



## Die Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO

### Praktische Fragestellungen zum Haftgrund der Ausführungsgefahr

ADRIAN DUMITRESCU

Mit dem Haftgrund der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO), welcher eine Vielzahl an Schwierigkeiten birgt, wurde den Strafbehörden mit einer reichlich unbestimmten und unklaren Norm die Möglichkeit zu weitreichenden Eingriffen in Freiheitsrechte gegeben und andererseits auch enorme Verantwortung aufgeladen. So stehen diese in Fällen präventiver Haft vor der schwierigen Frage, wie lange der einmal Inhaftierte, wegen der von ihm ausgehenden Gefahr, in Haft gehalten werden darf. Elementare Probleme ergeben sich sodann aus der Möglichkeit, auch ohne Vorliegen einer Anlasstat präventive Haft anzuordnen. So ist etwa unklar, ob in diesen Fällen eine absolute Maximaldauer der angeordneten Haft gilt und wenn ja, welche. Klärungsbedürftig sind auch die Schnittstellen zu andern Massnahmen, insbesondere zu jenen des Erwachsenenschutzrechts. Der vorliegende Beitrag bietet zu diesen und weiteren Problemen eine Übersicht und mögliche Lösungsansätze.

Formulé comme une norme largement indéterminée et imprécise, le motif de détention lié au risque de passage à l'acte (art. 221 al. 2 CPP), qui recèle de nombreuses difficultés, offre aux autorités pénales la possibilité de porter de lourdes atteintes aux libertés fondamentales tout en leur faisant endosser une grande responsabilité. Dans les cas de détention préventive par exemple, elles sont confrontées à la question délicate de savoir combien de temps la personne détenue peut être maintenue en détention en raison du risque qu'elle représente. Des problèmes essentiels sont également liés à la possibilité d'ordonner la détention préventive même en l'absence d'une infraction pouvant la motiver. Il est ainsi difficile de déterminer si une durée maximale absolue doit s'appliquer pour la détention ordonnée dans ces cas, et si oui, laquelle. Les points de recoupement avec d'autres mesures, notamment avec les mesures liées au droit de la protection de l'adulte, méritent également d'être clarifiés. La présente contribution offre un aperçu sur ces problèmes et d'autres questions et propose des approches pour les résoudre.

#### Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Grundlagen
- III. Problemkreise
  - A. Ausgangslage: Vorliegen und Fehlen einer Anlasstat
  - B. System- und Verfassungswidrigkeit bei Fehlen einer Anlasstat
  - C. Art. 221 Abs. 2 StPO im Lichte der EMRK
  - D. Praktische Fragestellung
- IV. Die Dauer der Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO
  - A. Kriterien der Haftentlassung
    1. Ausgangslage
    2. Unmittelbare und konkrete Gefährdung
    3. Warnwirkung als Hilfskriterium zu Gunsten des Inhaftierten
  - B. Absolute Maximaldauer der Präventivhaft
    1. Ausgangslage
    2. Ablehnung einer Analogie zur Sicherheitshaft (Art. 66 Abs 2 StGB)
    3. Bemessung anhand der Annahme von Strafbarkeit der Drohung
    4. Betonung des Kriteriums der Unmittelbarkeit
- V. Verhältnis zu andern Massnahmen
  - A. Präventivhaft als Sofortmassnahme
  - B. Fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB)
  - C. Friedensbürgschaft und Sicherheitshaft (Art. 66 StGB)
  - D. Ersatzmassnahmen (Art. 237 StPO)
- VI. Genugtuung nach Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO
- VII. Fazit

#### I. Einleitung

Präventivhaft meint die Inhaftierung einer Person zur Verhinderung einer befürchteten bzw. erwarteten Begehung eines Delikts. Dabei stehen sich grundlegende rechtsstaatliche und öffentliche Interessen gegenüber: Jeder Mensch hat das Recht auf persönliche Freiheit (Art. 10 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung [BV]); und deren Einschränkung hat sich auf eine gesetzliche Grundlage und ein öffentliches Interesse zu stützen sowie das Prinzip der Verhältnismässigkeit zu wahren (Art. 36 BV).<sup>1</sup> Ist das Leben einer Person bedroht, kommt dem Staat andererseits eine positive Schutzpflicht zu.<sup>2</sup> Es geht somit um einen fundamentalen Konflikt zwischen dem genannten

<sup>1</sup> Vgl. MARC FORSTER, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014, Art. 221 N 17; PATRICIA EGLI, Grundrechte, Sicherheit & Recht 2012, 193–214, 204.

<sup>2</sup> Vgl. etwa BGE 140 I 77 E. 10 S. 89 f.; BGE 139 IV 121 E. 4.6. S. 125; BGE 126 II 300 E. 5 S. 314; RAINER J. SCHWEIZER, in: Bernhard Ehrenzeller/Benjamin Schindler/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. A., Zürich/St.Gallen 2014, Art. 35 N 13 ff.; ULRICH WEDER, Die gefährliche beschuldigte Person und die Wiederholungs- und Ausführungsgefahr, in: Ursula Cassini/Wolfgang Wohlers (Hrsg.), Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (ZStR) 4/2014, 367–382, 369 f.; EGLI (FN 1), 196.

Freiheitsrecht und dem Interesse der öffentlichen und individuellen Sicherheit. Dem Schutz der Menschenrechte von Inhaftierten ist der Anspruch möglicher Opfer auf staatlichen Schutz entgegen zu stellen.

Mit der Kodifizierung von Art. 221 Abs. 2 StPO hat der Bundesgesetzgeber den Strafbehörden weitreichende Möglichkeiten i.S.v. Präventivhaft und damit auch Verantwortung in die Hand gegeben. Daraus erwachsen jedoch mannigfache Unklarheiten.

## II. Grundlagen

Der Begriff der Präventivhaft findet sich weder in der Schweizer Gesetzgebung noch in der Judikatur. In der Schweizerischen Strafprozessordnung kann Präventivhaft einerseits in der Möglichkeit der Anordnung von Untersuchungshaft wegen sogenannter Wiederholungsgefahr erkannt werden (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO). Demnach kann eine Person inhaftiert werden, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass sie die Sicherheit anderer Personen durch schwere Verbrechen oder Vergehen erheblich gefährden würde, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten begangen hat. Andererseits liegt im Haftgrund der Ausführungsgefahr nach Art. 221 Abs. 2 StPO eine noch gravierendere Form der Präventivhaft, nachdem hier noch nicht einmal an eine bereits erfolgte gleichartige Tatbegehung angeknüpft wird.<sup>3</sup> Haft ist demnach zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass eine Person ihre Drohung, ein schweres Verbrechen auszuführen, wahr machen würde. Die Schwere des drohenden Delikts ist anhand der bedrohten Rechtsgüter zu beurteilen. Betroffen sind insbesondere Taten gegen die physische, psychische oder sexuelle Integrität, sofern diese – nach einer Lehrmeinung – mit einer Höchststrafe von fünf oder mehr Jahren bedroht sind (analog zu den Voraussetzungen für die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 StGB).<sup>4</sup> Eine solche Drohung muss nun jedoch nicht den Tatbestand von Art. 180 StGB erfüllen und kann auch bloss konkludent erfolgen.<sup>5</sup> Gefor-

dert ist also eine sich manifestierende konkrete Gefahr der Tatbegehung. Auf diesen zweitgenannten Haftgrund konzentriert sich der vorliegende Beitrag und dementsprechend ist mit nachfolgend verwendeter Terminologie unter Präventivhaft ausschliesslich dieser gemeint.

