

Prävention und freiheitliche Rechtsordnung

Anna Coninx / Gian Ege / Julian Mausbach (Hrsg.)

Prävention und freiheitliche Rechtsordnung

Analysen und Perspektiven von Assistierenden des
Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich



Sponsoren

Die Drucklegung des vorliegenden Buches wurde finanziell gefördert von:

- Bär & Karrer
- Blum & Grob Rechtsanwälte AG, Stefan Wehrenberg
- Bratschi Wiederkehr & Buob AG, Zürich
- Prof. Dr. iur. Felix Dasser, Homburger AG, Zürich
- Thomas Fingerhuth, Meier Fingerhuth Fleisch Häberli Rechtsanwälte, Zürich
- Prof. Dr. iur. Peter Forstmoser, Zürich
- Prof. Dr. iur. Tobias Jaag, Zürich
- Schellenberg Wittmer AG, Zürich
- Rechtswissenschaftliche Fakultät, Universität Zürich
- Walder Wyss AG
- Zürcher Universitätsverein
- Dike Verlag AG, Zürich

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Werk ist weltweit urheberrechtlich geschützt. Insbesondere das Recht, das Werk mittels irgendeines Mediums (grafisch, technisch, elektronisch und/oder digital, einschliesslich Fotokopie und downloading) teilweise oder ganz zu vervielfältigen, vorzutragen, zu verbreiten, zu bearbeiten, zu übersetzen, zu übertragen oder zu speichern, liegt ausschliesslich beim Verlag. Jede Verwertung in den genannten oder in anderen als den gesetzlich zugelassenen Fällen bedarf deshalb der vorherigen schriftlichen Einwilligung des Verlags.

© Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen 2017

ISBN 978-3-03751-856-4

www.dike.ch

Präventive Strafverfolgung – ein notwendiges Oxymoron?

Strafprozessuale Haft ohne Anlasstat: Besondere Problemstellungen beim Haftgrund der Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO

Martin Seelmann

Inhaltsübersicht

I. Einführung	107
II. Systematische und verfassungsmässige Einordnung des Haftgrundes der Ausführungsgefahr	109
A. Grundlagen	109
B. Das Aufkommen präventiver Haftgründe und die «positive Schutzpflicht» der Staatsanwaltschaft	110
C. Der Haftgrund der Ausführungsgefahr – eine system- und verfassungswidrige Bestimmung?	111
III. Die Untersuchungshaft	114
A. Grundlagen	114
B. Der allgemeine Haftgrund des dringenden Tatverdachts	115
C. Die besonderen Haftgründe gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. a–c StPO	115
D. Insbesondere der Haftgrund der Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO	117
1. Grundlagen	117
2. Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen	118
3. Wahrscheinlichkeit der Tatausführung	118
E. Die Dauer der Haft bei Ausführungsgefahr	119
1. Allgemeine Kriterien zur Haftdauer bei der Untersuchungshaft	119
2. Problematik der Obergrenze der Haftdauer beim Haftgrund der Ausführungsgefahr	122
3. Mögliche Lösungsansätze	122
a. Analoge Anwendung der Vorschriften über die Untersuchungshaft	122
b. Maximalfrist von zwei Monaten	123
c. Orientierung an der Schwere der angedrohten Delikte	124
d. Abstellen auf die Warnwirkung der Präventivhaft	124
e. Abstellen auf die Dauer der Gefährdungsabklärung	125
IV. Schlussfolgerungen	128
Literaturverzeichnis	129
Materialienverzeichnis	131

I. Einführung

Der Gewaltprävention und dem Verlangen nach Sicherheit kommt in der öffentlichen Wahrnehmung eine immer grössere Bedeutung zu. Vom Staat wird so verlangt, Gewalttätigkeiten bereits im Voraus zu verhindern und nicht erst im Nachhinein zu rea-

gieren. In diesem Zusammenhang stellt sich z.B. die Frage, ob der Ehemann, der seine Frau im Rahmen eines Streits mit dem Tod bedroht, präventiv aufgrund von Ausführungsgefahr in Haft genommen werden kann. Dabei stehen sich grundsätzlich individuelle Freiheits- und öffentliche Sicherheitsinteressen gegenüber, die es gegeneinander abzuwägen gilt.

In einem ersten Schritt geht es im vorliegenden Beitrag um die Problematik, inwiefern präventive Strafverfolgung Aufgabe der Staatsanwaltschaft sein soll und darf. Es gilt zu eruieren, ob der strafprozessuale Haftgrund der Ausführungsgefahr – wie etwa von PIETH postuliert¹ – nicht nur unnötig, sondern sogar system- und verfassungswidrig ist. Wäre er nicht vielmehr ins kantonale Polizeirecht aufzunehmen?

Gleichwohl ist der Gesetzgeber den Forderungen nach einem präventiven Haftgrund auf Bundesebene insofern nachgekommen, als gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO eine Person bereits präventiv zur Verhinderung einer befürchteten bzw. angedrohten Deliktsbegehung inhaftiert werden kann. Eine Inhaftierung ist demnach möglich, *«wenn ernsthaft zu befürchten ist, eine Person werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen»*. Der nachfolgende Beitrag soll sich daher in einem zweiten Schritt nach einer grundlegenden Übersicht zu den Haftgründen der Untersuchungshaft genauer mit den Voraussetzungen für die Anordnung dieser Präventivhaft auseinandersetzen. Wie wahrscheinlich muss etwa die Ausführung der Tat sein? Kann die Drohung auch nur konkludent erfolgen? Spielt es eine Rolle, ob eine Anlasstat – wie etwa eine tatbestandsmässige Drohung – vorliegt oder kann die Haft auch ohne Vorliegen eines eigentlichen Strafverfahrens angeordnet werden?

Der Schwerpunkt des Beitrags soll schliesslich die Auseinandersetzung mit der Frage sein, wie lange die Präventivhaft wegen Ausführungsgefahr dauern kann bzw. darf. Diese Problematik stellt sich im Zusammenhang mit der Frage, ob in einem solchen Fall das Verbot der Überhaft zur Anwendung kommt, und wenn ja, wann eine solche Überhaft gegeben wäre; eine Anlasstat ist möglicherweise in bestimmten Fällen gerade nicht vorhanden. Es soll entsprechend dargelegt werden, ob – wie von einigen Autoren gefordert – die Festlegung einer maximalen Höchstdauer der Präventivhaft angebracht ist oder ob sich die Dauer der Haft anhand anderer Parameter bestimmen lässt.

¹ PIETH, 145.

II. Systematische und verfassungsmässige Einordnung des Haftgrundes der Ausführungsgefahr

A. Grundlagen

Das Strafrecht setzt aufgrund des Schuldprinzips im Sinne der absoluten Straftheorien an bereits begangenen Delikten an und orientiert sich grundsätzlich nicht an der zukünftigen Gefährlichkeit eines Täters.² Die Schuld (im Sinne schuldbezogener Vergeltung) reicht alleine jedoch nicht aus, um den strafenden, hoheitlichen Eingriff in die Rechtssphäre des Täters zu rechtfertigen; notwendig ist auch der Schutz legitimer gesellschaftlicher Interessen.³ Dazu gehört im Rahmen der relativen Straftheorien in erster Linie die Generalprävention.⁴ Daneben soll durch die Spezialprävention der Täter zukünftig daran gehindert werden, neue Straftaten zu begehen, was durch Abschreckung, Resozialisierung oder durch Sicherung geschehen kann.⁵

Es stellt sich nun die Frage, ob sich dadurch auch die Prävention im Rahmen der Strafverfolgung begründen lässt, die sich grundsätzlich nach den strafprozessualen Vorgaben zu richten hat.⁶ Die eigentliche Aufgabe des Strafprozessrechts bzw. der Strafverfolgungsbehörden beinhaltet denn nur – unter Einhaltung der Garantie eines fairen Verfahrens – die Abklärung, ob eine bestimmte Person in der Vergangenheit eine Straftat *begangen* hat;⁷ dem Wortlaut nach handelt es sich eben gerade um eine *Verfolgung*. Haftgründe wie die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr widersprechen nun jedoch diesem Grundsatz, da sie sich nicht (oder nur zum Teil) auf die Aufklärung vergangenen Unrechts beziehen, sondern eine Reaktion auf eine vermutete Gefährlichkeit darstellen.⁸ Es handelt sich somit um *präventive* Haftgründe.⁹

² STRATENWERTH, AT/I, § 2 N 28.

³ SEELMANN/GETH, Rz. 62; STRATENWERTH, AT/I, § 2 N 28.

⁴ STRATENWERTH, AT/I, § 2 N 29; sie bedeutet, dass die Gesamtheit der Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft durch Strafe einerseits von der Begehung von Straftaten abgeschreckt und/oder andererseits in ihrem Rechtsbewusstsein gestärkt wird (SEELMANN/GETH, Rz. 67 f.).

⁵ SEELMANN/GETH, Rz. 66; WEDER, ZStrR 2014, 367, 368; m.w.H. STRATENWERTH, AT/I, § 2 N 16 ff.

⁶ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 N 15.

⁷ ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 390 unter Verweis auf KRAUSS, in: FS Schaffstein, 411 ff.; OBERHOLZER, Rz. 928; SEELMANN/GETH, Rz. 45; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 N 11; WEDER, ZStrR 2014, 367, 368.

⁸ Vgl. zur Regelung der Gefahrenabwehr als Aufgabe des Polizeirechts unten II. C.

⁹ BGE 137 IV 84, E. 3.2; DONATSCH/HIESTAND, ZStrR 2014, 1, 7; PIETH, 145; RIKLIN, Art. 221 N 4.

