

MARC FORSTER
Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt
Schweizerisches Bundesgericht
CH-1000 Lausanne 14

Tel.: +41 21 318 91 51
E-Mail: marc.forster@bger.ch
www.marc-forster-strafrecht.com

Gutachten zur Masterarbeit von Frau Vera Costantini

I. Thematik, Kurzbeurteilung und Notenantrag

Die Bearbeiterin vergleicht die bisherigen **strafprozessualen Haftgründe** (Art. 221 StPO, 2011) und die darauf gestützte **Bundesgerichtspraxis** mit den (2022) **revidierten** Haftgründen.¹ Dabei untersucht sie die praktisch wichtige Frage, inwiefern der Gesetzgeber die *bisherige* Rechtsprechung lediglich *normativ abgebildet* hat bzw. ob sich aufgrund der neuen Normen und Gesetzesmaterialien *Praxisänderungen* aufdrängen. In einem zweiten thematischen Schwerpunkt (S. 44-55) wird noch analysiert, wie mit einem umstrittenen (und sehr knappen) parlamentarischen Mehrheitsentscheid die **Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft** in Haftsachen abgeschafft wurde.

Es handelt sich um eine *hochaktuelle, inhaltlich sorgfältige*, konsequent aufgebaute und auch *formal saubere* Masterarbeit, die die **Note 5.5** verdient.

III. Arbeitstechnik

Die **wissenschaftliche Arbeitsmethodik** erfüllt die *leges artis*.² Die *Literaturauswahl*, die ausführlich konsultierte *Bundesgerichtspraxis* (S. VIII-X) sowie die recherchierten *Gesetzesmaterialien* (S. XI-XIII) sind fokussiert und sehr aktuell.³ *Französische* Literatur, etwa

- ¹ Diese werden auf den 1. Januar 2024 in Kraft gesetzt. Da nur die *Wiederholungsgefahr*, inkl. *qualifizierte* Wiederholungsgefahr, und die *Ausführungsgefahr* revidiert wurden, nicht aber die Flucht- und die Kollisionsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. a und lit. b StPO), konzentriert sich die vorliegende Untersuchung auf die erstgenannten besonderen Haftgründe. Die Revision von Art. 231 Abs. 2 StPO konnte aus Platzgründen nicht mehr mitberücksichtigt werden.
- ² Es finden sich nur kleinere Schönheitsfehler. Bei Publikationen auf Jusletter (JOSITSCH/RÖTHLISBERGER) ist jeweils das *Datum* (5.6.2023) anzugeben. Der Tages-Anzeiger-Artikel wird nur mit Datum zitiert (ohne Seitenzahl, Autor/-in oder evtl. Internetadresse). Der auf S. VIII (unten) unter "nicht amtlich publiziert" aufgelistete *Leitentscheid* 1B_614/2022 zur (dahingefallenen) *Beschwerdelegitimation* der StA bei Haftfällen wurde unterdessen *amtlich publiziert* (BGE 149 IV 135); schon im Zeitpunkt der Abgabe der Arbeit war er zur amtl. Publ. *bestimmt*. Dass der (einzige) journalistische Artikel und der Geschäftsbericht 2022 der StA/SO im (wissenschaftlichen) Literaturverzeichnis miterwähnt werden, ist hier vertretbar. Die *Titelhierarchie* ist nicht ganz konsequent (auf Kap. III folgt Kap. "V").
- ³ Teilweise wurde sogar noch im *Sommer 2023* erschienene Literatur mitberücksichtigt (JOSITSCH/RÖTHLIS-

der Basler Commentaire Romand CPP (2.A. 2019), wurde leider nicht konsultiert. *Sprachlich* liest sich die Arbeit angenehm flüssig; die Schreibfehlerquote ist äusserst tief.⁴

III. Inhaltliche Bemerkungen

Bei der **einleitenden Übersicht** über die StPO-Revision (**Kap. I**) wäre noch zu ergänzen, dass ein Teil der Reform des Haftrechts, nämlich die *Sicherheitshaft* im *nachträglichen gerichtlichen Massnahmenverfahren*, vorgezogen wurde und schon am 1. März 2021 in Kraft trat (Art. 364a und Art. 364b StPO).

