlassung, 158–159.

⁴⁵⁵ Zum Ganzen TOKAY-SAHIN, 1214–1215.

⁴⁵⁶ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 14, 30; FORSTER, gemeingefährliches Haftrecht, Rz. 14.

Im Hinblick auf die im übergeordneten Recht bestehenden zeitlichen Vorgaben⁴⁵⁷ und das Beschleunigungsgebot (Art. 5 Abs. 2 StPO) wurde im VE-StPO in Art. 228a ein beschleunigtes Beschwerdeverfahren vorgeschlagen, welches ausschliesslich bei Beschwerden der Staatsanwaltschaft zum Einsatz kommen sollte. Dabei handelte es sich dem erläuternden Bericht zufolge nicht um einen gänzlich neuen Verfahrensablauf. Vielmehr weisen diese Ähnlichkeiten mit der bundesgerichtlichen Rechtsprechung⁴⁵⁸ auf.⁴⁵⁹

Gem. Art. 228a Abs. 1 VE-StPO hatte die Staatsanwaltschaft «die Beschwerde gegen einen Haftentscheid unverzüglich nach der Eröffnung des Entscheides schriftlich oder mündlich zu Protokoll dem Zwangsmassnahmengericht anzumelden», wobei in diesem Fall «die beschuldigte Person bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Haft» zu bleiben hatte. Sofern keine mündliche Verhandlung stattfand bzw. die Staatsanwaltschaft an dieser nicht teilnehmen sollte, musste gem. dem erläuternden Bericht sichergestellt werden, dass der Staatsanwaltschaft der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts raschmöglichst eröffnet wurde (bspw. mittels Vorab-Fax), damit die unverzügliche Anmeldung der Beschwerde beim Zwangsmassnahmengericht erfolgen konnte.⁴⁶⁰

Danach sollte die Staatsanwaltschaft «innert dreier Stunden seit der Eröffnung des Entscheides eine schriftlich begründete Beschwerde beim Zwangsmassnahmengericht zuhanden der Beschwerdeinstanz» einreichen (Abs. 2), wobei das Zwangsmassnahmengericht «die Beschwerde sowie die Begründung des Entscheides zusammen mit den Akten unverzüglich der Beschwerdeinstanz» zu übermitteln hatte (Abs. 3). Schliesslich wurde in Abs. 4 festgehalten, dass sich das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz sinngemäss nach den Art. 225 und 226 Abs. 1–5 VE-StPO zu richten hatte.⁴⁶¹

4.2 Vernehmlassung

Der erste Änderungsvorschlag (Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts) wurde von 18 Teilnehmenden befürwortet⁴⁶² und von 6

⁴⁵⁷ Gem. Art. 5 Ziff. 3 EMRK (Art. 31 Abs. 3 BV) hat die von Freiheitsentzug oder Festnahme betroffene Person unverzüglich einem Richter vorgeführt zu werden. Der Rechtsprechung des EGMR zufolge, hat die Vorführung der festgenommenen Person vor den Haftrichter grds. spätestens innerhalb von vier Tagen zu erfolgen, wobei es sich dabei um eine maximale Frist handelt. Indem die Staatsanwaltschaft gegen den erstmaligen Haftprüfungsentscheid beschwerdelegitimiert sein soll, stellt sich die Frage, ob die von der EMRK vorgegebene Frist schon mit der Vorführung oder erst mit dem Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts resp. der Beschwerdeinstanz als eingehalten gilt. Da gem. dem erläuternden Bericht, weder der Lehre noch der Rechtsprechung eine klare Antwort entnommen werden könne, sei diesem zufolge zur Wahrung der Frist der EMRK die physische Vorführung des Beschuldigten vor den Richter massgebend. (Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 31).

⁴⁵⁸ Diese bundesgerichtliche Rechtsprechung besteht aufgrund des Ergebnisses der Revision seit dem 10. Januar 2023 nicht mehr (vgl. Kap. 3).

⁴⁵⁹ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 14, 31.

⁴⁶⁰ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 32. Aufgrund fehlender klarer Präjudizien des EGMR, kann gem. dem erläuternden Bericht nicht abschliessend beurteilt werden, ob die durch die Beschwerde der Staatsanwaltschaft dem Zwangsmassnahmengericht verunmöglichte Haftentlassung mit Art. 5 Ziff. 3 EMRK (Art. 31 Abs. 3 BV) zu vereinbaren ist, wonach u.a. gefordert wird, dass das Haftgericht die Fähigkeit besitzen muss, die Person bei fehlenden Haftgründen freizulassen (Ber. Änderung Strafprozessordnung, 32).

⁴⁶¹ Zum Ganzen Ber. Änderung Strafprozessordnung, 32–33.