B. Das Aufkommen präventiver Haftgründe und die «positive Schutzpflicht» der Staatsanwaltschaft

Das Aufkommen solcher präventiven Haftgründe wie die der Wiederholungs- und der Ausführungsgefahr ist ein Anzeichen des Paradigmenwechsels, der sich in verstärktem Masse seit den 1990er Jahren im Straf- und Strafprozessrecht abzeichnet.¹⁰ Das seit Jahren vermehrt aufkommende Streben der Gesellschaft nach Gewaltprävention und das daraus entspringende Sicherheitsbedürfnis beim Erlass von Strafnormen haben ihre Fühler auch im Hinblick auf das Strafprozessrecht ausgestreckt.¹¹ Vorbeugende Verbrechensbekämpfung wurde so zunehmend stärker gewichtet.¹² Die Folgen präsentieren sich hierbei noch ausgeprägter, weil das Strafprozessrecht grundsätzlich für die Aufklärung vergangenen Unrechts und die Gewährleistung eines fairen Verfahrens zuständig und nicht auf Prävention ausgerichtet ist.¹³

Zusätzlich zu der beabsichtigten Verhinderung künftiger Straftaten – und dem damit einhergehenden erweiterten Opferschutz¹⁴ – gab es jedoch noch weitere Argumente für die Einführung präventiver Haftgründe. Von Bedeutung war so auch das Bestreben nach einer möglichst klaren Umgrenzung der einzelnen Haftgründe. Damit sollte ein «Etikettenschwindel» vermieden werden, da die Tendenz bestand, die klassischen Haftgründe (Flucht- oder Kollusionsgefahr) für die Verhinderung zukünftiger Delikte zu missbrauchen.¹⁵ Dies führte zwar einerseits zu einer Einschränkung der klassischen Haftgründe, wobei jedoch andererseits im Sinne einer Verfeinerung der Haftkriterien neue Gründe geschaffen wurden.¹⁶ Die Einführung des Haftgrunds der Ausführungsgefahr in einigen kantonalen Strafprozessordnungen sollte dabei auch dazu dienen, das Erfordernis der Vortat beim bereits früher bekannten Haftgrund der Wiederholungsgefahr obsolet zu machen.¹⁷

Überdies hielt das Bundesgericht in einem Entscheid vom 14. März 2013 unter Hinweis auf das Recht auf Leben (Art. 10 Abs. 1 BV, Art. 2 EMRK, Art. 6 UNO-Pakt II) fest, dass der Staat im Sinne einer positiven Schutzpflicht präventiv Schutzmassnahmen zu ergreifen habe, wenn das Leben einer Person durch Dritte bedroht werde. Wenn die Behörden wissen oder wissen müssten, dass von kriminellen Hand-

¹⁰ OBERHOLZER, Rz. 928.

¹¹ ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 390; vgl. auch StPO Kommentar-HUG/SCHNEIDER, Art. 221 N 40.

¹² OBERHOLZER, Rz. 928.

¹³ ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 390 unter Verweis auf KRAUSS, in: FS Schaffstein, 411 ff.; vgl. dazu oben II. A.

¹⁴ WEDER, ZStrR 2006, 113, 115 f.

¹⁵ SCHMID, SJZ 1987, 225, 228; WEDER, ZStrR 2006, 113, 116.

¹⁶ SCHMID, SJZ 1987, 225, 228.

¹⁷ OBERHOLZER, Rz. 928; s. etwa § 58 Abs. 2 aStPO/ZH, Art. 98 Abs. 1 Ziff. 3 aStPO/AR, Art. 55 lit. d aStPO/AI sowie Art. 107 Abs. 1 Ziff. 3 aStPO/UR.

lungen eines Dritten reell und unmittelbar eine derartige Gefahr ausgehe, seien sie verpflichtet, die in ihrer Macht stehenden geeigneten Massnahmen zu ergreifen.¹⁸ Das Bundesgericht wies darauf hin, dass der Staatsanwaltschaft dabei eine grosse Verantwortung zukomme, habe sie doch aufgrund ihrer Funktion einen wesentlichen Einfluss darauf, dass der Staat seinen positiven Schutzpflichten nachkomme.¹⁹ Vom Bundesgericht und einem Teil der Lehre wird ferner geltend gemacht, die Zulässigkeit (strafprozessualer) präventiver Haftgründe sei ausdrücklich auch in Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK vorgesehen, wonach der Freiheitsentzug zulässig sei, wenn begründeter Anlass zu der Annahme bestehe, dass es notwendig sei, den Betroffenen an der Begehung einer strafbaren Handlung zu hindern.²⁰

Schliesslich versucht ein Teil der Lehre die Legitimität präventiver Strafverfolgung bzw. Haftgründe gestützt auf die zukunftsorientierten relativen Strafzwecke zu begründen.²¹ Zwar mögen einige der aufgeführten Argumente zum Teil durchaus verständlich sein, fraglich und daher zu klären ist jedoch, ob es für deren Umsetzung grundsätzlich einer strafprozessualen Regelung bedarf oder nicht besser einer anderen gesetzessystematischen Einordnung bedurft hätte.

C. Der Haftgrund der Ausführungsgefahr – eine system- und verfassungswidrige Bestimmung?

Die Abwehr von Gefahren und damit der Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung ist grundsätzlich Aufgabe der Polizeibehörden.²² Unter den Begriff der öffentlichen Sicherheit werden dabei unter anderem die Rechtsgüter des Einzelnen (Leben, Gesundheit, Eigentum, Freiheit, Ehre und Sittlichkeit) subsumiert.²³ Insbesondere geht es bei der polizeilichen Gefahrenabwehr um die Verhinderung von Straftaten.²⁴ Durch den präventiven Haftgrund der Ausführungsgefahr soll die inhaf-

¹⁸ BGE 139 IV 121, E. 4.6 unter Verweis auf die Rechtsprechung des EGMR (Urteil i.S. Choreftakis und Choreftaki gegen Griechenland vom 17.1.2012, 46846/08, Ziff. 44-47; Urteil i.S. Dink gegen die Türkei vom 14.9.2010, 2668/07, Ziff. 64-75); vgl. auch EGLI, Sicherheit & Recht 2015, 59, 64 f.

¹⁹ BGE 139 IV 121, E. 4.8; WEDER, ZStrR 2014, 367, 370.

²⁰ BGE 137 IV 84, E. 3.2; 135 I 71, E. 2.2; insb. zur Ausführungsgefahr BGE 125 I 361, E. 4c); Botschaft StPO, 1229; FÄSSLER, 42; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, § 43 N 1642; RIKLIN, Art. 221 N 5; WEDER, ZStrR 2014, 367, 369; a.M. CONINX, ZSR 2016, 383, 387 f.; DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 449 f.

²¹ WEDER, ZStrR 2014, 367, 368, der ausführt, dass so auch etwa der Zweck des Massnahmenrechts unter anderem das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit sei und somit wiederum auf die Gefährlichkeit des Täters abgestellt werde.

²² TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 N 1 ff.

²³ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 N 9.

²⁴ TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 N 11, die darauf hinweisen, dass die Bereiche der präventiven Gefahrenabwehr und die Aufklärung bereits begangener Straftaten gestützt auf die StPO

tierte Person im Sinne der Gefahrenabwehr an der Begehung eines schweren Verbrechens gehindert werden, ohne dass dabei das Vorliegen einer Anlasstat und mithin ein laufendes Strafverfahren erforderlich ist.²⁵ Dies bedeutet, dass für einen solchen präventiven Rechtsgüterschutz allein das *Polizei-* und nicht das *Strafprozessrecht* massgebend ist.²⁶ Mit dieser Feststellung verknüpft ist nun die Frage, wie im Rahmen der Verfassung die Zuständigkeit im Hinblick auf die Kompetenz zum Erlass von einschlägigen Gesetzen verteilt ist. Gemäss Art. 123 Abs. 1 BV ist die Gesetzgebung auf dem Gebiet des Strafprozessrechts Sache des Bundes. Dieser hat von der Kompetenz mit Erlass der eidgenössischen StPO Gebrauch gemacht. Im Bereich der öffentlichen Sicherheit hingegen sorgen gemäss Art. 57 Abs. 1 BV der Bund und die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeiten für die Sicherheit des Landes und den Schutz der Bevölkerung. Für die innere Sicherheit auf ihrem eigenen Kantonsgebiet resp. für die allgemeine Gefahrenabwehr sind dabei weiterhin primär die Kantone selbst zuständig.²⁷ Entsprechend ist dem eidgenössischen Gesetzgeber grundsätzlich die Kompetenz für den Erlass präventiver Haftgründe, insbesondere demjenigen der Ausführungsgefahr, abzusprechen.²⁸ Vielmehr sind die Kantone in die Pflicht zu nehmen, entsprechende Haftbestimmungen in den kantonalen (Polizei-)Gesetzen zu erlassen.²⁹

Der EGMR hat überdies festgehalten, dass der Freiheitsentzug gestützt auf Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK nur im Zusammenhang mit einem Strafverfahren, also einem

zwar einen fließenden Übergang aufweisen können, jedoch trotzdem *strikt voneinander zu trennen sind*.

²⁵ Vgl. dazu unten III. D. 1.

²⁶ BGE 136 I 87, E. 3.4; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 194; HÄRRI, AJP 2006, 1217, 1219; StPO Kommentar-HUG/SCHNEIDER, Art. 221 N 41; PIETH, 145 («*systemwidrig*»); so grs. auch WEDER, ZStrR 2014, 367, 368; s. auch SCHMID, SJZ 1987, 225, 228, der zwar ausführt, dass für eine solche Haft grundsätzlich die Polizei zuständig wäre, es jedoch kaum zu optimalen Lösungen führen dürfte, präventive Haft in Polizeigesetze zu platzieren und für ihre Anordnung Polizeibehörden für zuständig zu erklären.

²⁷ Botschaft BV, 237; BSK BV-BIAGGINI, Art. 43 N 29; HÄRRI, AJP 2006, 1217, 1219; PIETH, 145; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 55 N 35; vgl. etwa auch Art. 100 der Kantonsverfassung ZH («*Kanton und Gemeinden gewährleisten die öffentliche Ordnung und Sicherheit.*») oder § 110 Abs. 1 lit. a der Kantonsverfassung BS («*Der Regierungsrat hat die folgenden Aufgaben: a) die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*»).

²⁸ HÄRRI, AJP 2006, 1217, 1219; PIETH, 145 («*verfassungswidrig*»); vgl. auch den Hinweis auf die verfassungsrechtliche Problematik bei ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 392.

²⁹ S. etwa Art. 34 Abs. 2 PolG/BE (polizeilicher Gewahrsam während längstens sieben Tagen bei einer erheblichen Gefahr für eine oder mehrere andere Personen); § 31 KapoG/SO (vorübergehender Gewahrsam von höchstens zehn Tagen für Personen, die sich oder andere ernsthaft gefährden); § 40 PolG/SG (Gewahrsam von längstens acht Tagen für Personen, die sich oder andere ernsthaft und unmittelbar gefährden und die Gefährdung nicht auf andere Weise abgewendet werden kann).

dringenden Tatverdacht, erfolgen dürfe.³⁰ Eine Haftanordnung, die ohne Bezug zu einer Anlasstat erfolgt, kann sich somit nicht an diese Bestimmung anlehnen.

Betreffend die Legitimität präventiver Strafverfolgung bzw. Haftgründe gestützt auf die zukunftsorientierten relativen Strafzwecke ist sodann Folgendes zu konstatieren: Bei einer solchen Argumentation wird vernachlässigt, dass es sich bei den Strafzwecken bzw. -theorien um Begründungen dafür handelt, warum eine Person eine vom Staat verhängte strafrechtliche Sanktion zu dulden hat.³¹ Dafür bedarf es aber bereits ihrer rechtskräftigen Verurteilung, womit wiederum auf eine bereits begangene Tat abgestellt wird. Auch beim Verhängen einer Massnahme gemäss Art. 56 ff. StGB wird stets das Vorliegen einer Anlasstat gefordert. Dies ist daher unter keinen Umständen mit der präventiven Inhaftierung einer Person aufgrund von Ausführungsgefahr gleichzusetzen. Erstens muss für die Anordnung einer solchen Haft gerade keine Anlasstat³² vorliegen, und zweitens gilt hier die Unschuldsvermutung gemäss Art. 10 Abs. 1 StPO. Es wurde eben gerade noch *keine Strafe* ausgesprochen und als eine solche darf auch die präventive Haft nicht missbraucht werden. Weil die Haft eben keine Strafzwecke beinhaltet, ist es nicht ihre Aufgabe, Generalprävention zu betreiben oder die inhaftierte Person zu resozialisieren; dies unterscheidet die Untersuchungshaft denn auch wesentlich von der Strafhaft.³³

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass einerseits weder Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK, noch das Abstellen auf die relativen Strafzwecke die Legitimität präventiver Strafverfolgung zu begründen vermögen. Andererseits fehlt dem eidgenössischen Gesetzgeber schlicht die Kompetenz für den Erlass präventiver Haftgründe – insbesondere hinsichtlich der Ausführungsgefahr.