Als Fallbeispiele können etwa Fälle von Beziehungskonflikten genannt werden, in welchen massive Drohungen ausgesprochen werden, oder wenn aufgrund von gewaltsamen Ausbrüchen oder auch konkludent getätigten Drohungen (wie etwa Stalking) eine weitere Eskalation dringend zu befürchten ist. Ebenso müssen sich die Strafbehörden mit potentiellen Überzeugungstätern oder psychisch labilen Personen auseinandersetzen. Zur Anordnung von Untersuchungshaft gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO ist im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung eine sehr ungünstige Kriminalprognose vorausgesetzt.<sup>6</sup> Dabei sind die Voraussetzungen in jedem Einzelfall sehr sorgfältig abzuwägen, wobei es genügt, wenn die Wahrscheinlichkeit einer Ausführung aufgrund einer Gesamtbewertung der persönlichen Verhältnisse sowie der Umstände als sehr hoch erscheint. Dabei ist auch dem psychischen Zustand bzw. der Unberechenbarkeit oder Aggressivität einer Person besonders Rechnung zu tragen.<sup>7</sup> Die ganz offensichtlichen Fälle dürften dabei von weitaus grösserer Seltenheit sein als schwierige und eher undurchsichtige Grenzfälle. So ist nicht bei jeder Person, die eine massive Drohung ausspricht, eine Ausführung auch tatsächlich zu befürchten. Andererseits kann nicht bei jeder sich nur vage äussernden Person davon ausgegangen werden, dass diese nicht doch eine schwere Straftat ausführen wird.

## III. Problemkreise

### A. Ausgangslage: Vorliegen und Fehlen einer Anlasstat

Betreffend der hier thematisierten Haft aufgrund von Ausführungsgefahr sind zwei Konstellationen zu unterscheiden:

<sup>3</sup> Vgl. statt vieler zur Abgrenzung zwischen Wiederholungs- und Ausführungsgefahr kritisch anhand der Bundesgerichtspraxis: MARC FORSTER, Das Haftrecht der neuen StPO auf dem Prüfstand der Praxis – Entwicklungen bei den Haftgründen und vorläufiger Rechtsschutz bei Haftentlassungen, ZStR 2012, 334–351, insbesondere 338 ff.

<sup>4</sup> MARKUS HUG/ALEXANDRA SCHEIDEGGER, in: Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. A., Zürich/Basel/Genf 2014, Art. 221 N 43.

<sup>5</sup> FORSTER (FN 1), Art. 221 N 18; HUG/SCHIEDEGGER (FN 4), Art. 221 N 42; NICCOLÒ RASELLI/BEAT DOLD, Erste Erfahrungen mit der Schweizerischen Strafprozessordnung, AJP/PJA 2012,

442–456, 447; BGE 137 IV 339 E. 2.4. S. 339 f., zu diesem Entscheid ausführlich: BENJAMIN AMSLER/JULIAN REYMOND, De l'acceptation de la détention provisoire pour risque de passage à l'acte en l'absence de menaces verbales, in: Jusletter 16. Januar 2012; NIKLAUS SCHMID, Schweizerische Strafprozessordnung – Praxiskommentar, 2. A., Zürich/St. Gallen, 2013, Art. 221 N 14.

<sup>6</sup> FORSTER (FN 1), Art. 221 N 17; BGE 137 IV 22 E. 5.2. S. 129; Urteil des Bundesgerichts 1B.578/2012 vom 18. Oktober 2012, E. 4.3.; Urteil des Bundesgerichts 1B.570/2011 vom 2. November 2011, E. 3.1.

<sup>7</sup> BGE 140 IV 19 E. 2.1.1. S. 22; ANDREAS DONATSCH/CHRISTIAN SCHWARZENEGGER/WOLFGANG WOHLERS, Strafprozessrecht, 2. A., Zürich 2014, 195; HUG/SCHIEDEGGER (FN 4), Art. 221 N 44; FORSTER (FN 1), Art. 221 N 17.

Zum einen jene, in welcher eine bestimmte Anlasstat und der entsprechende dringende Tatverdacht vorliegen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn ein Beschuldigter das Versuchsstadium zu einem schweren Verbrechen mutmasslich bereits erreicht oder Vorbereitungshandlungen i.S.v. Art. 226<sup>ter</sup> StGB vorgenommen hat. Ebenso wenn jemand eine Drohung gemäss Art. 180 StGB ausgesprochen hat und deren Ausführung zu befürchten ist. Die Möglichkeit, in diesen Fällen aufgrund der Gefahr der Ausführung der jeweiligen Delikte Untersuchungshaft anzuordnen, bestand bereits in unterschiedlichen kantonalen Strafprozessordnungen.

Die Gefahr der Tatausübung kann auch bestehen, ohne dass bereits eine Anlasstat vorliegt, welche es im Rahmen eines Strafverfahrens zu untersuchen und womöglich abzustrafen gilt. Untersuchungshaft ist auch in diesen Fällen zulässig.<sup>8</sup> Dies ist bemerkenswert, wenngleich entsprechende Regelungen auch schon vor Einführung der eidgenössischen StPO bestanden. Es kann etwa auf die Regelung von § 80 Abs. 2 der Strafprozessordnung des Kantons Luzern verwiesen werden, wobei diese auf jene Fälle beschränkt wurde, in denen mit Gewaltverbrechen gemäss Art. 82<sup>bis</sup> StGB gedroht wurde. Der Wortlaut der Strafprozessordnung des Kantons Zürich wiederum verlangte zwar ein in strafbarer Weise versuchtes oder vorbereitetes Verbrechen (§ 58 Abs. 2 StPO ZH), jedoch erachtete das Bundesgericht die Anwendung dieser Norm schon in Bezug auf Haft wegen der Gefahr (bloss) angedrohter Taten als zulässig.<sup>9</sup> Zur Möglichkeit, Untersuchungshaft ganz ohne das Vorliegen einer Anlasstat anzuordnen, bezieht sich die Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts (nachfolgend: Botschaft StPO) insbesondere auf den eben zitierten Entscheid des Bundesgerichts. Sie hält im Weiteren fest, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK ausdrücklich festgehalten sei.<sup>10</sup> Diese letzte Aussage der Botschaft wird noch zu relativieren sein (vgl. nachfolgendes Kapitel Ziff. III.3.).

## B. System- und Verfassungswidrigkeit bei Fehlen einer Anlasstat

Fehlt eine Anlasstat, ist eine Strafuntersuchung weder nötig noch angebracht und den Strafbehörden sollte eigentlich jegliches «Arbeitsmaterial» fehlen. Dennoch werden den Strafbehörden auch für diese Fälle Mittel und damit Verantwortung in die Hände gegeben – konkret den Staatsanwaltschaften und Zwangsmassnahmengerichten. Damit ist die Strafuntersuchung mit Fällen betraut, in welchen es gar nichts zu untersuchen gibt. In der Lehre wird deshalb konsequenter Weise betont, die Bestimmung gehöre nicht ins Strafprozess- sondern ins Polizeirecht und sei folglich systemwidrig.<sup>11</sup> Die hier behandelte Norm von Art. 221 Abs. 2 StPO wurde, soweit sie Untersuchungshaft ohne Anlasstat betrifft, also falsch platziert. Bereits im Rahmen der Vernehmlassung wurde hierauf hingewiesen.<sup>12</sup> Diese berechtigten Einwände hätten wohl mehr Aufmerksamkeit verdient gehabt.