Die Analyse der Lehre und Praxis zu den Haftgründen der **Wiederholungs- und Ausführungsgefahr de lege lata** (2011) (**Kap. II/2-4**) fällt äusserst *sorgfältig, konzise und reichhaltig* aus. Die Bearbeiterin konzentriert sich auf die *Streitpunkte* der Gesetzesauslegung und fasst die verschiedenen Argumentationsstränge in der Doktrin übersichtlich zusammen.⁵ Dabei begründet sie teilweise – schon in diesem dogmatisch-deskriptiven Untersuchungsteil – auch eigene Positionen zu einzelnen umstrittenen Themen.⁶

So schält die Bearbeiterin etwa beim Wiederholungsgefahr-Erfordernis gleichartiger **Vortaten** die Unterschiede zwischen *abgeurteilten* Straftaten, *untersuchten* Delikten und zu *befürchtenden neuen* Verbrechen oder schweren Vergehen heraus (S. 10). Gestützt auf die Analyse der Bundesgerichtspraxis (2011-23) unterscheidet sie **drei Kategorien**, nämlich **1)** Fälle mit mindestens zwei *rechtskräftig beurteilten* Vortaten; **2)** Fälle bei denen (neben bereits rechtskräftig beurteilten Delikten) ausnahmsweise auch *erst untersuchte Delikte* als Vortaten in Frage kommen können; und **3)** den ausnahmsweisen *Vortatenverzicht* (im Sinne einer qualifizierten Wiederholungsgefahr) (vgl. S. 11 f.).

Nach der Analyse der bisherigen Rechtslage durchleuchtet die Bearbeiterin in **Kap. II/5**

BERGER; JOSITSCH/SCHMID, Handbuch, 4.A.). Nicht erwähnt wird JOSITSCH/SCHMID, Praxiskommentar, 4.A. (wohl aber SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar 3.A.).

4 z.B. "Geschäftsbericht" (S. VI).

5 Insbesondere Wiederholungsgefahr/«*schwere Verbrechen oder Vergehen*» (S. 6-10), *Vortatenerfordernis* (S. 10-15), *Sicherheitsgefährdung* (S. 15-19), *Rückfallprognose* (S. 19-21); *Ausführungsgefahr/drohendes schweres Verbrechen* (S. 23 f.), *ernsthafte Befürchtung der Umsetzung* der Androhung (S. 24-26).

6 z.B. S. 11, S. 15 oben. Gelegentlich hätte es sich auch angeboten, die Einwände der "kritischen Lehre" gegenüber der Bundesgerichtspraxis etwas zu hinterfragen (vgl. S. 24, Tötungsversuch als konkludente Androhung mit ernsthafte Ausführungsgefahr; S. 25, bei drohenden Schwerstverbrechen falle die Risikoeinschätzung zulasten der inhaftierte Person zu Unrecht strenger aus).

die erfolgte **Revision** der **Haftgründe** (2022).

Die Bearbeiterin schildert minutiös den **Gesetzgebungsprozess** vom VE StPO (2017) bzw. E StPO (2019) über das Vernehmlassungsverfahren und die parlamentarischen Beratungen bis hin zur Schlussabstimmung (Juni 2022). Dabei erwähnt sie namentlich den *Fehler* des Bundesamtes für Justiz bei der Definition des bereits von der Expertengruppe befürworteten Haftgrundes der *qualifizierten Wiederholungsgefahr* (S. 26 f.), die im Vernehmlassungsverfahren (u.a von der Zürcher Justizdirektion) vorgebrachte zutreffende Auffassung, dass der Haftgrund der *Ausführungsgefahr* (AusfGef) die Fälle der qualifizierten Wiederholungsgefahr (qualWGef) *nicht* hätte "abdecken" können,⁷ dass der *Bundesrat* (E StPO 2019 und Botschaft) bei der einfachen Wiederholungsgefahr (einfWGef) zwar am *bisherigen Gesetzeswortlaut* zum *Vortatenerfordernis* festhält, diesen aber *in Abweichung zur Bundesgerichtspraxis anders auslegen*⁸ möchte (!), oder dass der E StPO (2019) vorschlug, den Haftgrund der *qualWGef ausdrücklich* ins Gesetz aufzunehmen und bei den Haftgründen der einfWGef und der AusfGef den bisherigen Gesetzestext zu *ergänzen* (sog. "Unmittelbarkeitserfordernis").⁹