Allerdings sind gemäss Art. 190 BV Bundesgesetze für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend, d.h. sie sind anzuwenden.³⁴ Es ist also festzustellen, dass die Bestimmung zum Haftgrund der Ausführungsgefahr systematisch falsch und in Verletzung der verfassungsrechtlichen Kompetenzordnung erlassen wurde. Gleichwohl muss die Bestimmung von den Behörden auf normativer sowie praktischer Ebene angewendet werden. In diesem Zusammenhang ist

³⁰ Urteil des EGMR i.S. Ciulla gegen Italien vom 22.2.1989, 1152/84, Ziff. 37 ff.; Urteil des EGMR i.S. Ostendorf gegen Deutschland vom 7.3.2013, 15598/08, Ziff. 68; Urteil des EGMR i.S. Schwabe und M.G. gegen Deutschland vom 1.12.2011, 8080/08 und 8577/08, Ziff. 72; m.w.H. CONINX, ZSR 2016, 383, 387 f.; DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 449 f.; überdies bezog sich das Bundesgericht in seinen Entscheiden zumeist auf den Haftgrund der Wiederholungsgefahr, womit ebenfalls ein Strafverfahren bzw. eine Anlasstat gegeben war (so etwa BGE 137 IV 84, E. 3.2; 135 I 71, E. 2.2).

³¹ SEELMANN/GETH, Rz. 55, 61 ff.

³² Vgl. dazu unten III. D. 1.

³³ HÄRRI, AJP 2006, 1217, 1219.

³⁴ BSK BV-EPINEY, Art. 190 N 35; das Bundesgericht kann jedoch die Verfassungsmässigkeit von Gesetzen prüfen und feststellen (BGE 137 I 128, E. 4.3.1; 136 I 65, E. 3.2).

nun auch der bereits zitierte Entscheid des Bundesgerichts vom 14. März 2013 zu deuten, welcher der Staatsanwaltschaft eine positive Schutzpflicht auferlegt.³⁵ Durch die zwingende Anwendung von Art. 221 Abs. 2 StPO kann nämlich durchaus konstatiert werden, dass der Staatsanwaltschaft eine positive Schutzpflicht obliegt, präventiv Schutzmassnahmen zu ergreifen, wenn das Leben einer Person durch Dritte bedroht wird. Sie ist also angehalten, die gesetzlichen Mittel, die ihr zur Verfügung stehen, zu gebrauchen.³⁶ Entsprechend sind in einem nächsten Schritt die Bestimmungen zur Untersuchungshaft und insbesondere zum Haftgrund der Ausführungsgefahr genauer zu beleuchten.

III. Die Untersuchungshaft

A. Grundlagen

Grundsätzlich gilt für ein Strafverfahren, dass sich die beschuldigte Person während dessen Durchführung nicht in Haft befindet. Dieser sich aus der Unschuldsvermutung ergebende Grundsatz wird in Art. 212 Abs. 1 StPO, Art. 9 Ziff. 3 IPBPR sowie in Art. 5 Ziff. 1 EMRK statuiert. Die Untersuchungshaft³⁷ als freiheitsentziehende Zwangsmassnahme stellt eine besonders einschneidende Massnahme im Sinne eines Sonderopfers für die inhaftierte Person dar, die nur bei Vorliegen von strengen, gesetzlich festgelegten Voraussetzungen ausnahmsweise angeordnet werden darf.³⁸ Dabei gilt es die persönliche Freiheit des Einzelnen gegen die Interessen der Strafverfolgungsbehörden abzuwägen.³⁹ Letztere Interessen umfassen etwa die Sicherung der beschuldigten Person, um sie dem Gericht zuführen zu können, die Verhinderung einer unerwünschten Einwirkung auf das Strafverfahren oder von künftigen Strafta-

³⁵ BGE 139 IV 121, E. 4.8; das Bundesgericht formuliert in E. 4.6 die positive Schutzpflicht des Staates jedoch nur in Bezug auf das Recht auf Leben. Fraglich ist mithin, wie die Anwendbarkeit der Schutzpflicht in Bezug auf schwere Verbrechen zu deuten ist, die andere Rechtsgüter verletzen.

³⁶ So weist WEDER denn auch darauf hin, dass die Strafbehörden verpflichtet seien, die präventiven Haftgründe umzusetzen, bis eine Polizeigesetzgebung, ein eigentliches Präventionsgesetz verwaltungsrechtlicher Natur oder eine zivilrechtliche fürsorgerische Unterbringung zur Verfügung stünden, die der erwähnten positiven Schutzpflicht des Staates umfassend Rechnung tragen würden (ZStrR 2014, 367, 370).

³⁷ Als Untersuchungshaft in Abgrenzung zur Sicherheitshaft wird der Freiheitsentzug zwischen der Anordnung durch das Zwangsmassnahmengericht bis zur Freilassung während des Vorverfahrens, dem Antritt einer freiheitsentziehenden Sanktion im Fall des vorzeitigen Straf- oder Massnahmeantritts oder bis zum Eingang der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht bezeichnet (SCHMID, Handbuch, Rz. 1014).

³⁸ EICKER, in: FS Killias, 977 f.; PIETH, 145 f.; Kommentar StPO-WEDER, Art. 212 N 3.

³⁹ BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 212 N 1.

ten.⁴⁰ Kein Ziel der Untersuchungshaft darf hingegen sein, die beschuldigte Person zu bestrafen, Forderungen der Öffentlichkeit nachzukommen oder auf das Aussageverhalten der beschuldigten Person einzuwirken.⁴¹ Die Verfahrensbeschleunigung kann gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls Ziel der Haft sein⁴², es wird in der Lehre aber zu Recht darauf hingewiesen, dass eine solche Verfahrensbeschleunigung nicht der selbständige Zweck, sondern nur die mit der Haft verbundene notwendige Folge sein dürfe.⁴³ Im Folgenden sollen zuerst die Voraussetzungen dargelegt werden, die zur Anordnung der Untersuchungshaft erforderlich sind.

B. Der allgemeine Haftgrund des dringenden Tatverdachts

Bei den Haftvoraussetzungen unterscheidet Art. 221 Abs. 1 StPO zwischen dem allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts und den besonderen Haftgründen gemäss lit. a–c. Ersterer setzt konkrete, schwerwiegende Anhaltspunkte voraus, die dafür sprechen, dass die beschuldigte Person ein Verbrechen oder Vergehen begangen hat.⁴⁴ Dabei genügen die blosser Möglichkeit der Tatbegehung, Gerüchte oder vage Verdachtsgründe nicht zur Begründung eines dringenden Tatverdachts.⁴⁵ Nach Durchführung der in Betracht kommenden Untersuchungshandlungen muss eine Verurteilung als wahrscheinlich erscheinen.⁴⁶ Mit fortschreitender Dauer der Untersuchung bzw. der Haft ist von erhöhten Anforderungen hinsichtlich des Vorliegens eines haftbegründeten Tatverdachts auszugehen.⁴⁷

C. Die besonderen Haftgründe gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. a–c StPO

Notwendig ist, dass zum allgemeinen Haftgrund des dringenden Tatverdachts ein besonderer Haftgrund nach Art. 221 Abs. 1 lit. a–c (*Flucht-, Kollusions- sowie Wiederholungsgefahr*) hinzukommt.⁴⁸ Der allgemeine Haftgrund des dringenden Tatverdachts und mindestens einer der besonderen Haftgründe müssen somit kumulativ

⁴⁰ Kommentar StPO-HUG/SCHIEDEGGER, Art. 221 N 2; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 188.

⁴¹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 188.

⁴² BGE 137 IV 84, E. 3.2; 135 I 71, E. 2.2.

⁴³ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 188.

⁴⁴ Vgl. etwa BGer 1B_706/2012 vom 11.12.2012, E. 4.2; 1B_466/2012 vom 3.9.2012, E. 2.2.2; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 189; RIKLIN, Art. 221 N 2; SCHMID, Handbuch, Rz. 1019; vgl. auch Art. 5 Ziff. 1 lit. c EMRK.

⁴⁵ SCHMID, Art. 221 N 4.

⁴⁶ BGE 137 IV 126; BGer 1B_100/2009 vom 20.5.2009, E. 3.2.2; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 189.

⁴⁷ Kommentar StPO-HUG/SCHIEDEGGER, Art. 221 N 5; PIETH, 141; SCHMID, Handbuch, Rz. 1019; s. auch Entscheid OG ZH vom 25.8.1983, SJZ 1984, 64.

⁴⁸ HANSJAKOB, ZStrR 2008, 90, 100; JOSITSCH/KRUMM, in: Liber amicorum Donatsch, 377, 386 f.

erfüllt sein.⁴⁹ Beim später noch eingängig zu diskutierenden Haftgrund der Ausführungsgefahr (Abs. 2) handelt es sich hingegen um einen selbstständigen Haftgrund, der auch ohne das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts zur Anwendung gelangt.⁵⁰

Der Haftgrund der *Fluchtgefahr* gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO setzt voraus, dass ernsthaft zu befürchten ist, die beschuldigte Person werde sich durch Flucht ins Ausland oder Untertauchen im Inland dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entziehen.⁵¹ Dazu ist eine Einzelfallprüfung anhand der Gesamtheit der Lebensumstände der beschuldigten Person erforderlich.⁵² Zu beachten sind dabei etwa die familiären, sozialen und wirtschaftlichen Bindungen, das Alter, die Gesundheit, Schulden, Reise⁵³- und Sprachgewandtheit usw.⁵⁴ Auch psychische Auffälligkeiten, die auf eine besondere Neigung zu Impulsausbrüchen bzw. Kurzschlusshandlungen schliessen lassen, können die Fluchtneigung erhöhen.⁵⁵ Die Höhe der zu erwartenden Strafe kann als Indiz für eine allfällige Fluchtgefahr gewertet werden, wobei jedoch dies allein zu deren Begründung nicht ausreicht.⁵⁶

Die *Kollusions- bzw. Verdunkelungsgefahr* nach Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO besteht in der unzulässigen Beeinflussung des Strafverfahrens durch die beschuldigte Person.⁵⁷ Dies kann vor allem darin liegen, dass die beschuldigte Person die Freiheit dazu missbrauchen könnte, die wahrheitsgetreue Abklärung des Sachverhalts zu vereiteln oder zumindest zu gefährden, wofür aber konkrete Indizien vorliegen müssen.⁵⁸ Nicht allein ausreichend zur Begründung der Kollusionsgefahr ist etwa die unvollständige Erhebung aller Beweise oder die Aussageverweigerung der beschuldigten Person.⁵⁹

Beim Haftgrund der *Wiederholungsgefahr* gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO muss ernsthaft zu befürchten sein, dass die beschuldigte Person durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie bereits früher

⁴⁹ S. etwa BGE 132 I 21, E. 2.