Die Norm wird sodann auch als verfassungswidrig bezeichnet, da es sich eben um eine präventivpolizeiliche Massnahme handle, womit die verfassungsmässige Kompetenzordnung zwischen Bund und Kantonen verletzt sei.<sup>13</sup>

## C. Art. 221 Abs. 2 StPO im Lichte der EMRK

Wie bereits erwähnt, hält die Botschaft StPO fest, dass der Haftgrund der Ausführungsgefahr in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK ausdrücklich vorgesehen ist.<sup>14</sup> Dieser lapidare Verweis greift jedoch zu kurz. Die Norm regelt die Zulässigkeit von Untersuchungshaft, wobei der Wortlaut drei mögliche Haftgründe nennt: den dringenden Tatverdacht, die Gefahr der Begehung einer Straftat und die Fluchtgefahr. Jedoch kann sowohl der zweiten wie auch dritten Variante keine eigenständige Bedeutung zuerkannt wer-

<sup>8</sup> FORSTER (FN 1), Art. 221 N 16, 18; NIKLAUS SCHMID, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, § 68 N 1026; HUG/SCHIEDEGGER (FN 4), Art. 221 N 41; MARK PIETH, Schweizerisches Strafprozessrecht – Grundriss für Studium und Praxis, 2. A., Basel 2012, 128; DANIEL JOSITSCH, Grundriss des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. A., Zürich/St. Gallen 2013, § 68 N 379; CHRISTOF RIEDO/GERHARD FIOLKA/MARCEL ALEXANDER NIGGLI, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, § 43 N 1643 ff.; BGE 140 IV 21 E. 2.1.1. S. 21.

<sup>9</sup> BGE 125 I 361 E. 5 S. 366 f.

<sup>10</sup> Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006 1085 (zit. nachfolgend «Botschaft StPO»), 1229.

<sup>11</sup> MARK PIETH (FN 8), 128; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS (FN 7), 194; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI (FN 8), § 43 N 1645; grundsätzlich wohl zustimmend: HUG/SCHIEDEGGER (FN 4), Art. 221 N 41, wonach es eben nicht Sache der Strafverfolgungsbehörden sein könne, für einen Untersuchungshäftling verantwortlich zu sein, obschon es gar nichts zu untersuchen gelte.

<sup>12</sup> Vgl. Zusammenfassung der Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens über die Vorentwürfe zu einer Schweizerischen Strafprozessordnung und zu einem Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bundesamt für Justiz, Bern 2003, 51.

<sup>13</sup> PIETH (FN 8), 128.

<sup>14</sup> Botschaft StPO (FN 10), 1229; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI (FN 8), § 43 N 1642; FRANZ RIKLIN, StPO Kommentar – Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. A., Zürich 2014, Art. 221 N 5.

den.<sup>15</sup> Ein dringender Tatverdacht und damit eine Anlassstat ist betreffend lit. c der genannten Norm in jedem Fall zwingend notwendig. Dies heisst folglich, dass die Haft gestützt darauf ausschliesslich im Zusammenhang mit einem Strafverfahren erlaubt ist, mithin gerade die allgemeine Präventivhaft i.S.v. Haft wegen Ausführungsgefahr ohne Anlassstat nicht mit umfasst wird.<sup>16</sup> Dem entspricht denn auch die Rechtsprechung des EGMR, wonach die genannte Norm eben ausschliesslich auf Haft in Verbindung mit einem Strafverfahren anwendbar ist.<sup>17</sup> Will man dem entgegen, diese Form der Präventivhaft finde sich im schweizerischen Recht ja doch eben gerade in der Strafprozessordnung, so ändert dies nichts an der dargelegten Systemwidrigkeit und dem polizeirechtlichen Wesen dieser Massnahme. Wird Haft wegen Ausführungsgefahr ohne Anlassstat angeordnet, so handelt es sich um eine polizeirechtliche Anordnung, selbst wenn die Strafverfolgungsbehörden für zuständig erklärt werden. Die Haft basiert eben gerade nicht auf einer Strafuntersuchung. Es gibt nichts zu untersuchen. Aus der systemwidrigen Einordnung der Norm kann nichts zu Gunsten einer Auslegung unter Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK abgeleitet werden. Die Präventivhaft von Art. 221 Abs. 2 StPO lässt sich somit nur soweit auf Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK stützen, als ihrer Anordnung eine zu untersuchende Straftat zugrundeliegt. Die Möglichkeit der Anordnung von Präventivhaft ohne jede Anlassstat ist entgegen der Botschaft StPO in Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK nicht vorgesehen.

Vielversprechender scheint eine Abstützung präventiver Haft ohne Anlassstat auf Art. 5 Abs. 2 lit. b EMRK: Einer Person kann demnach unter anderem die Freiheit «zur Erzwingung der Erfüllung einer gesetzlichen Verpflichtung» entzogen werden. Die Pflicht hat jedoch ausreichend bestimmt zu sein. In reichhaltiger Rechtsprechung definierte der EGMR diese Bestimmung dahingehend, dass eine konkrete und spezifische Pflicht erforderlich sei, wel-

che die inhaftierte Person bisher nicht eingehalten habe.<sup>18</sup> Allerdings legte der EGMR die Norm im bereits zitierten Entscheid i.S. *Ostendorf gegen Deutschland* dahingehend aus, dass es die gesetzliche Pflicht jedes Bürgers sei, keine Straftaten zu begehen und somit die Anordnung von Präventivhaft zur Verhinderung von Straftaten durchaus unter Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK falle. Der Gerichtshof machte jedoch auch deutlich, dass die allgemeine Verpflichtung in unmittelbarer Zukunft keine Straftat zu begehen, nicht als hinreichend konkret und spezifisch angesehen werden könne. Er verspernte sich also einer allzu weiten Auslegung, welche mit dem Gedanken der Rechtsstaatlichkeit unvereinbar sei. Eine Freiheitsentziehung müsse mittelbar dazu beitragen, die Erfüllung der Verpflichtung (zur Nichtdelinquenz) zu erzwingen und dürfe keinen Strafcharakter aufweisen.<sup>19</sup> Dass ein Inhaftierter bloss abstrakt eine Gefahr für die Gesellschaft darstellt, genügt keinesfalls.<sup>20</sup> Demnach ist es gemäss EGMR also unter strenger Voraussetzung zulässig, eine Person auch ohne Anlassstat in Haft zu nehmen, um eine unmittelbar bevorstehende Straftat zu verhindern. Zur Abgrenzung von der auf der diskutierten Norm der schweizerischen StPO gründenden Praxis ist jedoch mit Nachdruck festzuhalten, dass der dem genannten Entscheid des EGMR zugrunde liegende Sachverhalt eine Inhaftierung von lediglich vier Stunden betraf, welche als zulässig qualifiziert wurde.<sup>21</sup>

Die schweizerische Strafprozessordnung geht hier viel weiter, sind doch die Bestimmungen der Untersuchungshaft (namentlich zur Anordnung, Entlassung, Verlängerung und Vollzug) sinngemäss anwendbar.<sup>22</sup> Damit wird Präventivhaft von mehreren Monaten ermöglicht. Der herzustellende Zusammenhang zwischen befürchtigtem Delikt und der konkreten Haftdauer dürfte dabei nur selten ein derart unmittelbares Verhältnis enthalten, wie in dem geschilderten Fall vor EGMR. Anders ausgedrückt: Je länger die Haft andauert, desto schwieriger wird es, deren unmittelbaren Zusammenhang mit der Deliktverhinderung nachzuweisen. Erwähnt sei bei die-

<sup>15</sup> BJÖRN ELBERLING, in: Ulrich Karpenstein/Franz C. Mayer (Hrsg.), EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, München 2012, Art. 5 N 49, welcher den Wortlaut von Art. 5 lit. c EMRK als eine der «schlechtestformulierten Vorschriften der EMRK» bezeichnet.