⁴⁶² Vernehmlassungsbericht, 12 mit Verweis auf Stellungnahmen AG, AI, AR, BS, FR, GR, NE, SG, SO, SZ, VD, BGer, KKJP, KKPKS, SKG, SVSP, UNIGE, UNINE.

Teilnehmenden explizit abgelehnt⁴⁶³. Letztere brachten insb. vor, dass die Regelung zu einer Schwächung der Stellung des Zwangsmassnahmengerichts führe, die Staatsanwaltschaft im Gegensatz zur inhaftierten Person an der Anfechtung des Haftentscheids kein rechtlich geschütztes Interesse aufweise und die Beschwerdelegitimation nicht mit dem übergeordneten Recht zu vereinbaren sei, wonach der Haftrichter für die Anordnung der Haftentlassung die absolute Kompetenz besitze.⁴⁶⁴

Die Bestimmung zum beschleunigten Verfahren wurde von 28 Teilnehmenden⁴⁶⁵ beanstandet und von 5 Teilnehmenden⁴⁶⁶ abgelehnt. Von 14 Teilnehmenden⁴⁶⁷ wurde vorgebracht, dass das vom BGer entwickelte Verfahren genüge und deshalb zu übernehmen sei. 6 Teilnehmende⁴⁶⁸ kritisierten, dass das beschleunigte Verfahren lediglich für die Staatsanwaltschaft gelten sollte, wobei drei ebendieser Teilnehmenden⁴⁶⁹ argumentierten, dass dies eine Rechtsungleichheit schaffe.⁴⁷⁰ Ausserdem wurde von einigen Teilnehmenden Kritik am einheitlichen beschleunigten Beschwerdeverfahren geübt, welches für alle von der Staatsanwaltschaft erhobenen Beschwerden zur Anwendung gelangen sollte. Dies sei aufgrund der Tatsache, dass sich die Vorgaben der BV und der EMRK für die Haftverlängerungs- resp. Haftentlassungsverfahren und das erstmalige Haftanordnungsverfahren unterscheiden, unpassend.⁴⁷¹ Abschliessend wichtig zu erwähnen ist, dass insb. der zweite und vierte Abs. kritisiert wurde. So wurde zum einen von 18 Teilnehmenden⁴⁷² festgehalten, dass sich die 3 Stunden-Frist als zu kurz erwiesen habe und deshalb auf 6 bzw. 12 Stunden verlängert werden solle (Abs. 2). Zum anderen wurde gegen die Bestimmungen, welche für das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz zur Anwendung gelangen sollten (Abs. 4 i.V.m. Art. 225 und 226) vorgebracht, dass es v.a. aus praktischen Gründen (z.B. fehlender Pikettdienst) kaum möglich sei, dass innert 48 Stunden seit Eingang der Beschwerde durch die Beschwerdeinstanz ein Entscheid gefällt werden könne und eine solch kurze Frist zudem zu Qualitätseinbussen führe.⁴⁷³

4.3 Entwurf

Angesichts des Vernehmlassungsergebnisses sollte gem. dem E-StPO, wie bereits im VE-StPO, die Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts ausdrücklich beschwerdelegitimiert sein (Art. 222 Abs. 2 E-StPO).⁴⁷⁴

⁴⁶³ Vernehmlassungsbericht, 13 mit Verweis auf Stellungnahmen TG, GLP, DJS, SAV, Strafverteidiger, UNIBE.

⁴⁶⁴ Zum Ganzen Vernehmlassungsbericht, 12–13.

⁴⁶⁵ Vernehmlassungsbericht, 13 mit Verweis auf Stellungnahmen AG, AI, AR, BE, BL, BS, FR, GE, GL, GR, LU, NE, NW, SG, SH, SO, SZ, TG, TI, VD, ZH, BA, KKJPD, ODA, OG SH, SKG, SSK, SVR.

⁴⁶⁶ Vernehmlassungsbericht, 13 mit Verweis auf Stellungnahmen BStrGer, DJS, SAV, Strafverteidiger, UNIBE.

⁴⁶⁷ Vernehmlassungsbericht, 13 mit Verweis auf Stellungnahmen AG, AI, AR, BL, BS, GE, GR, LU, SG, SZ, TG, ZH, BStrGer, KKJPD.

⁴⁶⁸ Vernehmlassungsbericht, 13 mit Verweis auf Stellungnahmen BL, FR, VD, DJS, SAV, Strafverteidiger.

⁴⁶⁹ DJS, SAV, Strafverteidiger (Vernehmlassungsbericht, 13).

⁴⁷⁰ Zum Ganzen Vernehmlassungsbericht, 13.

⁴⁷¹ Zum Ganzen Vernehmlassungsbericht, 13–14.

⁴⁷² Vernehmlassungsbericht, 14 mit Verweis auf Stellungnahmen BE, BL, BS, FR, GE, GR, NE, NW, SG, SH, SO, SZ, VD, BA, OG SH, SKG, SSK.