Die Analyse der Protokolle der **parlamentarischen Beratungen** ergibt, dass das "Unmittelbarkeitserfordernis" bei der *einfWGef* in der *ersten* Beratung des NR noch *abgelehnt* worden war und erst auf Antrag des StR im revidierten Gesetzestext Eingang fand (S. 33-35). Dabei dürfte die vor dem Parlament ausdrücklich vertretene Meinung des Bundesrates (vertreten durch Justizministerin Keller-Sutter) von Bedeutung gewesen sein, dass es sich beim Unmittelbarkeitserfordernis um "etwas Selbstverständliches" handle und eine Verschärfung der bisherigen Haftvoraussetzungen "damit nicht einher" gehe.¹⁰

Als weiterer (aus Sicht der Justizpraxis) *besonders wertvoller* Untersuchungsschritt folgt in

7 S. 29. Zu ergänzen wäre hier, dass sich die AusfGef nach dem klaren (bisherigen und revidierten) Gesetzestext gegen eine *konkret bedrohte Person* richten muss, während Fälle der qualWGef auch noch einen *völlig unbestimmten Opferkreis* abdecken muss (vgl. z.B. den "Autobahnraststättenfall", BGE 137 IV 13).

8 S. 30: "verübt" bedeute nach der Auslegung des Bundesrates zwingend "rechtskräftig beurteilt".

9 Vgl. S. 30-32. Laut Botschaft zum E StPO (2019) soll das Unmittelbarkeitserfordernis verdeutlichen, "dass die von der beschuldigten Person ausgehende Bedrohung akut sein muss, die schweren Straftaten in naher Zukunft drohen und deshalb die Haft mit grosser Dringlichkeit angeordnet werden muss" (Botschaft, S. 6743).

10 S. 33, mit Hinweis auf das betreffende Votum der Justizministerin. Damit bestätigte der Bundesrat auch die in der *RK-NR* mehrheitlich vertretene Auffassung, wonach das vom Bundesrat im E StPO (2019) erstmals vorgeschlagene Unmittelbarkeitserfordernis *bereits der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtes entsprochen* hatte (vgl. S. 32).

Kap. II/6 ein normativer **Vergleich** zwischen den **neuen** gesetzlichen **Haftgründen** und der **altrechtlichen Praxis** des Bundesgerichtes. Die Bearbeiterin geht aufgrund der *Materialien* und der revidierten *Gesetzesnormen* der wichtigen Frage nach, in welchen Bereichen der Gesetzgeber die *bisherige* Rechtsprechung lediglich normativ **nachvollzieht** bzw. wo (aufgrund der neuen Bestimmungen und der Gesetzesmaterialien) **Praxisänderungen** zu erwarten sind.

Die Bearbeiterin kommt bei der **einfWGef** (nAbs. 1 lit. c) mit überzeugenden Begründungen (gestützt auf die sorgfältige Analyse der Materialien und der Bundesgerichtspraxis) zu den Ergebnissen, dass die Massgeblichkeit von *drohenden Verbrechen oder schweren Vergehen* die **bisherige Bundesgerichtspraxis rezipiert**, dass sich beim *Vortatenerfordernis* gesetzlich *nichts geändert* hat¹¹ und dass auch das neu im Gesetz genannte **Unmittelbarkeitserfordernis** bei der (erheblichen) *Sicherheitsgefährdung* kaum zu einer wesentlichen Praxisänderung führen wird (S. 35-38). Soweit in diesem Zusammenhang auch noch geprüft wird, ob das neue Recht an der bisherigen bundesgerichtlichen Praxis etwas ändern könnte, wonach bei der **Prognosestellung** für neue Delikte ("ernsthaft zu befürchten", Abs. 1 Ingress) *weniger hohe Anforderungen* zu verlangen sind, *je schwerer* die zu befürchtenden Verbrechen bzw. schweren Vergehen erscheinen, wäre noch präziser zwischen der (neuen) gesetzlichen *Definition* der (erheblichen und unmittelbaren) *Sicherheitsgefährdung* und der Frage der richterlichen *Prognosestellung* zu differenzieren gewesen (vgl. S. 36 f.).¹²