<sup>16</sup> ELBERLING (FN 15), Art. 5 N 49 ff., insbesondere N 56; wohl a.M. CHRISTOPH GRABENWARTER/KATHARINA PABEL, Europäische Menschenrechtskonvention, 5. A., München/Basel/Wien 2012, § 21 N 20, wonach blosser Ausführungsgefahr genüge und das Vorliegen der Wiederholungsgefahr für die Anordnung von Präventivhaft nicht erforderlich sei.

<sup>17</sup> Urteil des EGMR 15598/08 i.S. *Ostendorf gegen Deutschland* vom 7. März 2013, § 68; Urteil des EGMR 8080/08 und 8577/08 i.S. *Schwabe und M.G. gegen Deutschland* vom 1. Dezember 2011, § 72.

<sup>18</sup> Vgl. ELBERLING (FN 15), Art. 5 N 41, mit mehreren Hinweisen auf die jeweilige Rechtsprechung.

<sup>19</sup> Urteil des EGMR 15598/08 i.S. *Ostendorf gegen Deutschland* vom 7. März 2013, §§ 69 ff.

<sup>20</sup> Urteil des EGMR 11152/84 i.S. *Ciulla gegen Italien* vom 22. Februar 1989, § 40.

<sup>21</sup> Der Betroffene wurde konkret verdächtigt mit einer Gruppe Bremer Hooligans nach Frankfurt gereist zu sein, um sich dort mit Hooligans des verfeindeten Fussballvereins zu treffen und zu prügeln, wobei er dieses Treffen arrangiert hätte. Kurz vor Beginn des jeweiligen Fussballspiels wurde er folglich in der Stadionwache inhaftiert und nach Spielschluss wieder freigelassen.

<sup>22</sup> Botschaft StPO (FN 10), 1229.

ser Gelegenheit auch, dass die fragliche Inhaftierung im Fall *Ostendorf gegen Deutschland* auf § 32 Abs. 1 Nr. des Hessischen Gesetzes über öffentliche Sicherheit und Ordnung (HSOG) und damit systemkonform auf Polizeirecht abstützte. Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK sowie der geschilderte Entscheid des EGMR können somit kaum schlechthin als mit Art. 221 Abs. 1 StPO konform bezeichnet werden.

Präventivhaft ohne Anlasstat wird durch die EMRK und die Praxis des EUGH somit nicht generell ausgeschlossen, jedoch ist ein sehr hoher Massstab an deren Rechtmässigkeit angesetzt. Es ist zweifelhaft, ob die schweizerische Norm von Art. 221 Abs. 2 StPO diesem Massstab überhaupt gerecht werden kann, wenn Haft ohne Anlasstat über mehrere Monate angeordnet wird. So sehr der Norm entsprechend ein fahler Beigeschmack anhaftet, ist jedoch auch festzuhalten, dass die praktischen Konsequenzen bislang bescheiden ausfallen. Staatsanwaltschaften werden grundsätzlich ohne Verdacht hinsichtlich einer Anlasstat erst gar nicht tätig. Die geschilderte Problematik erlangt wohl nur praktische Relevanz, wo ein Strafverfahren einzustellen ist, etwa wegen des Rückzugs eines Strafantrags (wo die Anlasstat ein Antragsdelikt ist) oder das Erfüllen eines Straftatbestands im Rahmen der Untersuchung schnell ausgeschlossen werden kann. Zudem besteht begründeter Anlass zur Annahme, dass die Norm mit Bedacht angewendet wird.

#### D. Praktische Fragestellung

Das Gesagte bringt uns nichtsdestotrotz in eine schwierige Lage. Denn den Staatsanwaltschaften und Zwangsmassnahmenrichtern wurde hier gewichtige Verantwortung auferlegt, welche selbstverständlich nicht mit einem lapidaren Verweis auf die Systemwidrigkeit der zugrundeliegenden Norm oder den engen Grenzen gemäss EMRK ignoriert werden kann. Es ist ein Rahmen zu entwickeln, welcher es den verantwortlichen Strafbehörden ermöglicht, ihre gesetzliche Verantwortung effektiv und angemessen wahrzunehmen. Nach hier vertretener Ansicht wäre vor allem der Gesetzgeber gefordert, indem er gesonderte Regelungen zur Präventivhaft erlässt und sich nicht mit dem Verweis auf sinngemässe Anwendung der Bestimmungen zur Untersuchungshaft begnügt. Die Schwierigkeiten in der Anwendung von Art. 221 Abs. 2 StPO sind weitreichend. Vorliegend soll versucht werden, einen Beitrag zur Annäherung an Antworten zu leisten.

Es können primär die folgenden (nicht abschliessenden) Problemkreise umschrieben werden:

– Wird eine Person wegen Ausführungsfahrerhaft inhaftiert, so ist – auch bei Vorliegen einer Anlasstat – unklar, wie lange eine solche Person inhaftiert werden

darf oder soll. Man mag selbstverständlich ausführen, dass die Inhaftierung so lange anzudauern habe, wie die konkrete Gefahr fortbesteht. Hierbei handelt es sich jedoch mehr um eine pauschale Floskel denn um einen tatsächlichen Lösungsansatz für die verantwortlichen Strafbehörden. Wann und ob die Gefahr der Tatausführung im Falle der Haftentlassung gebannt ist, kann in kaum einem Fall genau datiert werden. Eine Beschränkung der Haftdauer findet sich einzig (bei Vorliegen einer Anlasstat) im Verbot der Überhaft (Art. 212 Abs. 3 StPO).<sup>23</sup> Die (generellen) Voraussetzungen einer Haftentlassung sind jedoch schwer zu definieren.

- In Bezug auf die Präventivhaft ohne Anlasstat wird die Frage der möglichen Haftdauer zusätzlich erschwert. Hier fehlt nämlich gar die absolute Obergrenze des Verbots der Überhaft. Eine Anlasstat, anhand welcher die Höhe der Überhaft definiert würde, ist gerade nicht vorhanden. Vielmehr tritt Überhaft logischerweise doch sofort, also von der ersten Sekunde der Inhaftierung ein. Unklar ist, ob eine anderweitige, absolute Maximaldauer gilt, oder in welcher Höhe diese anzusetzen ist.<sup>24</sup> Auch in dieser Konstellation stellt sich zudem gleichermassen die Frage nach den generellen Voraussetzungen der Haftentlassung.
- Zu klären ist auch, ob Inhaftierten ohne Vorliegen einer Anlasstat eine Genugtuung nach Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO zuzusprechen ist, oder wann und weshalb gerade nicht.
- Klärungsbedürftig ist sodann das Verhältnis zu andern rechtlichen Instituten, wie etwa der Friedensbürgschaft bzw. der Sicherheitshaft gemäss Art. 66 StGB oder zu Massnahmen des Erwachsenenschutzrechts, insbesondere der fürsorglichen Unterbringung gemäss Art. 426 ff. ZGB.