⁴⁷³ Zum Ganzen Vernehmlassungsbericht, 14.

⁴⁷⁴ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6744–6745.

Aufgrund der Tatsache, dass Art. 228a VE-StPO in der Vernehmlassung stark kritisiert wurde, hat der E-StPO weitgehend das Vorgehen, welches vom BGer festgelegt wurde, vorgeschlagen.⁴⁷⁵

Gem. Art. 226a E-StPO hat die Staatsanwaltschaft «die Beschwerde gegen einen Haftentscheid nach Artikel 226 unverzüglich nach der Eröffnung des Entscheides schriftlich oder mündlich zu Protokoll dem Zwangsmassnahmengericht» anzukündigen. Diesfalls muss die beschuldigte Person in Haft bleiben «bis die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz über deren Fortdauer entschieden hat» (Abs. 1). Danach soll die Staatsanwaltschaft «die schriftlich begründete Beschwerde innert sechs Stunden seit ihrer Ankündigung beim Zwangsmassnahmengericht zuhanden der Beschwerdeinstanz» einreichen. Sofern diese Frist nicht eingehalten wird, «entlässt das Zwangsmassnahmengericht die beschuldigte Person unverzüglich aus der Haft» (Abs. 2). Weiter muss das Zwangsmassnahmengericht «die Beschwerde sowie die Begründung des Entscheides zusammen mit den Akten unverzüglich der Beschwerdeinstanz» übermitteln (Abs. 3), wobei die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz «innert sechs Stunden seit Eingang der Beschwerde ohne vorgängige Anhörung der beschuldigten Person über die Fortdauer der Haft» entscheiden soll (Abs. 4). Schliesslich wird im E-StPO festgehalten, dass die Beschwerdeinstanz «ihren Entscheid innert 72 Stunden seit dem Eingang der Beschwerde» zu fällen (Abs. 5) und sich das Verfahren im Übrigen sinngemäss nach den Art. 225 und 226 Abs. 2–5 zu richten hat (Abs. 6).

Es ist ersichtlich, dass der E-StPO in mehreren Punkten vom VE-StPO abweicht bzw. Neuerungen einführt. Auffallend ist, dass die Bestimmung im E-StPO nicht mehr in Art. 228a sondern in Art. 226a geregelt wird. Dies erfolgte gem. dem BR «aus systematischen Gründen», da das beschleunigte Beschwerdeverfahren lediglich noch für Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts betreffend die erstmalige Haftanordnung (Art. 225 f. StPO) zur Anwendung gelangen sollte.⁴⁷⁶

Eine wichtige Konkretisierung erfolgte im ersten Abs., wonach die beschuldigte Person nicht «bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens» (VE-StPO) sondern «bis die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz über deren Fortdauer entschieden hat» (E-StPO) in Haft zu bleiben hat. Zudem wird im zweiten Abs. einerseits die Frist, innert der die Staatsanwaltschaft die Beschwerde beim Zwangsmassnahmengericht einzureichen hat, wie in der Vernehmlassung gefordert, um drei Stunden erweitert (Beschwerdeeinreichung innerhalb spätestens 6 Stunden) und andererseits eine Ergänzung vorgenommen, wonach bei Nichteinhaltung ebendieser Frist eine unverzügliche Haftentlassung der beschuldigten Person zu erfolgen hat.⁴⁷⁷ Gänzlich neu eingeführt werden hingegen zwei Abs. Damit wollte der BR zum einen festlegen, dass die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz den Entscheid bezüglich die Fortführung der Haft innerhalb von sechs Stunden seit Beschwerdeeingang zu fällen hat (Abs. 4) und zum

⁴⁷⁵ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6746.

⁴⁷⁶ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6746–6747. Damit wollte der BR der Kritik in der Vernehmlassung und somit dem Umstand Rechnung tragen, dass Entscheide der Beschwerdeinstanz bezüglich Haftentlassung (Art. 228 StPO) oder Haftverlängerung (Art. 227 StPO) nicht der gleichen Dringlichkeit unterstehen wie solche betreffend die erstmalige Haftanordnung (Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6746–6747).

⁴⁷⁷ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6748–6749.

anderen der definitive Haftentscheid von der Beschwerdeinstanz innerhalb von 72 Stunden seit Beschwerdeeingang zu ergehen hat (Abs. 5)^{478, 479}.