⁵⁰ BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 1, 16; JOSITSCH/KRUMM, in: Liber amicorum Donatsch, 377, 387.

⁵¹ SCHMID, Handbuch, Rz. 1022; PIETH, 142; BGer 1B_120/2009 vom 5.6.2009, E. 3.3.

⁵² EICKER/HUBER, 160; PIETH, 142.

⁵³ Kritisch dazu EICKER/HUBER, 160 f., die vorbringen, dass angesichts der heutigen Mobilität kaum mehr Fälle denkbar seien, in denen Fluchtgefahr nicht anzunehmen wäre.

⁵⁴ BGer 1B_123/2014 vom 11.4.2014, E. 5.1; s. mit weiteren Verweisen auf die einschlägige Rspr. SCHMID, Handbuch, Rz. 1022.

⁵⁵ BGE 123 I 268, E. 2e; BGer 1B_123/2014 vom 11.4.2014, E. 5.1.

⁵⁶ BGE 125 I 60, E. 3a; PIETH, 142; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 661.

⁵⁷ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 191; EICKER/HUBER, 161.

⁵⁸ BGE 123 I 31, E. 3; 132 I 21, E. 3.2; BGer 1B_705/2012 vom 10.12.2012, E. 2.1.

⁵⁹ SCHMID, Art. 221 N 8.

gleichartige Straftaten verübt hat.⁶⁰ Der Haftgrund soll entsprechend verhindern, dass von der beschuldigten Person bis zum Abschluss des Verfahrens weitere gleichartige Delikte begangen werden.⁶¹ Ein weiteres, fragwürdiges Ziel der Haft wegen Wiederholungsgefahr kann gemäss Bundesgericht auch das strafprozessuale Ziel der Verfahrensbeschleunigung sein, da das Verfahren ansonsten durch immer weitere Delikte verkompliziert und in die Länge gezogen wird.⁶² Neben der Befürchtung der Begehung weiterer Delikte wird gemäss Gesetzeswortlaut überdies verlangt, dass die beschuldigte Person schon früher gleichartige Delikte – d.h. mindestens zwei gleichartige Straftaten⁶³ – begangen hat. Das Bundesgericht entschied jedoch in BGE 137 IV 13 im Sinne einer «qualifizierten Wiederholungsgefahr» bei akut drohenden Schwerverbrechen auf das Erfordernis des Vorliegens eines früheren gleichartigen Delikts zu verzichten.⁶⁴ Bereits der Haftgrund der Wiederholungs- bzw. Fortsetzungsgefahr stellt in erster Linie Präventivhaft dar, wird aber in dieser Hinsicht noch vom im Folgenden eingehend zu besprechenden Haftgrund der Ausführungsgefahr übertroffen.

D. Insbesondere der Haftgrund der Ausführungsgefahr gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO

1. Grundlagen

Die Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO stellt einen selbständigen gesetzlichen Haftgrund dar, da das zusätzliche Vorliegen eines dringenden Tatverdachts resp. einer früheren Vortat nicht verlangt wird.⁶⁵ Entsprechend ist im Gesetz auch

⁶⁰ Der Gesetzestext ist allerdings missglückt formuliert und muss insofern umgedeutet werden, als dass sich das Adjektiv «*schwere*» auf Vergehen und nicht Verbrechen zu beziehen hat, s. BGE 137 IV 84, E. 3.2.

⁶¹ Kommentar StPO-HUG/SCHEIDEGGER, Art. 221 N 29.

⁶² BGE 105 Ia 26, E. 3c; 135 I 71, E. 2.2; 137 IV 84, E. 3.2; s. aber Botschaft StPO, 1229, wonach der Haftgrund vor allem der Gefahrenabwehr dienen soll und demnach grundsätzlich einen präventiven Charakter aufweist; so auch DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 193.

⁶³ Botschaft StPO, 1229; EICKER/HUBER, 162; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 15; SCHMID, Handbuch, Rz. 1024.

⁶⁴ S. auch FORSTER, ZStrR 2012, 334, 341; kritisch EICKER, in: FS Killias, 977, 981 ff.; vgl. dazu auch JOSITSCH/KRUMM, in: Liber amicorum Donatsch, 377, 394, welche die Auslegung des Bundesgerichts als nicht unbedenklich einstufen, jedoch das «*korrigierende Eingreifen*» aufgrund der Wahrung der öffentlichen Sicherheit als geboten erachten.

⁶⁵ BGE 140 IV 19, E. 2.1.1; Botschaft StPO, 1229; FORSTER, ZStrR 2012, Fn. 14; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 16 f.; JOSITSCH/KRUMM, in: Liber amicorum Donatsch, 377, 387; WEDER, ZStrR 2014, 367, 379; s. auch RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 681; zu Recht aber RIKLIN, der ausführt, ein Strafverfahren wegen eines Delikts müsse im Gange sein, da man sich sonst gar nicht in einem Strafprozess befinde (Art. 221 N 5); vgl. zum Haftgrund der Ausführungsgefahr nach aStPO/ZH FÄSSLER, 42 ff.

nicht von einem «Beschuldigten» oder von «Untersuchungshaft» die Rede.⁶⁶ Dies steht jedoch im Widerspruch zu Art. 197 StPO, der statuiert, dass Zwangsmassnahmen nur ergriffen werden könnten, wenn ein hinreichender Tatverdacht vorliegt, mithin die Anordnung strafprozessualer Haft ebenfalls nur an ein bereits begangenes Delikt anknüpfen kann.⁶⁷

2. Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen

Als Haftgrund zählt das Gesetz in Art. 221 Abs. 2 StPO die *Drohung* einer Person auf, ein *schweres Verbrechen* auszuführen. Bezieht sich eine Drohung «lediglich» auf die Ausführung eines Vergehens, entfällt damit die Möglichkeit der Anordnung von Haft aufgrund von Ausführungsgefahr.⁶⁸ Was ein Verbrechen ist, wird in Art. 10 Abs. 2 StGB geregelt. Es handelt sich um Taten, die mit Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bedroht sind. Kein klares Abgrenzungskriterium enthält das Gesetz allerdings für «schwere» und «minder schwere» Verbrechen.⁶⁹ In der Lehre wird die Meinung vertreten, dass es sich dabei insbesondere um Delikte gegen die physische, psychische oder sexuelle Integrität handelt, wenn diese mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedroht sind und/oder sie eine Katalogtat gemäss Art. 64 Abs. 1 StGB (Verwahrung) darstellen.⁷⁰ Die Drohung kann explizit (d.h. verbal oder schriftlich) oder auch konkludent erfolgen.⁷¹ Eine solche Drohung kann dabei bereits selbst eine Straftat darstellen (etwa Art. 180 StGB), dies ist jedoch keine zwingende Voraussetzung um den Haftgrund zu bejahen.⁷²

3. Wahrscheinlichkeit der Tatausführung

Nach dem Gesetzeswortlaut muss «*ernsthaft zu befürchten*» sein, dass eine Person ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahrmachen werde. Das Bundesgericht hat diesbezüglich festgehalten, dass eine hypothetische Möglichkeit der

⁶⁶ EICKER/HUBER, 163; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 16; HÄRRI, AJP 2006, 1217, 1225; PIETH, 144; vielmehr verwendet das Gesetz die Begriffe «*Haft*» und «*Person*».

⁶⁷ CONINX, ZSR 2016, 383, 385.

⁶⁸ BGE 137 IV 122, E. 5.2; RIKLIN, Art. 221 N 5.

⁶⁹ BGE 137 IV 122, E. 5.2.

⁷⁰ Kommentar StPO-HUG/SCHIEDEGGER, Art. 221 N 43; WEDER, ZStrR 2014, 367, 380; s. auch DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 448 sowie CONINX, ZSR 2016, 383, 394, gemäss der im *konkreten* Fall eine mehrjährige Freiheitsstrafe als wahrscheinlich zu erscheinen hat (Beschränkung auf Schwerstkriminalität).

⁷¹ BGE 137 IV 339, E. 2.4; FORSTER, ZStrR 2012, 334, 340; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 18; RIKLIN, Art. 221 N 5; vgl. auch CONINX, ZSR 2016, 383, 388 sowie BOMMER/KAUFMANN, ZBJV 2015, 873, 911, die zwar dem Kriterium der konkludenten Drohung zustimmen, jedoch eine solche im vorliegenden Fall verneinen.

⁷² DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 448; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 18; Kommentar StPO-HUG/SCHIEDEGGER, Art. 221 N 42.

Verübung von Delikten sowie die Wahrscheinlichkeit, dass nur geringfügige Straftaten verübt werden, nicht ausreichen würde, um Haft wegen Ausführungsgefahr zu begründen.⁷³ Bei der Annahme, dass eine Person ein schweres Verbrechen begehen könnte, sei vielmehr Zurückhaltung geboten. Erforderlich sei eine sehr ungünstige Prognose, nicht hingegen, dass die verdächtige Person bereits konkrete Anstalten getroffen hat, um die befürchtete Tat zu vollenden.⁷⁴ Vielmehr genüge es, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Ausführung aufgrund einer *Gesamtbewertung* der persönlichen Verhältnisse sowie der Umstände als sehr hoch erscheine. Besonders bei drohenden schweren Gewaltverbrechen sei auch dem psychischen Zustand der verdächtigten Person bzw. ihrer Unberechenbarkeit oder Aggressivität Rechnung zu tragen.⁷⁵ Welche Intensität die Wahrscheinlichkeit der Tatausführung nun genau zu erfüllen hat, wird vom Bundesgericht jedoch nicht eindeutig beantwortet. CONINX ist dabei zuzustimmen, dass das Bundesgericht mit seiner Aussage, dass *«je schwerer die angedrohte Straftat ist, desto eher rechtfertigt sich eine Inhaftierung, wenn die vorhandenen Fakten keine genaue Risikoeinschätzung erlauben»*⁷⁶ keinen konkreten Ansatzpunkt zur Eingrenzung der Anordnung von Haft aufgrund von Ausführungsgefahr geschaffen hat. Da die Haft sowieso nur bei der Drohung eines *schweren Verbrechens* zur Anwendung kommen kann, bestünde das Risiko, dass entsprechend die Wahrscheinlichkeit der Tatausführung inflationär bejaht würde.⁷⁷

E. Die Dauer der Haft bei Ausführungsgefahr

1. Allgemeine Kriterien zur Haftdauer bei der Untersuchungshaft

Das schweizerische Recht kennt keine gesetzlich festgelegte absolute Höchstgrenze der zulässigen Haftdauer. Es bestehen jedoch verschiedene Kriterien, anhand derer sich die Haftdauer bestimmen lässt. Grundsätzlich notwendig sind, wie bereits besehen, das Vorliegen eines dringenden Tatverdachts sowie mindestens einer der besonderen Haftgründe (oder des selbständigen Haftgrundes im Falle der Ausführungsgefahr).⁷⁸ Ist der dringende Tatverdacht oder ein besonderer Haftgrund nicht mehr gegeben, ist die beschuldigte Person aus der Haft zu entlassen.⁷⁹ Eine Aufhebung des

⁷³ BGE 137 IV 122, E. 5.2; 125 I 60, E. 3a.