11 Zutreffend weist die Bearbeiterin darauf hin, dass die in der bundesrätlichen Botschaft vertretene Ansicht, der gesetzliche Ausdruck "verübt" verlange mindestens *zwei rechtskräftig beurteilte Delikte, der geltenden Praxis des BGer* zum (unverändert gebliebenen) Gesetzestext *widerspricht*. Zudem findet sie, dass es nach (wohl zutreffender) Ansicht von JOSITSCH/RÖTHLISBERGER fraglich erscheint, "ob das BGer den Willen der Botschaft akzeptieren wird" (S. 38). Noch skeptischer bzw. deutlicher drücken sich Autor/-innen aus, die dem Bundesrat diesbezüglich eine *Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips* zur Last legen und die betreffende Ansicht in der Botschaft als schlechterdings "unbeachtlich" bezeichnen (vgl. z.B. MICHEROLI/TAG, Rz. 90 f.; dazu auch BSK/StPO-FORSTER, 3.A. 2023, Art. 221 N. 15). Zu präzisieren wäre auch, dass das BGer bei der *einfWGef* nie vom Erfordernis *zumindest einer* rechtskräftigen Verurteilung "abgesehen" hat (insoweit unklar MA S. 38).

12 In der Lehre und in den Materialien erfolgen regelmässig unzulässige *Kurzschlüsse* zwischen der Frage, ob ein drohendes Delikt *unmittelbar sicherheitsrelevant* ist, und der Frage, ob ein solche Delikt im Lichte einer *Prognosestellung ernsthaft zu befürchten* ist: Die drohenden Delikte müssen laut Abs. 1 lit. c unmittelbar (und erheblich) *sicherheitsrelevant* sein. Das ist ein *normativer* Aspekt. Unmittelbar sicherheitsgefährdend sind z.B. *Sexualdelikte* oder schwere *Gewaltdelikte*. Das Gesetz verlangt aber in *Abs. 1 Ingress* darüber hinaus noch, dass die neu drohenden sicherheitsgefährdenden Delikte "*ernsthaft zu befürchten*" sind (Abs. 1 Ingress). Diese richterliche *Prognosestellung* für das Verüben (unmittelbar) sicherheitsgefährdender Delikte ist eine *andere* Frage. Bei drohenden *Schwerverbrechen* lässt die BGer-Praxis eine *weniger hohe Wahrscheinlichkeit* genügen als bei weniger schweren Delikten. Das betreffende Kriterium ("ernsthaft zu befürchten") hat der Gesetzgeber unverändert gelassen, weshalb auch hier keine Praxisän-

Der *neu gesetzlich geregelte* selbstständige Haftgrund der **qualWGef** (ohne Vortatenerfordernis) verlangt "die **ernsthafte und unmittelbare Gefahr**" der Verübung eines (neuen gleichartigen) schweren Verbrechens (nAbs. 1bis lit. b). Gestützt auf einen Teil der Lehre führt die Bearbeiterin aus, das Gefahrenerfordernis sei "gleich wie beim Haftgrund der einfWGef" (S. 40). Die genannten Autoren übersehen allerdings, dass bei der einfWGef der massgebliche *Gesetzeswortlaut* (hinsichtlich der Intensität der drohenden Gefahr bzw. der Prognosestellung) deutlich von Absatz 1bis lit. b ("*ernsthafte und unmittelbare Gefahr*") *abweicht*. Die einfWGef verlangt lediglich die "*ernsthafte Befürchtung*" neuer Verbrechen oder schwerer Vergehen (Abs. 1 Ingress i.V.m. Abs. 1 lit. c).¹³ *Zutreffend* ist, dass das BGer bei der **Prognosestellung** bzw. beim Massstab für die *Intensität* der (ernsthaft und unmittelbar) drohenden Gefahr auch bei der qualWGef (wie schon bei der einfWGef) grundsätzlich die *Schwere* der drohenden Delikte mitzubersichtigen hat (sog. "umgekehrte Proportionalität").¹⁴