Wichtig anzumerken gilt, dass der BR in der Botschaft festhält, dass er die Frage, ob das vom BGer skizzierte Verfahren mit dem Völker- und Verfassungsrecht vereinbar sei, nicht endgültig beantworten könne.⁴⁸⁰

4.4 Ratsdiskussionen

4.4.1 Erste Beratung des NR

Die Mehrheit⁴⁸¹ in der RK NR beantragte dem NR, Art. 222 Abs. 2 E-StPO, Art. 226a E-StPO, Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO zu streichen, Art. 222 Abs. 1 StPO dadurch zu ergänzen, dass künftig «einzig die verhaftete Person» beschwerdelegitimiert sein soll und Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BGG zu ändern⁴⁸². Die Minderheit hingegen, sprach sich dafür aus, bei Art. 222 Abs. 2 E-StPO, Art. 226a E-StPO und Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO dem BR zuzustimmen und sowohl bei Art. 222 Abs. 1 StPO als auch bei Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BGG keine Änderung vorzunehmen.⁴⁸³

Befürworter des Mehrheitsantrags brachten in der Frühjahrsession vom 18. März 2021 insb. vor, dass die Beschwerdelegitimation zu einer insgesamt Verlängerung der Verfahren führe⁴⁸⁴, «systemwidrig» sei⁴⁸⁵ und die Staatsanwaltschaft von diesem Instrument bereits heute ohnehin fast nicht Gebrauch machen müsse, da die Untersuchungshaft von den Zwangsmassnahmengerichten in über 90 bzw. in einigen Kantonen in über 98 Prozent der Fälle bestätigt werde^{486, 487}. Befürworter der Anträge der Minderheit dagegen argumentierten, dass es zum Untersuchungsgrundsatz gehöre, dass die Staatsanwaltschaft eine unrechtmässig erfolgte Nichtanordnung strafprozessualer Haft anfechten könne⁴⁸⁸, eine fehlende Beschwerdelegitimation je nach Konstellation die Strafuntersuchung verunmögliche⁴⁸⁹ und die Mehrheit in der Vernehmlassung sich für die Beschwerdelegitimation ausgesprochen habe⁴⁹⁰.

In der Abstimmung setzte sich der Mehrheitsantrag mit 98 zu 89 Stimmen durch. Somit beschloss der NR, Art. 222 Abs. 2 E-StPO, Art. 226a E-StPO und Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO zu streichen, lediglich

⁴⁷⁸ Die 72-stündige Frist weiche zwar vom Vorgehen des BGer ab, bei welchem lediglich das Beschleunigungsgebot (Art. 5 Abs. 2 StPO) berücksichtigt werde, trage jedoch der Kritik in der Vernehmlassung Rechnung, wonach die 48-stündige Frist als zu kurz empfunden wurde (Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6749; vgl. Kap. 4.2).

⁴⁷⁹ Zum Ganzen Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6749.

⁴⁸⁰ Botschaft Änderung Strafprozessordnung, 6747; Ber. Änderung Strafprozessordnung, 31.

⁴⁸¹ Der Antrag setzte sich in der RK NR mit 13 zu 12 Stimmen durch (Votum Baptiste [NR], AB 2021 NR 612).

⁴⁸² «die Staatsanwaltschaft, ausser bei Entscheiden über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft» (AB 2021 NR 613).

⁴⁸³ Zum Ganzen AB 2021 NR 613.

⁴⁸⁴ Votum Bregy (NR), AB 2021 NR 609–610.

⁴⁸⁵ Votum Arslan (NR), AB 2021 NR 608.

⁴⁸⁶ Votum Baptiste (NR), AB 2021 NR 611–612.

⁴⁸⁷ Zudem wurde vorgebracht, dass die Beschwerdelegitimation gegen die EMRK verstosse (Votum Baptiste NR, AB 2021 NR 611–612 und Votum Walder NR, AB 2021 NR 610; Vgl. Kap. 3.3).

⁴⁸⁸ Votum Schwander (NR), AB 2021 NR 609.

⁴⁸⁹ Votum Markwalder (NR), AB 2021 NR 610.

⁴⁹⁰ Votum Keller-Sutter (NR), AB 2021 BR 610–611.

der verhafteten Person ein Beschwerderecht gegen Haftentscheide einzuräumen und die Staatsanwaltschaft von der Beschwerde in Strafsachen an das BGer auszuschliessen (Änderung von Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BGG).⁴⁹¹

4.4.2 Erste Beratung des SR

Die RK SR beantragte dem SR, bei Art. 222 Abs. 2 E-StPO, Art. 226a E-StPO, Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO dem Entwurf des BR zuzustimmen und Art. 222 Abs. 1 StPO und Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BGG unverändert zu belassen.⁴⁹²

In der Beratung vom 14. Dezember 2021 wurde der Antrag, welcher die Zustimmung zum bundesrätlichen Entwurf forderte, damit begründet, dass dadurch die heutige bundesgerichtliche Rechtsprechung klar geregelt werde, dieser EMRK-konform sei und es zudem nicht eindeutig sei, wie sich der Vorschlag des NR auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung auswirken werde.⁴⁹³