⁷⁴ Sollten solche konkreten Anstalten bereits getroffen worden sein, befände man sich u.U. bereits beim Straftatbestand der strafbaren Vorbereitungshandlungen gemäss Art. 260^{bis} StGB.

⁷⁵ S. zum Ganzen BGE 140 IV 19, E. 2.1.1; 125 I 361, E. 5; BGer 1B_141/2007 vom 24.7.2007, E. 2.3; 1B_143/2007 vom 27.7.2007, E. 2.3; DONATSCH/HIESTAND, ZStrR 2014, 1, 7; DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 448; BSK StPO-FORSTER, Art. 221 N 17.

⁷⁶ BGE 140 IV 19, E. 2.1.1.

⁷⁷ Vgl. dazu CONINX, ZSR 2016, 383, 391.

⁷⁸ Vgl. vorstehend III. B./C.

⁷⁹ Art. 212 Abs. 2 lit. a StPO; OBERHOLZER, Rz. 932; SCHMID, Art. 212 N 5; Kommentar StPO-WEDER, Art. 212 N 7.

Freiheitsentzugs hat gemäss Art. 212 Abs. 2 lit. b StPO auch zu erfolgen, wenn die von diesem Gesetz vorgesehene oder von einem Gericht bewilligte Dauer abgelaufen ist.⁸⁰ Ein weiteres Kriterium ergibt sich aus dem Verhältnismässigkeitsprinzip, insbesondere aus dem Grundsatz der Erforderlichkeit.⁸¹ Da Haft nur als *ultima ratio* angeordnet werden darf, ist jeweils zu eruieren, ob nicht eine mildere Ersatzmassnahme gemäss Art. 237 StPO zur Erreichung des Ziels geeignet wäre.⁸² Das Vorliegen milderer Massnahmen ist dabei selbst dann zu prüfen, wenn diese nicht gesetzlich vorgesehen sind.⁸³ Zudem kann eine Haft die zulässige Dauer auch überschreiten, wenn das Strafverfahren nicht genügend vorangetrieben wird.⁸⁴ Die Untersuchung ist gemäss Art. 31 Abs. 3 BV denn auch mit dem Ziel zu verfolgen, die beschuldigte Person lediglich so kurz wie möglich inhaftieren zu müssen.⁸⁵ Das Bundesgericht behandelt dies unter dem Begriff des Beschleunigungsgebots⁸⁶, der EGMR spricht von einer «*diligence particulière*»⁸⁷, wobei der Gerichtshof allerdings sehr lange Haftzeiten akzeptiert, solange die Untersuchung beförderlich vorangetrieben wird.⁸⁸ Eine Regelung findet sich des Weiteren auch in Art. 5 Abs. 2 StPO, demgemäss bei einer beschuldigten Person in Haft das Verfahren vordringlich durchzuführen ist. Bei der Beurteilung, ob das Beschleunigungsgebot verletzt wurde, ist sowohl das Verhalten der Justizbehörden als auch dasjenige des Inhaftierten einzubeziehen.⁸⁹ Nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt sind die Folgen einer Verletzung des Beschleunigungsgebots. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung sind in einem solchen Fall verschiedene Sanktionen möglich, so etwa die Berücksichtigung der Verfahrensverzögerung im Rahmen der Strafzumessung, die Schuldigsprechung des Täters unter gleichzeitigem Verzicht auf Strafe sowie die Verfahrenseinstellung.⁹⁰ Bei besonders gravierenden Verletzungen des Beschleunigungsgebots kann es sogar zu einer Haft-

⁸⁰ Entsprechende Bestimmungen finden sich etwa in Art. 219 Abs. 4, Art. 224 Abs. 2, Art. 226 Abs. 1 sowie Art. 227 Abs. 1 StPO.

⁸¹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 195; BSK BV-SCHÜRMAN, Art. 31 N 41.

⁸² RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 689; so auch Art. 197 Abs. 1 lit. c sowie Art. 212 Abs. 2 lit. c StPO.

⁸³ BGE 133 I 27, E. 3.2.

⁸⁴ BGer 1B_215/2010, E. 4.1; OBERHOLZER, Rz. 936; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 697.

⁸⁵ S. auch Art. 5 Ziff. 3 EMRK sowie Art. 9 Ziff. 3 IPBPR.

⁸⁶ BGE 128 I 149, E. 2.2.1, 4; BGer 1P.88/2003 vom 4.3.2003, E. 2.

⁸⁷ S. etwa Urteil des EGMR i.S. W. gegen die Schweiz vom 26.1.1993, 14379/88, Ziff. 30.

⁸⁸ SG Kommentar BV-VEST, Art. 31 N 37 unter Verweis auf die einschlägige EGMR-Rechtsprechung.

⁸⁹ BGE 133 I 170, E. 3.4.2; 132 I 21, E. 4.1; 128 I 149, E. 4; OBERHOLZER, Rz. 936; BSK BV-SCHÜRMAN, Art. 31 N 41; m.w.H. BSK StPO-SUMMERS, Art. 5 N 9 ff.

⁹⁰ BGE 117 IV 124, E. 4.d; BGer 1B_98/2007 vom 14.6.2007, E. 3.3 f.

entlassung kommen.⁹¹ Das Bundesgericht hat sich in dieser Hinsicht jedoch eine grosse Zurückhaltung auferlegt.⁹²

Schliesslich gilt es das Kriterium der sog. Überhaft zu berücksichtigen, das sich gemäss Bundesgericht ebenfalls aus dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit ergibt und dem es grosse Bedeutung zumisst.⁹³ Gemäss Art. 212 Abs. 3 StPO darf die Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht länger dauern als die für das zu untersuchende Delikt im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung konkret zu erwartende Freiheitsstrafe.⁹⁴ Für die Bemessung dieser voraussichtlich zu erwartenden Strafe ist auf den Sachverhalt und Verfahrensstand abzustellen, der im Zeitpunkt der Beurteilung der Voraussetzungen der Untersuchungshaft vorliegt.⁹⁵ Dabei ist unter anderem auf die Schwere der vorgeworfenen Taten sowie die konkret zu beachtenden Gegebenheiten der Strafzumessung im jeweiligen Einzelfall Rücksicht zu nehmen.⁹⁶ Dies bedeutet, dass im Falle einer übermässigen Haftdauer die beschuldigte Person unabhängig von der Schwere der untersuchten Straftat aus der Haft zu entlassen ist, auch wenn weiterhin Haftgründe vorliegen.⁹⁷ Problematisch am Kriterium der Überhaft ist, dass sie einer unter Umständen heiklen Prognose über den voraussichtlich zu erwartenden Ausgang des Strafverfahrens sowie über die Schwere der zu verhängenden Strafe bedingt.⁹⁸ Anlass zur Kritik gibt auch der Umstand, dass die Untersuchungshaft so im Sinne einer «*Verdachtsstrafe*» die Unschuldsvermutung verletzen kann.⁹⁹

⁹¹ Zudem muss die Strafverfolgungsbehörde erkennen lassen, dass sie nicht gewillt oder in der Lage ist, das Verfahren mit der gebotenen Beschleunigung voranzutreiben (OBERHOLZER, Rz. 937).

⁹² Kommentar StPO-HUG/SCHIEDEGGER, Art. 221 N 10a unter Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung; vgl. dazu die Kritik von NOLL, in: FS Killias, 1055, 1058 («*zahnloser Löwe*»).

⁹³ BGE 133 I 168, E. 4.1; BGer 1B_94/2013 vom 27.3.2013, E. 3.5; 1B_406/2012 vom 31.7.2012, E. 2.5; vgl. auch die Grundsätze in Art. 5 Ziff. 3 EMRK sowie Art. 31 Abs. 3 BV, wonach die inhaftierte Person bei Untersuchungshaft Anspruch auf ein Urteil innert angemessener Frist hat. Eine übermässige Haftdauer stellt dabei eine unverhältnismässige Beschränkung dieses Grundrechts dar (BGE 133 I 170, E. 3.4.2); BSK BV-SCHÜRMAN, Art. 31 N 41.

⁹⁴ BGE 133 I 170; BGer 1B_280/2008 vom 6.11.2008; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 689.

⁹⁵ BGE 133 I 270, E. 3.4.2; BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 212 N 13; Kommentar StPO-WEDER, Art. 212 N 17.

⁹⁶ BGE 132 I 21, E. 4.1 f.; 128 I 14, E. 2.2; 126 I 172, E. 5a; 124 I 208, E. 6; 123 I 258, E. 3a; 116 Ia 143, E. 5a; s. auch Urteil des EGMR i.S. W. gegen die Schweiz vom 26.1.1993, 14379/88, Ziff. 30; dies bedeutet, dass eine Haftdauer von fünf Jahren nicht zwingend unrechtmässig und eine solche von wenigen Wochen nicht per se rechtmässig sein muss (Urteil des EGMR i.S. Shabani gegen die Schweiz vom 5.11.2009, 29044/06; BGE 116 Ia 143, E. 5b); BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 212 N 13, die für die Prognose der zu erwartenden Haft hinsichtlich der konkreten Umstände der Strafzumessung etwa auf das Alter, Abhängigkeiten und Vorstrafen der beschuldigten Person verweisen.

⁹⁷ BGE 124 I 208, E. 6; BSK StPO-ALBERTINI/ARMBRUSTER, Art. 212 N 12; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, 195; OBERHOLZER, Rz. 933.

⁹⁸ BSK BV-SCHÜRMAN, Art. 31 N 41 unter Verweis auf BGE 124 I 327, E. 3.

⁹⁹ ALBRECHT, ZStrR 2013, 385, 395; HÄRRI, AJP 2006, 1217, 1222 ff.; MOREILLON/PAREIN-REYMOND, Art. 212 N 21; PIETH, 147; s. auch BGE 133 I 270, E. 3.4.2.