<sup>23</sup> HUG/SCHNEIDER (FN 4), Art. 221 N 45, mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 1B.585/2012 vom 30. Oktober 2012 und 1B.345/2013 vom 28. Oktober 2013.

<sup>24</sup> Vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B.345/2013 vom 28. Oktober 2013, E. 5.2., wobei das Bundesgericht hier gar offen gelassen hat, ob Art. 212 Abs. 3 StPO auf Haft wegen Ausführungsfahrerhaft bei Vorliegen einer Anlasstat tatsächlich anwendbar ist (mit der Begründung, dass Überhaft in casu ohnehin nicht gegeben gewesen sei); HUG/SCHNEIDER (FN 4), Art. 221 N 45; SCHMID (FN 5), Art. 221 N 15.

#### IV. Die Dauer der Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO

##### A. Kriterien der Haftentlassung

###### 1. Ausgangslage

Für die Untersuchungshaft wegen Ausführungsgefahr gilt grundsätzlich, was für die anderen Haftgründe auch gilt: Die Haft kann zunächst für bis zu drei Monaten angeordnet und wiederum mehrfach um jeweils bis zu drei Monaten verlängert werden (Art. 227 Abs. 2 StPO). Eine Obergrenze der maximalen Dauer von Untersuchungshaft ergibt sich aus dem Verbot der Überhaft (Art. 212 Abs. 3 StPO). Der Richter darf die Haft nur so lange erstrecken, als sie nicht in grosse zeitliche Nähe der im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung zu erwartenden Dauer der freiheitsentziehenden Sanktion rückt.<sup>25</sup> Eine Person ist jedenfalls aus der Haft zu entlassen, wenn die jeweiligen Haftgründe weggefallen sind. Hinsichtlich des Haftgrunds der Ausführungsgefahr ist folglich eine Entlassung zu vollziehen, sobald nicht mehr ernsthaft damit zu rechnen ist, dass ein schweres Verbrechen begangen werden wird.

In aller Regel dürfte es aber eben kaum möglich sein, den Wegfall der Gefahr einer Tatausführung genau zu datieren. In der Praxis muss dieser Schwierigkeit seitens der Staatsanwaltschaften und Zwangsmassnahmengerichte mit Augenmass und einer restriktiven Anwendung der Präventivhaft begegnet werden.<sup>26</sup> Diese Feststellung dürfte den genannten Strafbehörden jedoch nur wenig dienen. Es sind weitere Präzisierungen nötig.

###### 2. Unmittelbare und konkrete Gefährdung

Eine gewisse Präzisierung kann anhand des durch die geschilderte Praxis des EGMR bereits hervorgehobenen Kriteriums der Unmittelbarkeit einer Gefahr erfolgen: Präventivhaft ist so lange gerechtfertigt, als die Gefahr der Ausübung einer bevorstehenden Straftat noch als unmittelbar zu bezeichnen ist. Dem entsprechend führt auch

das Bundesgericht aus, dass eine positive Schutzpflicht anzunehmen ist, wenn eine reelle und unmittelbare Gefahr besteht.<sup>27</sup> Es ist also nicht ausreichend, wenn eine Person als gefährlich eingeschätzt wird und zu befürchten ist, diese werde eine schwere Straftat begehen. Eine bloss abstrakte Gefährdung kann eben nicht genügen. Anderes würde bedeuten, eine Vielzahl an Bürgern inhaftieren zu müssen. Es kann einerseits aus rechtsstaatlicher Sicht nicht angehen, Bürger bereits für abstrakte oder entfernte Gefährdung in Haft zu nehmen. Andererseits stellt sich die Frage, ob Staatsanwälten und Zwangsmassnahmenrichtern guten Gewissens die Verantwortung für solch abstrakte Gefährdungen zugeschoben werden kann.

Damit soll jedoch nicht darüber hinweggetäuscht werden, dass auch das Kriterium der Unmittelbarkeit nur bedingt Klarheit bringt und wiederum die Strafbehörden gefordert sind, nach ihrem Ermessen im Einzelfall auszulegen, wieweit eine unmittelbare und konkrete Gefährdung noch angenommen werden kann.

###### 3. Warnwirkung als Hilfskriterium zu Gunsten des Inhaftierten

Des weiteren bietet es sich an, eine mit zunehmender Haftdauer grundsätzlich zunehmende Warnwirkung als eine Art Hilfskriterium beizuziehen, was jedoch mit weiteren Schwierigkeiten verbunden ist und nur sehr bedingt konkrete Antworten für die praktischen Einzelfälle bieten dürfte. Das genannte Kriterium soll im Folgenden jedoch als These in den Raum gestellt werden:

Die Anforderungen an die Präventivhaft gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO müssten demnach mit zunehmender Dauer der Haft steigen. Der Haft muss also – dem Grundsatz nach und den «Durchschnittsinhaftierten» vorausgesetzt – eine relevante Warnwirkung zugesprochen und diese im Laufe der verstreichenden Haftzeit vermehrt zu Gunsten des Inhaftierten berücksichtigt werden. Je länger sich eine Person also in Präventivhaft befindet, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit der Ausführung der drohenden Tat zu fingieren. Für eine andere Annahme müssen konkrete, vordringliche Anhaltspunkte bestehen, welche etwa in der Persönlichkeit des Täters oder dessen Verhalten vor oder während der Haft liegen können. Es sind folglich ausserordentliche Umstände zu fordern, um Präventivhaft von längerer Dauer anzuordnen. Damit kann zumindest ein wenig konkretisiert werden, was unter einer restriktiven Praxis der Anwendung der Untersuchungshaft aufgrund von Ausführungsgefahr zu verstehen ist.

<sup>25</sup> Statt vieler: Urteil des Bundesgerichts 1B.234/2008 vom 8. September 2008, E. 3.

<sup>26</sup> SCHMID (FN 5), Art. 222 N 14; vgl. auch BGE 137 IV 84 (=Urteil des Bundesgerichts 1B.126/2011 vom 6. April 2011), wobei das Bundesgericht in demselben Entscheid den Haftgrund der Wiederholungsgefahr eher grosszügig denn restriktiv ausgelegt hat, vgl. dazu kritisch: PETER ALBRECHT, Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 6. April 2011 i.S. X. gegen Staatsanwaltschaft Basel-Landschaft und Zwangsmassnahmengericht Basel-Landschaft 1B\_126/2011 (Veröffentlichung in der Amtlichen Sammlung vorgesehen), AJP/PJA 2011, 980–982.

<sup>27</sup> BGE 139 IV 121 E. 4.6. S. 125.