Der Antrag der RK SR wurde vom SR angenommen, was zur Folge hatte, dass er die vom NR beschlossenen Änderungen (Art. 222 Abs. 1 StPO und Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 3 BGG) ablehnte und bei Art. 222 Abs. 2 E-StPO, Art. 226a E-StPO und Art. 393 Abs. 1 Bst. c E-StPO dem Entwurf des BR zustimmte.⁴⁹⁴

4.4.3 Differenzbereinigung

In der Frühjahrsession vom 2. März 2022 beschloss der NR mit 100 zu 86 Stimmen, der Mehrheit zu folgen und somit an seinem Beschluss festzuhalten.⁴⁹⁵ Der SR hingegen, beschloss in der Sommersession vom 7. Juni 2022 – entgegen dem Antrag der Mehrheit⁴⁹⁶, wonach dem NR gefolgt werden sollte – mit 25 zu 19 Stimmen am Minderheitsantrag und somit an seinem Beschluss festzuhalten bzw. dem bundesrätlichen Entwurf zuzustimmen.⁴⁹⁷ Auch anlässlich seiner letzten Beratung vom 8. Juni 2022 änderte der NR seine Meinung nicht, weshalb sich mit 109 zu 79 Stimmen der Antrag der Mehrheit⁴⁹⁸ der RK NR (Festhalten am Beschluss des NR) durchsetzte.⁴⁹⁹ Im Gegensatz dazu, nahm der SR den Antrag der RK SR, welche einstimmig beschloss, «auf den Beschluss des NR einzuschwenken»⁵⁰⁰, an.⁵⁰¹ Begründet wurde dies einerseits damit, dass nicht ganz eindeutig sei, ob die Fassung des SR und des BR

⁴⁹¹ Zum Ganzen Abstimmung AB 2021 NR 613; MICHEROLI/TAG, Rz. 6–8.

⁴⁹² AB 2021 SR 1361–1362, 1370, 1372.

⁴⁹³ Votum Jositsch (SR), AB 2021 SR 1361–1362.

⁴⁹⁴ Abstimmung, AB 2021 SR 1361–1362, 1370, 1372; MICHEROLI/TAG, Rz. 9.

⁴⁹⁵ Abstimmung, AB 2022 NR 75.

⁴⁹⁶ Als Grund, dem Beschluss des NR zu folgen, wurde vorgebracht, dass das im E-StPO geregelte Beschwerdeverfahren zu einer Verletzung von Art. 5 EMRK führen könne (Protokoll RK SR 28.03.2022, 8; Votum Rieder [SR], AB 2022 SR 382). Der Beschluss des NR wurde jedoch sehr knapp, mit 7 zu 6 Stimmen unterstützt (Protokoll RK SR 28.03.2022, 9; Votum Jositsch [SR], AB 2022 SR 381).

⁴⁹⁷ Abstimmung, AB 2022 SR 381–384.

⁴⁹⁸ Der Antrag setzte sich mit 14 zu 9 Stimmen durch (Protokoll RK NR 08.06.2022, 3).

⁴⁹⁹ Abstimmung, AB 2022 NR 997–998.

⁵⁰⁰ Votum Jositsch (SR), AB 2022 SR 497.

⁵⁰¹ AB 2022 SR 497–498; Protokoll RK SR 09.06.2022, 3; Votum Jositsch (SR), AB 2022 SR 497.

EMRK-konform sei und andererseits die Haftbeschwerde von der Staatsanwaltschaft in der Praxis selten zur Anwendung gelange^{502, 503}.

4.4.4 Schlussabstimmung

In der Schlussabstimmung vom 17. Juni 2022 wurde der Entwurf vom NR und SR angenommen. Folglich wird die Staatsanwaltschaft bei Entscheiden über die Anordnung, die Verlängerung und Aufhebung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft sowohl zur Anfechtung bei der Beschwerdeinstanz als auch von der Beschwerde in Strafsachen explizit ausgeschlossen.⁵⁰⁴

5. Vergleich des neu formulierten Gesetzestexts mit dem (noch) geltenden Gesetzestext und der dazugehörigen bundesgerichtlichen Rechtsprechung

Art. 222 nStPO lautet wie folgt:

«Einzig die verhaftete Person kann Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Vorbehalten bleibt Art. 233».

Der künftig in Kraft tretende Gesetzestext, welcher von der RK NR vorgeschlagen wurde und im Parlament höchst umstritten⁵⁰⁵ war, schliesst die Staatsanwaltschaft im Gegensatz zum noch geltenden Gesetzestext («die verhaftete Person kann») nun explizit von der Beschwerdelegitimation aus. Dies veranlasste das BGer – wie bereits in Kap. 3 erwähnt – im Januar dieses Jahres (also noch vor Inkrafttreten der geänderten Bestimmung) dazu, seine langjährige Rechtsprechung abzuschaffen.