2. Problematik der Obergrenze der Haftdauer beim Haftgrund der Ausführungsgefahr

Wie besehen misst das Bundesgericht dem Kriterium der Überhaft grosse Bedeutung zu und stellt zur Festlegung der maximalen Haftdauer auf die für eine Straftat im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung konkret zu erwartende (Freiheits-)Strafe ab.¹⁰⁰ Dies bedingt jedoch, dass eine Anlasstat vorliegt, die eine Prognose für eine zu erwartende (Freiheits-)Strafe ermöglicht. Bei den Haftgründen der Flucht- und Kollusions- sowie Wiederholungsgefahr stellt sich in diesem Zusammenhang kein Problem, da sich diese auf bereits begangene Delikte beziehen. Ist eine Person wegen Ausführungsgefahr inhaftiert und läuft ein Strafverfahren gegen sie, ergibt sich die maximale Haftdauer wohl ebenfalls aus dem Kriterium der Überhaft.¹⁰¹ Problematisch wird es dann, wenn beim alleinigen Vorliegen des präventiven Haftgrundes der Ausführungsgefahr eben gerade keinerlei Bezug zu einer Anlasstat hergestellt werden kann.

Es ist in Erinnerung zu rufen, dass eine beschuldigte Person dann aus der Haft zu entlassen ist, wenn die jeweiligen Haftgründe nicht mehr gegeben sind. So ist auch die wegen Ausführungsgefahr inhaftierte Person aus der Haft zu entlassen, wenn nicht mehr ernsthaft zu befürchten ist, sie werde ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahr machen.¹⁰² Dauert diese Gefahr jedoch an, ist zu fragen, ob es eine maximale Haftdauer wegen Ausführungsgefahr gibt und worauf sich diese stützen lässt. Das Bundesgericht hat sich bislang nicht zu dieser Frage geäußert. Vonseiten der Lehre und Praxis wurden jedoch mögliche Kriterien vorgebracht, die es im Folgenden zu analysieren gilt.¹⁰³

3. Mögliche Lösungsansätze

a. Analoge Anwendung der Vorschriften über die Untersuchungshaft

Grundsätzlich ist festzuhalten, dass die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts ausführt, die Vorschriften über die Untersuchungshaft seien (namentlich hinsichtlich Anordnung, Entlassung, Verlängerung und Vollzug) für die Haft wegen Ausführungsgefahr sinngemäss anzuwenden.¹⁰⁴ Über weitergehende Erklärungen, wie dies hinsichtlich der Festsetzung der Obergrenze der Haftdauer zu geschehen hat, schweigt sich die Botschaft jedoch aus. Eine analoge Anwendung des Kriteriums

¹⁰⁰ Vgl. oben III. E. 1.

¹⁰¹ BGer 1B_345/2013 vom 28.10.2013, E. 5.2; 1B_585/2012 vom 30.10.2012, E. 2.3 f.

¹⁰² Fraglich ist jedoch, wie dieser Zeitpunkt eruiert werden kann.

¹⁰³ S. für andere Möglichkeiten der Beschränkung der Haft wegen Ausführungsgefahr CONINX, ZSR 2016, 383, 393 ff.

¹⁰⁴ Botschaft StPO, 1229.

der Überhaft ist schon aufgrund des Fehlens einer Anlasstat problematisch. Da keine zu erwartende Strafe als Referenzwert gegeben wäre, träte die Überhaft ab dem ersten Moment der Inhaftierung ein.¹⁰⁵ WEDER führt im Sinne des Versuchs einer analogen Anwendung dieses Kriteriums aus, dass sich die Haftdauer an jener Freiheitsstrafe zu orientieren hätte, die zu erwarten wäre, wenn die der Haft zugrundeliegende Drohung strafbar wäre.¹⁰⁶ Diese Argumentation geht damit jedoch gerade von einer fehlenden Grundlage aus, nämlich von einer *in concreto* nicht vorliegenden Anlasstat. Fehlt aber eine solche, kann auch nicht eruiert werden, welche im Einzelfall zu erwartende Freiheitsstrafe als Referenzkriterium für die Bestimmung der Überhaft herangezogen werden könnte.¹⁰⁷

b. Maximalfrist von zwei Monaten

Als weiterer Vorschlag wird von einem Teil der Lehre vorgebracht, dass die maximale Haftdauer aufgrund von Ausführungsgefahr in analoger Anwendung der Bestimmung zur Friedensbürgschaft gemäss Art. 66 Abs. 2 Satz 2 StGB auf zwei Monate zu beschränken sei.¹⁰⁸ Gestützt wird dieses Argument unter anderem auf einen Entscheid des Bundesgerichts, demgemäss eine rund zwei Monate dauernde Untersuchungshaft angesichts massiver, ernstzunehmender Tötungsdrohungen nicht unverhältnismässig erscheine.¹⁰⁹ WEDER hält dem entgegen, dass diese Beschränkung dem Sinn und Zweck der Ausführungsgefahr, nämlich der Verhinderung eines konkret drohenden, schweren Verbrechens, nicht gerecht werde.¹¹⁰ Zwar besteht der Zweck der Friedensbürgschaft wie bei der Präventivhaft wegen Ausführungsgefahr in der Verhütung eines künftigen Delikts¹¹¹ und eine gesetzlich festgelegte, maximale Haftdauer wäre wünschenswert, jedoch sprechen mehrere Gründe gegen eine analoge Anwendung dieser Bestimmung. Einerseits steht die Gesetzssystematik einer Anwendung von Art. 66 Abs. 2 StGB auf die Haftdauer im Falle der Ausführungsgefahr entgegen. Der Gesetzgeber verweist auf eine analoge Anwendung der Bestimmungen zur Untersuchungshaft¹¹², worunter etwa auch die Bestimmung von Art. 227

¹⁰⁵ DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 453; s. auch BGer 1B_345/2013 vom 28.10.2013, E. 5.2: «*Geht man allerdings davon aus, Haft wegen Ausführungsgefahr setze nicht zwingend ein laufendes Strafverfahren voraus [...], ist die mutmasslich zu erwartende Freiheitsstrafe jedenfalls dann kein geeignetes Kriterium zur Begrenzung der Haftdauer, wenn Haft wegen Ausführungsgefahr angeordnet wird, ohne dass gleichzeitig ein Strafverfahren läuft.*»

¹⁰⁶ WEDER, ZStrR 2014, 367, 381; Kommentar StPO-WEDER, Art. 212 N 24.

¹⁰⁷ CONINX, ZSR 2016, 383, 398, die darauf hinweist, dass eine Drohung gemäss Art. 180 StGB ein weites Spektrum von einer Geldstrafe bis hin zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren zulässt; DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 454; RUCKSTUHL/DITTMANN/ARNOLD, Rz. 688.

¹⁰⁸ Kommentar StPO-HUG/SCHIEDEGGER, Art. 221 N 46; SCHMID, Art. 226 N 8; s. auch MOREIL-LON/PAREIN-REYMOND, Art. 221 N 53.

¹⁰⁹ BGE 125 I 361, E. 6; BGer 1P.22/2002 vom 29.1.2002, E. 5.2.

¹¹⁰ Kommentar StPO-WEDER, Art. 212 N 24.

¹¹¹ STRATENWERTH, AT/2, § 13 N 4; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 66 N 1.

¹¹² Botschaft StPO, 1229.

StPO zu subsumieren ist. Entsprechend muss auch im Fall der Ausführungsgefahr gelten, dass eine (verlängerbare) Haft von maximal drei, ausnahmsweise auch sechs Monaten möglich sein kann.¹¹³ Des Weiteren kann die Friedensbürgschaft bereits bei der Drohung eines Vergehens – Art. 105 Abs. 3 StGB *e contrario* sogar bei Übertretungen – angewendet werden¹¹⁴, wohingegen Haft gemäss Art. 221 Abs. 3 StPO nur bei schweren Verbrechen zur Anwendung kommt. Schliesslich handelt es sich bei der Sicherheitshaft nach Art. 66 Abs. 2 StGB um eine Beugehaft, die nicht die angeordnete Tat verhindern, sondern die Befolgung der richterlichen Aufforderung in Bezug auf das Abgeben eines Versprechens oder der Leistung einer Sicherheit bewirken soll.¹¹⁵

c. Orientierung an der Schwere der angedrohten Delikte

Das Bundesgericht hat sich zu der Frage der maximalen Haftdauer zwar noch nicht eindeutig geäussert, jedoch lässt sich aus einem nun schon älteren Entscheid herauslesen, dass es sich im Hinblick auf die Verhältnismässigkeit der Haftdauer an der Schwere der *angedrohten* Delikte zu orientieren gedenkt.¹¹⁶ Auch dieses Kriterium vermag jedoch nicht zu überzeugen. Da die Haft aufgrund von Ausführungsgefahr sowieso nur im Falle eines angedrohten *schweren* Verbrechens mit entsprechender Strafdrohung angeordnet werden kann, wäre bei einer solchen Auslegung die Begründung nahezu jeder Haftdauer möglich. Dieser Faktor ist daher zur Eingrenzung der maximalen Haftdauer ebenfalls ungeeignet.

d. Abstellen auf die Warnwirkung der Präventivhaft

Ein weiterer Lösungsvorschlag will als Kriterium die Warnwirkung der Haft miteinbeziehen, die mit andauernder Haftzeit vermehrt zu Gunsten des Inhaftierten berücksichtigt werden müsse. Je länger sich entsprechend eine Person in Präventivhaft befinde, desto geringer sei die Wahrscheinlichkeit der Ausführung der drohenden Tat einzuschätzen. Wolle man nun trotz bestehender Haft weiterhin von einer Tatausführung ausgehen, müssten dafür konkrete Anhaltspunkte bestehen (Persönlichkeit des Täters, Verhalten während der Haft).¹¹⁷ Dabei wäre jedoch genau zu bestimmen, wie die bestehenden Anhaltspunkte zu interpretieren sind. Ist für die Annahme einer weiterbestehenden Gefährdung eine Wiederholung der Drohung notwendig? Muss un-

¹¹³ Vgl. DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 454; WEDER, ZStrR 2014, 367, 381.

¹¹⁴ BSK StGB-KISSLING, Art. 66 N 17; STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 66 N 2; a.M. in Bezug auf Übertretungen BGer 6B_190/2011 vom 11.7.2011, E. 2.4.5.

¹¹⁵ DUMITRESCU, AJP 2016, 477, 454; BSK StGB-KISSLING, Art. 66 N 23; STRATENWERTH, AT/2, § 13 N 12; WEDER, ZStrR 2014, 367, 381.

¹¹⁶ BGE 125 I 361, E. 6: «Der Beschwerdeführer befindet sich seit rund zwei Monaten in Untersuchungshaft. Angesichts der Schwere der im Falle der Freilassung zu befürchtenden Straftaten erweist sich diese Dauer nicht als unverhältnismässig.»; OBERHOLZER, Rz. 931.