Die Gefahr eines solchen Kriteriums liegt darin, dass die Präventivhaft als eine Art reiner «Beuge- oder Erziehungshaft» missverstanden werden könnte. Zweck der Präventivhaft scheint der Schutz potentieller Opfer durch vorübergehende Einschränkung der persönlichen Freiheit des potentiellen Täters zu sein, nicht jedoch einen potentiellen Täter mittels Haft «zur Raison zu rufen» oder «zur Vernunft zu beugen». Er ist einzig so lange wie nötig aus dem Verkehr zu ziehen. Kommt jedoch ein Inhaftierter durch die gewöhnlichen Härten der Untersuchungshaft zur Vernunft, so ist dies selbstverständlich zu berücksichtigen, wenn er dies explizit und glaubwürdig zum Ausdruck bringt. Die von ihm ausgehende Gefahr ist dann weggefallen. Bringt dies ein Inhaftierter jedoch nicht zum Ausdruck, so ist eine gewisse «Beugung» des Betroffenen dennoch zu fingieren und es sind besondere Gründe nachzuweisen, welche diesen Effekt beim konkreten Inhaftierten zu widerlegen vermögen.

Im Ergebnis darf die geschilderte Warnwirkung der Haft also nicht Sinn und Zweck der Haftanordnung, Haftverlängerung oder der Ablehnung einer Haftentlassung sein. Sie ist aber als mögliche Nebenwirkung der Haft zu Gunsten des Inhaftierten in die Erwägungen der Strafbehörden einzubeziehen. Dies bedeutet natürlich auch, dass das Vorhandensein einer Warnwirkung aufgrund der konkreten Umstände im Einzelfall verneint oder relativiert werden kann. Auch hier besteht letztlich wieder ein grosses Ermessen der Strafbehörden.

## B. Absolute Maximaldauer der Präventivhaft

### 1. Ausgangslage

Eine Maximaldauer der Präventivhaft nach Art. 221 Abs. 2 StPO lässt sich aus Art. 212 Abs. 3 StPO nur für jene Fälle ableiten, in denen ein Strafverfahren läuft: Überhaft ist unzulässig und zu vermeiden. Läuft jedoch keine Strafuntersuchung, so ist eine absolute Maximaldauer nicht erkennbar, da keine Anlasstat besteht, anhand welcher die Höhe der Überhaft definiert werden könnte.<sup>28</sup> Vielmehr ist festzuhalten, dass die sinngemässe Anwendung von Art. 212 Abs. 3 StPO auf diese Fälle gar nicht möglich ist bzw. die Anordnung von Haft grundsätzlich und ausnahmslos ausschliessen würde. Liegt nämlich keine Anlasstat vor, so droht auch keine Strafe. Und droht keine Strafe, so tritt Überhaft ab der ersten Sekunde einer Inhaftierung ein. Will man nun den gesetzgeberischen Willen zur Ermöglichung von Präventivhaft ohne Anlass-

stat beachten, so ist eine (sinngemässe) Anwendung von Art. 212 Abs. 3 StPO in diesen Fällen auszuschliessen. Andernfalls würde Präventivhaft ohne Anlasstat generell verunmöglicht (respektive hätte zwingend eine Entschädigung i.S.v. Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO zur Folge).

An dieser Stelle ist jedoch auch die praktische Relevanz dieser Fragestellung bzw. der Anordnung von Untersuchungshaft wegen Ausführungsgefahr ohne Vorliegen einer Anlasstat (nochmals) zu relativieren: Besteht keine Anlasstat, so wird die Staatsanwaltschaft in aller Regel gar nicht tätig werden. Denkbar ist der Eintritt einer solchen Konstellation mit Fehlen einer Anlasstat bei Rückzug eines notwendigen Strafantrags (etwa bei Strafuntersuchung einer Drohung gemäss Art. 180 StGB), bei Aufnahme einer Strafuntersuchung, in welcher schnell klar wird, dass kein Tatbestand erfüllt wurde, oder bei jeder andern Konstellation, welche zur Einstellung des Strafverfahrens nach Art. 319 StPO führt. Einer allfälligen Anordnung von Haft liegt dann keine Anlasstat bzw. keine Strafuntersuchung mehr zugrunde. Aber auch wenn eine Person in irgendeiner Form eine schwere Gewalttat ankündigt, kann das Sicherheitsinteresse für eine Anordnung von Präventivhaft sprechen, selbst wenn von vornherein klar ist, dass (noch) keine Straftat begangen worden ist. Diese Fälle dürften in der Praxis jedoch von grosser Seltenheit bleiben. Dennoch verdient die Problematik mehr Aufmerksamkeit.

### 2. Ablehnung einer Analogie zur Sicherheitshaft (Art. 66 Abs 2 StGB)

Ein Teil der Lehre kommt zum Schluss, dass bei fehlendem Deliktsskonnex die Untersuchungshaft wegen Ausführungsgefahr auf maximal zwei Monate beschränkt sein müsse. Dies jeweils mit dem Hinweis auf BGE 125 I 367, in welchem das Bundesgericht eine Präventivhaft von rund zwei Monaten angesichts massiver, ernstzunehmender Tötungsdrohungen als nicht unverhältnismässig beurteilte. Es wird bemerkt, dass damit eine Übereinstimmung mit der Maximaldauer der Sicherheitshaft bei der Friedensbürgschaft bestehen würde (Art. 66 Abs. 2 StGB). Es handle sich hierbei nur um eine Sofortmassnahme, die von anderen Instrumenten abgelöst werden soll, wie etwa der Friedensbürgschaft (Art. 66 StGB) oder der fürsorgerischen Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB).<sup>29</sup> Mit einer solch kurzen absoluten Maximaldauer wird

<sup>28</sup> Vgl. FN 24.

<sup>29</sup> SCHMID (FN 5), Art. 226 N 8; HUG/SCHWEIDEGGER (FN 4), Art. 221 N 45 f.; kritisch: FORSTER (FN 1), Art. 221 N 18, mit dem Verweis darauf, dass das Bundesgericht eine solche abstrakte Höchstdauer nicht bestätigt hat; a.M. WEDER (FN 2), 380 f.

auch die Verlängerung einer angeordneten Haft gemäss Art. 221 Abs. 2 StPO über diese Dauer hinaus generell ausgeschlossen. Diese Ansicht ist aus nachfolgenden Gründen abzulehnen.