Trotz des Umstands, dass die Beschwerde in der Vergangenheit von der Staatsanwaltschaft selten erhoben wurde⁵⁰⁶, wird sich in der Praxis zeigen, ob bzw. welche Risiken die äusserst knappe Parlamentsmehrheit⁵⁰⁷ für die Bürger mit sich bringen wird⁵⁰⁸. Eine mögliche Folge könnte jedoch auch sein, dass Zwangsmassnahmengерichte bereits bei geringsten Zweifeln dazu tendieren werden, die beschuldigte Person – statt freizulassen – in strafprozessualer Haft zu behalten, da sie nicht die alleinige

⁵⁰² Im Jahr 2017 führte die Staatsanwaltschaft im Kanton ZH zwei bzw. im Jahr 2018 fünf Beschwerden und im Kanton BS erhob die Staatsanwaltschaft im Jahr 2017 eine bzw. im Jahr 2018 keine Beschwerde (Protokoll RK SR 28.03.2022, 9; Votum Fässler [SR], AB 2022 SR 382).

⁵⁰³ Votum Jositsch (SR), AB 2022 SR 497; BGer 1B_614/2022 E. 2.3.

⁵⁰⁴ NR Schlussabstimmung; SR Schlussabstimmung; Referendumsvorlage StPO.

⁵⁰⁵ FORSTER zufolge handelte es sich um ein «heftiges kriminalpolitisches Tauziehen im Parlament» (FORSTER Strafrecht).

⁵⁰⁶ Vgl. Kap. 4.4.3.

⁵⁰⁷ Vgl. die knappen Ergebnisse sowohl in der RK NR (13 zu 12 Stimmen) als auch im NR (98 zu 89 Stimmen); (FORSTER Strafrecht).

⁵⁰⁸ FORSTER Strafrecht; Die Gesetzesänderung wird vom Solothurner Oberstaatsanwalt als «unverständlich» bezeichnet. Die durch eine Haftentlassung möglicherweise gefährdeten Personen seien darauf angewiesen, dass die Staatsanwaltschaft deren Interessen effektiv einfließen lassen könne, da ihnen zur Einflussnahme regelmässig keine Möglichkeit zustehe (STAATSANWALTSCHAFT SO, 5).

Verantwortung für die allfälligen gravierenden Folgen eines Fehlentscheids für die öffentliche Sicherheit tragen wollen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁹ Votum Lüscher (NR), AB 2022 NR 69–70, 993; Vgl. dazu auch Kap. 3.3.

V. Fazit

Im Rahmen der Untersuchung wurde ersichtlich, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung teilweise erheblich vom Gesetzeswortlaut abweicht bzw. u.U. eine Praxis handhabt, welche nicht mit diesem zu vereinbaren ist. Durch die Revision wurde beabsichtigt, diese Diskrepanzen durch die Kodifizierung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu bereinigen.

Beim Haftgrund der Wiederholungsgefahr, muss gem. dem geltenden Gesetzestext nebst dem Vorliegen eines dringenden Tatverdachts bezüglich eines Verbrechens oder Vergehens, ernsthaft befürchtet werden, dass die beschuldigte Person die Sicherheit anderer durch schwere Verbrechen oder Vergehen erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat. Insb. das Vortatenerfordernis und der Passus «schwere Verbrechen oder Vergehen» wurden durch die bundesgerichtliche Rechtsprechung modifiziert. Demnach hat das BGer entschieden, dass bei untragbar hohen Risiken ausnahmsweise auf das Vortatenerfordernis verzichtet werden könne, da es nicht in der Absicht des Gesetzgebers gelegen habe, potenzielle Opfer weiterer Gewaltdelikte derartigen Risiken auszusetzen. Damit hat es den in einigen kantonalen StPO früher noch geregelten Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr «erneut» – jedoch ohne gesetzliche Grundlage – eingeführt. Zudem hat das BGer die Voraussetzung des schweren Verbrechens oder Vergehens i.S. der französischen Fassung ausgelegt, weshalb es seither für eine Inhaftierung aufgrund Wiederholungsgefahr sämtliche Verbrechen, jedoch nur schwere Vergehen berücksichtigt.

Durch die Revision wurde im VE-StPO zunächst beabsichtigt, den genannten Passus i.S. der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (d.h. gem. französischem Gesetzeswortlaut) zu statuieren und das Vortatenerfordernis auf eine Tat, welche zudem nicht mehr gleichartig sein musste, zu reduzieren. Damit wurde eine Annäherung an die bundesgerichtliche Rechtsprechung beabsichtigt. Anschliessend wurden im E-StPO jedoch erneut mind. zwei gleichartige Vortaten verlangt, basierend auf den Vernehmlassungsergebnissen der Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr eingeführt und zudem beschlossen, den Gesetzestext durch das Unmittelbarkeitserfordernis zu ergänzen. Mit letzterem sollte verdeutlicht werden, dass die schweren Delikte in naher Zukunft drohen und aufgrund dessen die strafprozessuale Haft dringlich ist. In den darauffolgenden Kommissionssitzungen wurde das Unmittelbarkeitserfordernis kontrovers diskutiert, da keine Einigkeit darüber bestand, ob dieses Kriterium der bundesgerichtlichen Rechtsprechung entspreche oder zu einer Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen führe. Schlussendlich vertraten beide Räte die Ansicht, dass das Unmittelbarkeitserfordernis erforderlich sei.