¹¹⁷ S. dazu DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 452.

auffälliges Verhalten der inhaftierten Person grundsätzlich zu einer Haftentlassung führen oder bedarf es positiver Bekenntnisse, auf eine Tatausführung zu verzichten?¹¹⁸ Man käme wohl nicht umhin, jeweils ein (psychiatrisches) Gutachten hinsichtlich der Gefährlichkeit in Bezug auf das konkret angedrohte Delikt der inhaftierten Person einzuholen.¹¹⁹

DUMITRESCU weist zudem darauf hin, dass die Präventivhaft bei einer solchen Interpretation als eine Art Beugehaft missverstanden werden könne und darum der Anhaltspunkt der Warnwirkung lediglich als Hilfskriterium zu verstehen sei.¹²⁰ Zuzustimmen ist diesem Vorschlag insofern, als mit fortschreitender Dauer der Haft grundsätzlich immer von erhöhten Anforderungen hinsichtlich des Vorliegens einer unmittelbaren und konkreten Gefährdung auszugehen ist.¹²¹

e. Abstellen auf die Dauer der Gefährdungsabklärung

Wie besehen führt keines der oberwähnten Kriterien allein zu einer befriedigenden Lösung, wie die (maximale) Haftdauer bestimmt werden soll. So sind auch das Verhältnismässigkeitsprinzip und das Beschleunigungsgebot nicht konkret genug, um durch ihre Anwendung eine Beschränkung der Haftdauer zu garantieren.¹²² Letzteres ist insofern nicht einschlägig, als beim Haftgrund der Ausführungsgefahr gar kein Strafverfahren vorausgesetzt ist, das vorangetrieben werden könnte. Es wäre jedoch durchaus wünschenswert, dass grundsätzlich eine Maximalfrist der Haftdauer besteht, wie dies in vielen kantonalen Polizeigesetzen vorgesehen ist. Allerdings beschränken sich diese zumeist auf eine Obergrenze der polizeirechtlichen Präventivhaft von 24 Stunden, in ein paar wenigen Kantonen sind es in Ausnahmefällen sieben bis zehn Tage.¹²³ Dabei wird die Meinung vertreten, dass sich in dieser Zeitspanne zu entscheiden habe, ob nicht unter Umständen auch die Voraussetzungen für eine Massnahme des Kindes- und Erwachsenenschutzes gegeben wären und die Verantwortung für die inhaftierte Person auf die Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde übertragen werden könnte. § 31 Abs. 3 KapoG/SO hält so auch explizit fest, dass Massnahmen des Kindes- und Erwachsenenschutzrechts vorbehalten bleiben. Schon SCHMID führt etwa in Bezug auf den Haftgrund der Wiederholungsgefahr aus, dass bei psychisch abnormalen Wiederholungstätern ohne Weiteres denkbar sei, dass so-

¹¹⁸ Vgl. CONINX, ZSR 2016, 383, 398.

¹¹⁹ S. dazu unten III. E. 3 e.

¹²⁰ DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 453.

¹²¹ Vgl. für die mit der Haftdauer erhöhten Anforderungen betr. das Vorliegen eines haftbegründenden Tatverdachts Kommentar StPO-HUG/SCHNEIDER, Art. 221 N 5; PIETH, 141; SCHMID, Handbuch, Rz. 1019; s. auch Entscheid OG ZH vom 25.8.1983, SJZ 1984, 64.

¹²² CONINX, ZSR 2016, 383, 397.

¹²³ So etwa Art. 34 Abs. 2 PolG/BE; § 31 KapoG/SO; § 40 PolG/SG; § 27 Abs. 1 PolG/ZH (24 Stunden, jedoch Verlängerung möglich); § 14 Abs. 2 GSG/ZH (Gewaltschutzgesetz; maximale Haftdauer von vier Tagen).

wohl der Haftgrund der Wiederholungsgefahr, als auch die Voraussetzungen für eine fürsorgerische Unterbringung ([FU], damals noch fürsorgerische Freiheitsentziehung) gegeben seien.¹²⁴ In der Tat weist der Haftgrund der Ausführungsgefahr zu einem gewissen Teil inhaltliche Überschneidungen mit der FU gemäss Art. 426 ff. ZGB auf. Dabei dürfen aber die bestehenden Unterschiede zwischen der präventiven Haft und dem Freiheitsentzug gemäss Kindes- und Erwachsenenschutzrecht nicht übersehen werden.

So kann gemäss Art. 426 Abs. 1 ZGB eine Person, die an einer psychischen Störung oder einer geistigen Behinderung leidet oder schwer verwahrlost ist, in einer geeigneten Einrichtung untergebracht werden, wenn die nötige Behandlung oder Betreuung nicht anders erfolgen kann. Vorausgesetzt ist also ein Schwächezustand, aus dem sich die Schutzbedürftigkeit der untergebrachten Person ableiten lässt.¹²⁵ Neben dem Vorliegen eines im Gesetz genannten Schwächezustandes muss dessen Behandlung oder Betreuung notwendig sein, die Behandlung oder Betreuung darf nicht ambulant vollzogen werden können und die Einweisung hat in eine geeignete Einrichtung zu erfolgen.¹²⁶ Handelt es sich beim Schwächezustand um eine psychische Störung, muss gemäss Art. 450e Abs. 3 ZGB für eine Einweisung das Gutachten einer sachverständigen Person vorliegen.¹²⁷

Im Falle eines solchen Schwächezustandes wird nicht selten neben einer akuten *Selbst-* auch eine *Fremdgefährdung* durch die betroffene Person zugrunde gelegt. Die Berücksichtigung der Belastung und des Schutzes von Dritten wird sogar in Art. 426 Abs. 2 ZGB erwähnt. Es ist jedoch im Gegensatz zum präventiven Haftgrund der Ausführungsgefahr zu beachten, dass Fremdgefährdung *kein eigenständiges Kriterium* für die Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung darstellt.¹²⁸ Zwar ist eine solche im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zu beachten, jedoch widerspricht eine reine Fremdgefährdung der Zielsetzung der fürsorgerischen Unterbringung.¹²⁹ Auch bezieht sich der Schutz Dritter nur auf Personen und nicht auf Sachen oder Vermögen.¹³⁰ Das Bundesgericht hat nun gleichwohl in einem vom Grossteil der Lehre kritisierten Entscheid die Selbstgefährdung als Schutz des Einzelnen mit dem Schutz Dritter kombiniert. So gehöre es zum Schutzauftrag nach Art. 426 ZGB,

¹²⁴ SCHMID, SJZ 1987, 225, 230.

¹²⁵ DUBNO/ROSCH, 553, 554.

¹²⁶ BGer 5A_609/2013 vom 23.9.2013, E. 5 f.; HÄFELI, § 26 N 26.02.

¹²⁷ BGer 5A_872/2013 vom 17.1.2014, E. 6.2.2; BSK ZGB-GEISER, Art. 450e N 17 f.; auch in einem solchen Fall würde sich wiederum die Frage der Dauer einer solchen FU stellen, da gesetzlich keine maximale Obergrenze existiert. Zwar sieht das Gesetz gemäss Art. 431 ZGB periodische Überprüfungen des Unterbringungsentscheids vor, jedoch wäre – unter Wahrung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes – auch eine dauerhafte Unterbringung denkbar.

¹²⁸ BERTSCHI/LOEB, ZKE 2016, 363, 370; DUBNO/ROSCH, 553, 554; BSK ZGB-GEISER/ETZENBERGER, Art. 426 N 41; HÄFELI, § 26 N 26.07.

¹²⁹ DUBNO/ROSCH, 553, 554.

¹³⁰ BSK ZGB-GEISER/ETZENBERGER, Art. 426 N 42.

eine kranke bzw. verwirrte Person von der Begehung einer schweren Straftat abzuhalten.¹³¹ Folgt man entgegen dem Bundesgericht jedoch der herrschenden Lehre, reicht eine reine Fremdgefährdung grundsätzlich nicht aus, um eine FU zu rechtfertigen. Es würde denn auch dem Sinn des Erwachsenenschutzrechts zuwiderlaufen, dieses als «milderes» Strafrecht heranzuziehen.¹³²

Eine gutachterliche Abklärung, ob nicht eher eine solche Massnahme anstatt der präventiven Haft aufgrund von Ausführungsgefahr unter den vorliegenden Umständen angebracht wäre, drängt sich dennoch auf, da es durchaus möglich ist, dass neben der Fremd- auch eine Selbstgefährdung vorliegen könnte. Das Kriterium zur Festsetzung der Obergrenze der Haftdauer müsste sich daher an der Zeit orientieren, die für das Erstellen eines solchen Gutachtens notwendig wäre. Stellt man nun als massgebendes Kriterium auf die Dauer einer solchen Gefährdungsabklärung ab, kann auch das Beschleunigungsgebot wieder konkret zur Anwendung gelangen. Es müsste so im Einzelfall überprüft werden, ob die gutachterliche Abklärung genügend vorangetrieben wird. Dafür wäre grundsätzlich auf Erfahrungswerte für die Dauer der Erstellung eines «Normalgutachtens» abzustellen, das je nach Komplexität mehr oder weniger Zeit in Anspruch nähme. CONINX stellt so unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung fest, dass oftmals eine psychiatrische Begutachtung innerhalb von zwei, maximal aber in einem Zeitraum von drei Monaten vorliegen könnte.¹³³ Eine solche Obergrenze von drei Monaten würde auch mit der durch das Zwangsmassnahmengericht anzuordnenden Dreimonatsfrist gemäss Art. 227 StPO korrelieren, womit zumindest in diesem Punkt eine analoge Anwendung möglich wäre.¹³⁴ Eine Verlängerung dieser Maximalfrist sollte zudem nur in Ausnahmefällen – wie bei komplexen Abklärungsfragen – möglich sein.

Zeigt sich schliesslich durch ein solches Gutachten, dass keine Fremdgefährdung und mithin auch keine Anordnungsvoraussetzung für eine FU vorliegen, fragt sich, ob nach Ablauf der Dreimonatsfrist die inhaftierte Person aus der Haft zu entlassen ist. Eine fortdauernde Inhaftierung darf nur möglich sein, wenn sich die Gefahr hinsichtlich der Ausführung eines konkreten schweren Verbrechens weiter manifestiert

¹³¹ BGE 138 III 593, E. 5.2; kritisch dazu BERTSCHI/LOEB, ZKE 2016, 363, 371 f.; CONINX, ZSR 2016, 383, 403; BSK ZGB-GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 N 43a; s. jedoch auch BGer 5A_228/2016 vom 11.7.2016, in dem das Bundesgericht sogar feststellte, dass in Ausnahmesituationen auch eine Fremdgefährdung ausreichen könne (E. 4.3.1).

¹³² BERTSCHI/LOEB, ZKE 2016, 363, 372.

¹³³ CONINX, ZSR 2016, 383, 399, unter Verweis auf BGE 125 I 361, E. 6 sowie BGE 140 IV 19, E. 4.2; vgl. auch die Ausführungen von WEDER unter Verweis auf die Abklärungsberichte der Fachstelle Forensic Assessment im Kanton ZH (ZStrR 2014, 367, 374).