Der für die genannte Lehrmeinung massgebliche und vorne zitierte Bundesgerichtsentscheid hat sich weder direkt noch indirekt mit der Frage befasst, ob Präventivhaft ohne Anlasstat an eine Maximaldauer gebunden sein sollte und wie hoch diese sein könnte. Das Bundesgericht hat dort einzig festgehalten, dass die im konkreten Fall ausgestandene Untersuchungshaft von zwei Monaten angesichts der gesamten Umstände nicht unverhältnismässig war. Hieraus kann jedoch gerade nicht *e contrario* der Schluss gezogen werden, eine Haftanordnung von über zwei Monaten sei gemäss Bundesgericht stets unverhältnismässig. Gegen die Annahme einer absoluten Maximaldauer von nur zwei Monaten spricht auch der Gesetzeswortlaut sowie die systematische Einordnung von Art. 221 Abs. 2 StPO: Untersuchungshaft kann für höchstens drei Monate angeordnet werden – dies jedoch mit der Möglichkeit der Verlängerung (Art. 227 StPO). Für die Präventivhaft wurden keine davon abweichenden Bestimmungen erlassen, sondern die Norm vielmehr in jene der Untersuchungs- und Sicherungshaft eingebettet. Die Botschaft StPO spricht sich für die sinngemässe Anwendung der Bestimmungen der Untersuchungshaft aus.<sup>30</sup> Will man die Präventivhaft nun mit der Friedensbürgschaft gemäss Art. 66 StGB vergleichen, so ist festzustellen, dass dort eine solche Maximaldauer von zwei Monaten ausdrücklich vorgesehen wurde. Anders als bei der Friedensbürgschaft können nur «schwere Verbrechen» zur Präventivhaft führen. Deshalb ist nach hier vertretener Meinung kaum vom Willen des Gesetzgebers zu einer derart kurzen Maximaldauer, mithin einer Analogie zu Art. 66 StGB auszugehen.<sup>31</sup> Das Sicherheitsinteresse ist in den Fällen drohender schwerer Delikte vergleichsweise höher zu gewichten. Es ist denn auch ganz grundsätzlich fragwürdig, die Haft wegen Ausführungsgefahr mit Anlasstat (bloss) durch das Überhaftverbot und damit auf mehrere Jahre maximal zu begrenzen und jene ohne Anlasstat für bloss zwei Monate zu ermöglichen. Der Zweck der Untersuchungshaft wegen Ausführungsgefahr ist schliesslich so oder anders der Gleiche. So wird zu Recht entgegeng gehalten, dass Sinn und Zweck der beiden Normen nicht übereinstimmend sei: Bei der Sicherheitshaft nach Art. 66 Abs. 2 Satz 2 StGB handle es sich um eine Form der Beugehaft, welche nicht direkt die angedrohte Tat verhindern,

sondern das jeweilige Versprechen und/oder die Sicherheitsleistung erzwingen wolle.<sup>32</sup>

### 3. Bemessung anhand der Annahme von Strafbarkeit der Drohung

Nach einer anderen Meinung ist die Maximaldauer der Haft bei Fehlen einer Anlasstat anhand jener Freiheitsstrafe zu bemessen, die zu erwarten wäre, wenn die die Haft begründende Drohung strafbar wäre.<sup>33</sup> Damit wird mittels einer veränderten Definition von Überhaft versucht, Art. 212 Abs. 3 StPO auch für diese Fälle anwendbar zu machen. Dies scheint jedoch nur zu funktionieren, soweit etwa eine Anlasstat bloss wegen fehlendem Strafantrag nicht vorliegt. Wo es jedoch an der Tatbestandsmässigkeit einer Drohung fehlt, beträgt die Höhe der zu erwartenden Freiheitsstrafe stets null Tage.

Es bleibt nach hier vertretener Meinung dabei, dass Art. 212 Abs. 3 StPO keine (sinngemässe) Anwendung auf Präventivhaft ohne Deliktsskonnex finden kann, ohne dass solche Haft generell ausgeschlossen (bzw. immer eine Entschädigung gemäss Art. 429 Abs. 1 StPO nach sich ziehen) würde.

### 4. Betonung des Kriteriums der Unmittelbarkeit

Damit wird deutlich, dass die Anordnung von Präventivhaft ohne Anlasstat ohne jede generell gültige, maximale Begrenzung eingeführt worden ist. Umso wichtiger wird damit das Kriterium der Unmittelbarkeit: Untersuchungshaft wegen Ausführungsgefahr soll nur so lange aufrecht erhalten bleiben, als die Gefahr der Tatausführung noch von hoher Unmittelbarkeit ist. Es ist auf bereits Ausgeführtes zu verweisen. Dieses Kriterium ist unabhängig davon, ob eine Anlasstat vorliegt oder nicht. Es dürfte kaum je begründbar sein, die Unmittelbarkeit einer Gefährdung etwa über eine Vielzahl an Jahren herzuleiten. Andererseits bietet dieses Kriterium Handlungsspielraum für den extremen Ausnahmefall.

## V. Verhältnis zu andern Massnahmen

### A. Präventivhaft als Sofortmassnahme

Die Charakterisierung der Haft wegen Ausführungsgefahr (wie auch wegen Wiederholungsgefahr) als Sofortmassnahme, welche von andern Instrumenten abgelöst werden

<sup>30</sup> Botschaft StPO (FN 10), 1229.

<sup>31</sup> Vgl. auch WEDER (FN 2), 381.

<sup>32</sup> WEDER (FN 2), 381.

<sup>33</sup> WEDER (FN 2), 381.



sollte, leuchtet ungeachtet der bisherigen Ausführungen durchaus ein.<sup>34</sup> So kann die Staatsanwaltschaft im Einzelfall auch eine Begutachtung des Inhaftierten anstreben, um die Gefährlichkeit desselben sicher abzuklären und entsprechend adäquate Anschlusslösungen aufzugleisen. Sofern eine Strafuntersuchung läuft, kann mit Anklageerhebung im Falle einer psychischen Erkrankung allfällig eine stationäre Massnahme gemäss Art. 59 StGB oder gar eine Verwahrung gemäss Art. 64 StGB beantragt werden. Die Einholung eines Gutachtens nimmt für gewöhnlich mehrere Monate in Anspruch, wobei eine gewisse Beschleunigung mittels Einverlangen von Kurzgutachten sowie Zwischenberichten bzw. Vorabstellungnahmen zur Ausführungsgefahr erreicht werden kann.<sup>35</sup> Das Zwangsmassnahmengericht ist befugt, die Staatsanwaltschaft entsprechend anzuweisen und hierbei eine Frist zu setzen (vgl. Art. 226 Abs. 4 lit. b StPO).<sup>36</sup> Im seltenen Fall des Fehlens einer Anlasstat kann bei Verdacht einer psychischen Erkrankung die Beantragung einer fürsorgerischen Unterbringung bei der zuständigen Erwachsenenschutzbehörde in Betracht gezogen werden (vgl. dazu nachfolgend). In diesem Fall ist es an der letztgenannten Behörde, die jeweiligen Voraussetzungen abzuklären. Hier wird die Anordnung von Untersuchungshaft i.S.v. Art. 221 Abs. 2 StPO in der Regel tatsächlich nur eine Übergangslösung von sehr kurzer Dauer sein. Das Verhältnis zum Institut der fürsorgerischen Unterbringung ist nachfolgend genauer zu beleuchten.

## B. Fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB)

Fürsorgerische Unterbringung dient dem Schutz des Betroffenen und nicht seiner Umgebung, weshalb die alleinige Wahrung der öffentlichen Sicherheit deren Anordnung nicht rechtfertigt.<sup>37</sup> In der Lehre wird allerdings vorgebracht, sie sei bei gegebenem Schwächezustand i.S.v. Art. 426 Abs. 1 ZGB auch in dem Sinne als Schutz des Betroffenen vor sich selber zulässig, wie er von der Begehung einer schweren Straftat abgehalten werden soll.<sup>38</sup>

Bei Fremdgefährdung gehen polizei-, strafprozessuale, straf- und zivil- wie auch verwaltungsrechtliche Massnahmen der fürsorgerischen Unterbringung jedoch vor.<sup>39</sup> Dies hat einerseits zur Folge, dass die fürsorgerische Unterbringung nicht mehr angeordnet werden darf, wenn der vorrangige Zweck einer Verhinderung von Fremdgefährdung bereits durch angeordnete Untersuchungshaft erreicht wird.<sup>40</sup> Andererseits ist es dennoch möglich, dass beide Massnahmen zur gleichen Zeit angeordnet sind, wobei dann aufgrund des erwähnten Vorrangs die Untersuchungshaft Platz greift.<sup>41</sup>