Durch die Platzierung des Adjektivs «schwere» vor den Begriff «Vergehen», wurde die bundesgerichtliche Rechtsprechung ins Gesetz überführt. Auch der Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr, den das BGer seit rund 12 Jahren basierend auf dem Haftgrund der Wiederholungsgefahr praktiziert, wurde sinngemäss durch die Schaffung eines neuen Haftgrunds im Gesetz verankert. In der Botschaft des BR wird ausdrücklich erwähnt, dass bei der einfachen Wiederholungsgefahr zwei rechtskräftig beurteilte Vortaten erforderlich sind. Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob das BGer seine

Rechtsprechung wie bisher weiterführen wird, wonach es auch nicht rechtskräftig beurteilte Vortaten als genügend erachtet und u.U. auf das Vortatenerfordernis verzichtet. Da durch die Revision ein neuer Haftgrund geschaffen wurde, welcher keine Vortaten verlangt, kann m.E. davon ausgegangen werden, dass das BGer seine Rechtsprechung, bei der es bei untragbar hohen Risiken auf das Vortatenerfordernis verzichtet, abschaffen wird. Ob es sich jedoch dem Willen des BR anschliessen und demnach einzig rechtskräftig beurteilte Vortaten berücksichtigen wird, kann zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht gesagt werden. Sofern es seine Rechtsprechung abschaffen würde, hätte dies eine Verschärfung der Anordnungsvoraussetzungen der einfachen Wiederholungsgefahr zur Folge. Das neu eingeführte Unmittelbarkeitserfordernis, welches verdeutlichen sollte, dass die Gefahr in Naher Zukunft zu drohen hat, stellt mMn. keine grundlegende Neuerung, sondern lediglich eine Konkretisierung dar. Das BGer verdeutlicht bereits in seiner geltenden Rechtsprechung, dass die rein hypothetische Möglichkeit der Verübung weiterer Straftaten für die Bejahung des Haftgrunds nicht genügt. Trotzdem aber, kann zurzeit noch nicht gesagt werden, ob das BGer seine Praxis allenfalls doch noch restriktiver ausgestalten wird.

Der in der Lehre höchst umstrittene Haftgrund der Ausführungsgefahr, der sowohl mit als auch ohne Konnex zu einer laufenden Strafuntersuchung angeordnet werden kann, gelangt gem. geltendem Gesetztext dann zur Anwendung, wenn ernsthaft befürchtet wird, dass eine Person ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahr machen wird. Dem BGer zufolge kann die erforderliche Drohung sowohl ausdrücklich als auch konkludent erfolgen. Dieser Haftgrund erfuhr im VE-StPO noch keine Änderung, sondern wurde erst im E-StPO durch das Unmittelbarkeitserfordernis ergänzt. Auch bei diesem Haftgrund wird durch den zusätzlichen Begriff höchstwahrscheinlich keine erhebliche Änderung eintreten, da das BGer auch hier festgelegt hat, dass die rein hypothetische Möglichkeit, dass Delikte verübt werden, für dessen Anordnung nicht ausreicht. Wie beim Haftgrund der einfachen Wiederholungsgefahr, muss hier ebenfalls angemerkt werden, dass abgewartet werden muss, wie das BGer den Begriff in Zukunft auslegen wird.

Die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft gegen Haftentscheide des Zwangsmassnahmengerichts wurde im Jahr 2011 – trotz des Umstands, dass die Staatsanwaltschaft in Art. 222 StPO nicht erwähnt wird – durch das BGer eingeführt und bis im Januar 2023 praktiziert. Im Rahmen der Revision wurde sowohl im VE-StPO als auch im E-StPO die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft explizit verankert und zudem das dazugehörige beschleunigte Verfahren geregelt. In der ersten Beratung des NR, wurde jedoch von der knappen Mehrheit (13 zu 12 Stimmen) der RK NR beantragt, die im E-StPO vorgesehenen Bestimmungen zu streichen, einzig die beschuldigte Person in Art. 222 Abs. 1 StPO als beschwerdeberechtigt zu erwähnen und die Staatsanwaltschaft zudem von der Beschwerde in Strafsachen vor dem BGer auszuschliessen. Diesem Mehrheitsantrag stimmte der NR mit 98 zu 89 Stimmen zu. Der SR hingegen, setzte sich für die Verankerung der Beschwerdelegitimation ein. Auch in den darauffolgenden Beratungen blieben beide Räte ihrer Linie treu. Erst in seiner letzten Beratung nahm der SR einen Kurswechsel vor und stimmte dem Beschluss seiner RK, wonach dem NR gefolgt werden sollte, zu. Als Begründung für seinen Kurswechsel führte der SR die allfällige Unvereinbarkeit der

Regelung im E-StPO mit der EMRK und die geringe praktische Relevanz der Haftbeschwere der Staatsanwaltschaft an.