¹³⁴ CONINX schlägt hierbei vor, dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet werden könnte, jeden Monat darzulegen, warum nicht mildere Ersatzmassnahmen ebenso zielführend seien (ZSR 2016, 383, 400). Dabei stellt sich jedoch die Frage, ob dies der Staatsanwaltschaft ohne Vorliegen eines Gefahrgutachtens überhaupt möglich wäre, wenn die Situation unverändert weiterbesteht.

hat.¹³⁵ Diese Konkretisierung müsste jedoch ebenfalls in der Gefährdungsabklärung festgestellt worden sein. In jedem anderen Fall wäre die Haft aufzuheben, wenn nicht kantonale eine weitere polizeirechtliche Inhaftierungsmöglichkeit vorliegt. Eine längere Haftdauer würde das Kriterium eines noch zumutbaren Sonderopfers der betroffenen Person *ad absurdum* führen, weil gerade noch keine zu untersuchende Anlasstat gegeben ist; das Vorliegen der Unschuld der inhaftierten Person ist vielmehr ein Fakt denn lediglich eine Vermutung.

IV. Schlussfolgerungen

Dass in der heutigen Gesellschaft ein erhöhtes Sicherheitsbedenken und der Wunsch nach mehr Prävention besteht, ist nicht von der Hand zu weisen. Folglich mag man es auch nur als logisch erachten, wenn vorbeugende Verbrechensbekämpfung eine zunehmend stärkere Gewichtung erfährt. Unabhängig von dieser bereits strittigen gesellschaftspolitischen Frage, in welchem Masse man den freiheitlichen Charakter eines jeweiligen Rechtsstaats zugunsten einer stärkeren Sicherheitsordnung verändern will, ist zu ermitteln, ob eine solche Stärkung präventiver Normen verfassungs- und systemkonform erfolgt. Wie aufgezeigt wurde, hätte die Bestimmung des Haftgrundes der Ausführungsgefahr nicht in die StPO aufgenommen werden dürfen, sondern wäre vielmehr in die jeweiligen kantonalen Polizeigesetze zu integrieren gewesen. Zwar kennen die Kantone zum Teil entsprechende Bestimmungen, jedoch weisen diese grundsätzlich eine geringere Eingriffsintensität auf als ihr strafprozessuales Pendant. In dieser Hinsicht sind daher entweder die kantonalen Gesetzgeber in die Pflicht zu nehmen, Normen zu erlassen, die den heutigen Anforderungen genügen oder es müsste eine Bundeskompetenz geschaffen werden, die eine einheitliche Lösung auf Bundesebene erlaubt. Ansonsten besteht die Gefahr einer Verlagerung der Problematik in andere Rechtsgebiete, was wiederum deren Zielsetzung zuwiderlaufen würde. Präventive Strafverfolgung im Rahmen der StPO mag zwar ein faktisches Anliegen der Strafverfolgungsbehörden sein, indes darf ein solches Anliegen nicht zu einer kompetenzrechtlichen Verletzung auf normativer Ebene führen.

Weil mit Art. 221 Abs. 2 StPO eine Norm geschaffen wurde, die trotz verfassungsrechtlicher Problematik angewendet werden muss, gilt es nun eine Lösung für die sich daraus ergebenden Probleme zu finden. Zwar mag sich in der Praxis nur äusserst selten der Fall ergeben, dass Haft wegen Ausführungsgefahr ohne eine Anlasstat bzw. ein bereits laufendes Strafverfahren angeordnet wird. Gleichwohl ist zu wünschen, dass sich die Rechtsprechung in Abwägung individueller Freiheits- und öffentlicher Sicherheitsinteressen etwa der Frage annimmt, für welche Dauer eine sol-

¹³⁵ M.w.H. CONINX, ZSR 2016, 383, 400.

che Haft verhängt werden kann. Da das Gesetz zu keiner befriedigenden Lösung Hand bietet, könnte als Kriterium zur Festsetzung der Obergrenze der Haftdauer die Zeitspanne herangezogen werden, die für das Erstellen eines (psychiatrischen) Gefährdungsgutachtens notwendig wäre. Dabei wäre analog zu Art. 227 StPO eine Obergrenze von drei Monaten zu fordern, die nur in Ausnahmefällen verlängert werden könnte. Im Falle fehlender Selbstgefährdung muss von einer fortdauernden Inhaftierung abgesehen werden, wenn eine kantonale Bestimmung keine längere Haftdauer erlaubt oder eine Konkretisierung der Gefährdung durch die inhaftierte Person gutachterlich nicht belegt werden konnte. Wie DUMITRESCU ausführt, werden die allermeisten Personen früher oder später wieder aus der Präventivhaft entlassen, wodurch ein gewisses Restrisiko für alle Beteiligten bestehen bleibt.¹³⁶ Dies gilt es hinzunehmen, denn etwas darf dabei nicht aus den Augen verloren werden: Das Recht ist als Freiheits- und nicht als Sicherheitsordnung zu verstehen.

Literaturverzeichnis

- ALBERTINI GIANFRANCO/ARMBRUSTER THOMAS, Art. 212 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014
- ALBRECHT PETER, Strafrecht ohne Recht?, ZStrR 131 (2013), 385
- BERTSCHI NORA/LOEB BOAS, Schutz vor gefährlichem Verhalten? – Zur Bedeutung von Fremdgefährdung im Erwachsenenschutzrecht, ZKE 2016, 263
- BIAGGINI GIOVANNI, Art. 31 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015
- BOMMER FELIX/KAUFMANN ARIANE, Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahr 2011, ZBJV 151 (2015), 873
- CONINX ANNA, Haft wegen Ausführungsgefahr – Notwendige Beschränkung einer hybriden Rechtsfigur zwischen Strafprozessrecht und Polizeirecht, ZSR 2016, 383
- DONATSCH ANDREAS/HIESTAND ELIANE, Wortlaut des Gesetzes oder allgemeine Rechtsprinzipien bei der Auslegung von Normen der StPO – Am Beispiel der Haft und der Siegelung, ZStrR 132 (2014), 1
- DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich 2014
- DUBNO BENJAMIN/ROSCH DANIEL, Die Fürsorgerische Unterbringung, in: Rosch Daniel/Fountoulakis Christiana/Heck Christoph (Hrsg.), Handbuch des Kindes- und Erwachsenenschutz, Bern 2016, 553
- DUMITRESCU ADRIAN, Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO, AJP 2015, 447
- EGLI PATRICIA, Das Sicherheits- und Polizeirecht in der neuesten Rechtsprechung des Bundesgerichts und des EGMR, Sicherheit & Recht 2015, 59

¹³⁶ DUMITRESCU, AJP 2016, 447, 458.

- EICKER ANDREAS, Zur bundesgerichtlichen Interpretation des Haftrechts *contra legem*, in: Kuhn André et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive: Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 977
- EICKER ANDREAS/HUBER ROLAND, Grundrisse des Strafprozessrechts, Bern 2014
- FÄSSLER BRUNO, Die Anordnung der Untersuchungshaft im Kanton Zürich, Diss., Zürich 1992
- EPINEY ASTRID, Art. 90 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015
- FORSTER MARC, Das Haftrecht der neuen StPO auf dem Prüfstand der Praxis, ZStrR 130 (2012), 334
- DERS., Art. 220 f. StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014
- GEISER THOMAS, Art. 450e ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014
- GEISER THOMAS/ETZENSBERGER MARIO, Art. 426 ZGB, in: Honsell Heinrich/Vogt Nedim Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, 5. Aufl., Basel 2014
- HÄFELI CHRISTOPH, Grundriss zum Kindes- und Erwachsenenschutz, 2. Aufl., Bern 2016
- HANSJAKOB THOMAS, Zwangsmassnahmen in der neuen Eidg. StPO, ZStrR 126 (2008), 90
- HÄRRI MATTHIAS, Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf das Recht der Untersuchungshaft, AJP 2006, 1217
- HUG MARKUS/SCHIEDEGGER ALEXANDRA, Art. 221 StPO, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014
- JOSITSCH DANIEL/KRUMM JÜRIG, Die Anordnung präventiver Untersuchungshaft in der Schweizerischen Strafprozessordnung, in: Cavallo Angela et al. (Hrsg.), Liber amicorum für Andreas Donatsch, Zürich 2012, 377
- KISSLING RENÉ, Art. 66 StGB, in: Niggli Marcel Alexander/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar StGB I, 3. Aufl., Basel 2013
- KRAUSS DETLEF, Das Prinzip der materiellen Wahrheit im Strafprozess, in: Grünwald Gerald et al. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich Schaffstein zum 70. Geburtstag am 28. Juli 1975, Göttingen 1975, 411
- MOREILLON LAURENT/PAREIN-REYMOND AUDE, Code de procédure pénale, petit commentaire, 2. Aufl., Basel 2016
- NOLL ANDREAS, Praxis der Untersuchungshaft in der Schweiz – Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots *de lege ferenda*, in: Kuhn André et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 1055
- OBERHOLZER NIKLAUS, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechts-
hilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RIKLIN FRANZ, Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014
- RUCKSTUHL NIKLAUS/DITTMANN VOLKER/ARNOLD JÖRG, Strafprozessrecht, Zürich 2011

- SCHMID NIKLAUS, Zum Haftgrund der Wiederholungs- und Fortsetzungsgefahr in der neueren schweizerischen Strafprozessentwicklung, SJZ 83 (1987), 225
- DERS., Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl, Zürich 2013 (zit. SCHMID, Handbuch)
- DERS., StPO Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013
- SCHÜRMAN FRANK, Art. 31 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015
- SEELMANN KURT/GETH CHRISTOPHER, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Basel 2016
- STRATENWERTH GÜNTHER, Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, Bern 2006
- DERS., Schweizerisches Strafrecht – Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011
- STRATENWERTH GÜNTHER/WOHLERS WOLFGANG, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Handkommentar, 3. Aufl., Bern 2013
- SUMMERS SARAH, Art. 5 StPO, in: Niggli Marcel Alexander/Heer Marianne/Wiprächtiger Hans (Hrsg.), Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014
- TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., Bern 2014
- VEST HANS, Art. 31 BV, in: Ehrenzeller Bernhard et al. (Hrsg.), St. Galler Kommentar BV I, 3. Aufl., Zürich 2014
- WEDER ULRICH, Die Haftgründe der Wiederholungs- und Ausführungsgefahr unter besonderer Berücksichtigung des Kantons Zürich, ZStrR 124 (2006), 113
- DERS., Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, ZStrR 132 (2014), 367
- DERS., Art. 212 StPO, in: Donatsch Andreas/Hansjakob Thomas/Lieber Viktor (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014

Materialienverzeichnis

- Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 1 ff. (zit. Botschaft BV)
- Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 ff. (zit. Botschaft StPO)