Zu beachten ist auch, dass die **Anlasstat** kein Schwerverbrechen sein muss: Unter den einschränkenden Voraussetzungen von nAbs. 1bis lit. a kommt auch der dringende Tatverdacht eines "*Verbrechens oder schweren Vergehens*" in Frage. Sorgfältig und überzeugend begründet die Bearbeiterin ihre Ansicht, dass auch der gesetzliche Haftgrund der *qualWGef* (nAbs. 1bis) im Wesentlichen die **bisherige BGer-Praxis abbildet** und der Gesetzgeber – endlich – eine klaffende *Gesetzeslücke* geschlossen hat bei drohenden Schwerverbrechen ohne rechtskräftig beurteilte Vortaten (S. 41 f.).¹⁵

Bei der **AusfGef** (nAbs. 2) wurde der bisherige Gesetzestext in einem Punkt geändert: Die *Ausführung* eines angedrohten Schwerverbrechens muss nicht mehr (bloss) "ernsthaft zu befürchten" sein; *neu* verlangt das Gesetz diesbezüglich eine "ernsthafte **und**

derung zu erwarten ist.

13 Die genannten Autoren (JOSITSCH/RÖTHLISBERGER, RUCKSTUHL und WOHLERS) übersehen nicht nur, dass das *Prognosekriterium* bei der einfWGef in Abs. 1 Ingress *ausdrücklich geregelt* ist, und zwar abweichend von der qualWGef; sie verwechseln bzw. vermischen das Prognosekriterium auch noch mit dem *normativen* Kriterium der (unmittelbaren und erheblichen) *Sicherheitsgefährdung* in Abs. 1 lit. c.

14 S. 40. Da es sich allerdings bei der *qualWGef* immer um drohende *Schwererbrechen* handeln muss (Abs. 1bis lit. b), wird hier, auch nach neuer Praxis, regelmässig kein sehr restriktiver Massstab zur Anwendung gelangen können. Unmittelbar "sicherheitsgefährdend" sind die in Abs. 1bis lit. a und lit. b genannten schweren Delikte schon von Gesetzes wegen, weshalb dieses normative Kriterium nicht noch zusätzlich genannt wird.

15 Was das neue gesetzliche Kriterium der "ernsthaften *und unmittelbaren Gefahr*" (neuer Schwerverbrechen, Abs. 1bis lit. b) betrifft, weist sie insbesondere auf die korrespondierende *bisherige Praxis* hin, wonach qualWGef *nur* in Frage kommt, wenn das *Risiko* von neuen Schwerverbrechen (über das untersuchte Anlassdelikt hinaus) als "*untragbar hoch*" erscheint (S. 41).

unmittelbare Gefahr". Auch hier erwartet die Bearbeiterin **keine Verschärfung** der bisherigen – bereits ziemlich restriktiven – **Praxis** (vgl. S. 42 f.). Dass eine *konkludente* Drohung nicht mehr genügen würde, ergibt sich aus dem neuen Gesetzestext nicht: Zur Art der "Drohung" sagt das Gesetz nichts Neues, und auch die *nichtverbale* Androhung eines Schwerverbrechens (etwa in Form eines Tötungsversuches) kann eine ernsthafte und unmittelbare Gefahr begründen. Auch bei der AusfGef ist im übrigen nicht zu erkennen, weshalb der neue Gesetzeswortlaut an der bisherigen Praxis etwas ändern sollte, wonach bei der *Prognosestellung* auch der *Art und Intensität* des konkret angedrohten schweren Verbrechens Rechnung zu tragen ist. Die Spannbreite der sogenannten "*umgekehrten Proportionalität*" wird jedoch bei der AusfGef (wie bei der qualWGef, nAbs. 1bis lit. b) eine geringere Rolle spielen als bei der einfWGef, da hier (wie bisher) ein *Schwerverbrechen* drohen muss (Abs. 2).

Im letzten thematischen Schwerpunkt (**Kap. III**, S. 44-55) wird schliesslich noch der *kurvenreiche kriminalpolitische Weg* ausgeleuchtet, auf dem im Juni 2022 die bisherige **Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft** in Haftsachen gesetzlich *abgeschafft* wurde. Die Arbeit schliesst mit einem zusammenfassenden **Fazit** (vgl. S. 56-58 f.).

Prof. Dr. Marc Forster/17. Oktober 2023