Obwohl durch die Revision beabsichtigt wurde, die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft explizit im Gesetz zu verankern und entsprechende Regelungen sowohl im VE-StPO als auch E-StPO vorgesehen wurden, setzte sich schlussendlich der Antrag des NR – mit jeweils sehr knappen Stimmen – durch, wonach künftig nur noch die beschuldigte Person beschwerdeberechtigt ist und der Staatsanwaltschaft zudem kein Beschwerderecht in Strafsachen vor BGer mehr zukommen soll. Die beabsichtigte gesetzliche Verankerung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung scheiterte somit im Rahmen der letzten Beratung des SR. Es wird sich in Zukunft zeigen, welche Auswirkungen die Abschaffung dieses Instruments haben wird und ob es dadurch allenfalls zu einer Bedrohung der richterlichen Unabhängigkeit kommen wird.

Es kann somit festgehalten werden, dass – abgesehen von der Abschaffung der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft – bei beiden Haftgründen durch die Revision voraussichtlich keine neue Rechtslage entstehen wird, sondern «lediglich» die bundesgerichtliche Rechtsprechung kodifiziert wurde. Es ist aber anzumerken, dass zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorausgesehen werden kann, wie sich die bundesgerichtliche Rechtsprechung durch die Revision verändern wird und ob sich das BGer allenfalls dazu entscheidet, seine Praxis doch noch zu ändern.

Anhang

Gegenüberstellung der geltenden und der voraussichtlich am 1. Januar 2024 in Kraft tretenden Bestimmungen

Art. 221 Voraussetzungen

¹ Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie:

- a. sich durch Flucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entzieht;
- b. Personen beeinflusst oder auf Beweismittel einwirkt, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen; oder
- c. durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat.

² Haft ist auch zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen.

Art. 221 Abs. 1 Bst. c, 1^{bis} und 2

¹ Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist und ernsthaft zu befürchten ist, dass sie:

- c. durch Verbrechen oder schwere Vergehen die Sicherheit anderer unmittelbar erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat.

^{1bis} Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind ausnahmsweise zulässig, wenn:

- a. die beschuldigte Person dringend verdächtig ist, durch ein Verbrechen oder ein schweres Vergehen die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer Person schwer beeinträchtigt zu haben; und
- b. die ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht, die beschuldigte Person werde ein gleichartiges, schweres Verbrechen verüben.

² Haft ist auch zulässig, wenn die ernsthafte und unmittelbare Gefahr besteht, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen.

Art. 222⁷² Rechtsmittel

Die verhaftete Person kann Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Vorbehalten bleibt Artikel 233.

Art. 222 Rechtsmittel

Einzig die verhaftete Person kann Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Vorbehalten bleibt Artikel 233.

Verwendete Hilfsmittel und Danksagung

Im Rahmen der vorliegenden Arbeit wurden von DeepL Gebrauch gemacht, um die zahlreichen französischen und italienischen Urteile sowie die Kommissionsprotokolle zu übersetzen. Ausserdem haben Familie und Freunde die ganze Arbeit auf Rechtschreibfehler untersucht, wofür ich mich hiermit ganz herzlich bedanken möchte. Besonderen Dank möchte ich ausserdem meinem Referenten Prof. Dr. Marc Forster sowie seiner Korreferentin Prof. Dr. Nora Markwalder für die Unterstützung bedanken. Besonderen Dank gebührt auch dem Parlamentsdienst für das Zustellen der Kommissionprotokolle.

Eigenständigkeitserklärung

"Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit eigenständig verfasst habe,
- dass ich die Arbeit nur unter Verwendung der im Verzeichnis angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass alle mit Hilfsmitteln erbrachten Teile der Arbeit präzise deklariert wurden;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass ich sämtliche immateriellen Rechte an von mir allfällig verwendeten Materialien wie Bilder oder Grafiken erworben habe oder dass diese Materialien von mir selbst erstellt wurden;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oderurses waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit der Referentin oder dem Referenten im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich mir über die rechtlichen Bestimmungen zur Publikation und Weitergabe von Teilen oder der ganzen Arbeit bewusst bin und ich diese entsprechend einhalte;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate und auf Drittautorschaft menschlichen oder technischen Ursprungs überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St. Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können.“

Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.

Datum und Unterschrift

21. August 2023



Vera Costantini