Fürsorgerische Unterbringung kommt nur in Betracht, wenn der potentielle Täter an einer psychischen Störung leidet und die fragliche Gefährdung sich aus dieser selbst ergibt (vgl. Art. 426 Abs. 1 ZGB). Nachdem aber eine Vielzahl von (verurteilten) schweren Straftätern nicht an einer gravierenden psychischen Störung leidet oder deren Taten nicht stets auf ebensolche zurückzuführen sind, ist anzunehmen, dass ein Grossteil der potentiellen Straftäter, welche mit schweren Taten (ausdrücklich oder konkludent) drohen, ebenfalls nicht an einer psychischen Krankheit leiden bzw. die entsprechende Drohung nicht auf eine solche zurückzuführen ist.<sup>42</sup> Das jeweilige Ermessen liegt letztlich bei der zuständigen Erwachsenenschutzbehörde. Die Strafbehörden sind zur Kooperation mit diesen angehalten und umgekehrt.<sup>43</sup> Staatsanwaltschaft oder Zwangsmassnahmengericht können entsprechend gehalten sein, eine Gefährdungsmeldung an die Erwachsenenschutzbehörde vorzunehmen. Dies etwa, wenn sie zum Schluss kommen, dass eine genügende Unmittelbarkeit der Gefährdung fehlt oder entfallen ist, womit kein Raum für eine Haftanordnung (mehr) besteht, obschon gewisse Handlungsnotwendigkeit nicht ausgeschlossen werden kann. Dass sich hieraus keine unnötige Verzögerung und damit Verlängerung der Haft ergeben darf, ist selbstverständlich und die jeweilige Meldung rechtzeitig zu erstatten. Ebenso ist sie durch die Erwachsenenschutzbehörde prioritär zu behandeln.

Zu erwähnen ist auch, dass die fürsorgerische Unterbringung nicht zwingend ein Gutachten voraussetzt. Bei

<sup>34</sup> SCHMID (FN 5), Art. 226 N 8.

<sup>35</sup> Urteil des Bundesgerichts 1B.345/2013 vom 28. Oktober 2013, E. 6; Urteil des Bundesgerichts 1B.705/2012 vom 10. Dezember 2012, E. 2.11.; Urteil des Bundesgerichts 1B.731/2011 vom 19. Januar 2012, E 6.3.

<sup>36</sup> Vgl. FORSTER (FN 1), Art. 226 N 11 und Fn. 85.

<sup>37</sup> THOMAS GEISER/MARIO ETZENSBERGER, in: Thomas Geiser/Ruth Reusser (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht – Art. 360–456 ZGB, Basler Kommentar, Basel 2012, Art. 426 N 41 f.

<sup>38</sup> PATRICK FASSBIND, Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2012, 319, mit Verweis auf Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Zi-

vilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindesrecht) vom 28. Juni 2006, BBl 2006 7001, 7063; GEISER/ETZENSBERGER (FN 37), Art. 426 N 42.

<sup>39</sup> FASSBIND (FN 38), 319, mit weiteren Verweisen.

<sup>40</sup> CHRISTOF BERNHART, Handbuch der fürsorgerischen Unterbringung – Die fürsorgerische Unterbringung und medizinische Behandlung nach dem neuen Erwachsenenschutzrecht sowie dessen Grundsätze, Basel 2011, N 374.

<sup>41</sup> BERNART (FN 40), N 367.

<sup>42</sup> Vgl. dazu auch WEDER (FN 2), 372.

<sup>43</sup> BERNART (FN 40), N 376.

psychischen Störungen ist erst der Entscheid der Beschwerdeinstanz zwingend auf ein solches abzustützen (Art. 450e Abs. 3 ZGB e contrario).<sup>44</sup> Hingegen kann eine fürsorgerische Unterbringung gerade auch zwecks Begutachtung angeordnet werden (Art. 449 ZGB). Gestützt hierauf lässt sich diese jedoch nur so lange rechtfertigen, als sie für die Erstellung des Gutachtens nötig ist. Eine Anschlusslösung wird sich dann mutmasslich auf das Resultat des Gutachtens abstützen.

Untersuchungshaft wird selbstverständlich in Untersuchungsgefängnissen durchgeführt, was aufgrund der oftmals schwierigen Haftbedingungen eher eine psychische Belastung für den Inhaftierten darstellt. Fürsorgliche Unterbringung kann zwar auch in geschlossenen Abteilungen erfolgen, jedoch dürfte der jeweilige Sicherungsstandard gegenüber jenem eines Untersuchungsgefängnisses deutlich zurückstehen. Zu beachten ist zudem, dass eine fürsorgerische Unterbringung (nur, aber immerhin) ausnahmsweise auch in einer Strafanstalt vollzogen werden kann.<sup>45</sup>

Im Ergebnis sind die Staatsanwaltschaften im Zusammenspiel mit den Erwachsenenschutzbehörden auch in diesem Zusammenhang stark gefordert, auf der Klaviatur der Möglichkeiten im Einzelfall den richtigen Ton zu treffen.

### C. Friedensbürgschaft und Sicherheitshaft (Art. 66 StGB)

Zu beachten ist auch das Mittel der Friedensbürgschaft bzw. der Sicherheitshaft gemäss Art. 66 StGB: Vorausgesetzt ist dabei das (glaubwürdige) Versprechen der Nichtbegehung einer befürchteten Tat und die Erbringung einer Sicherheitsleistung (Abs. 1). Bei Verweigerung des Versprechens oder der böswilligen Nichtleistung der Sicherheitsleistung ist die Person in entsprechende Sicherheitshaft zu nehmen (Abs. 2).

Art. 372 Abs. 2 StPO ist nun zu entnehmen, dass eine Friedensbürgschaft ausser Betracht fällt, wenn bereits Haft wegen Wiederholungs- oder Ausführungsgefahr besteht. Hieraus ergibt sich der grundsätzliche Vorrang von Art. 221 Abs. 2 StPO gegenüber der Friedensbürgschaft.<sup>46</sup> Es sollte auch folgendes besonders beachtet werden: Die Voraussetzungen der Abgabe des Versprechens und des

Erbringens einer Sicherheitsleistung sind kumulativ und die Anordnung der Sicherheitshaft nach Art. 66 Abs. 1 StGB ist nur zulässig, wenn die Sicherheitsleistung böswillig (!) nicht geleistet wird. Ausser Betracht fällt eine Person, welche mit einem schweren Verbrechen gedroht hat und nach Erreichen einer kurzen Höchstdauer der Präventivhaft nun das Versprechen abgibt, das Delikt nicht zu begehen, aber zu keinerlei Sicherheitsleistung in der Lage ist – also ohne bösen Willen nicht leistet (bzw. nicht leisten kann). Klar wird jedenfalls, dass die Friedensbürgschaft für drohende schwere Delikte nur wenig Abhilfe i.S. einer Alternative zu Art. 221 Abs. 2 StPO bieten kann.

### D. Ersatzmassnahmen (Art. 237 StPO)

Selbstverständlich ist sodann in jedem Einzelfall abzuwägen, ob Ersatzmassnahmen i.S.v. Art. 237 StPO ausreichend geeignet sind, einer Gefahr zu begegnen.<sup>47</sup> Dabei dürfte gerade bei Beziehungskonflikten regelmässig ein Rayon- und Kontaktverbot i.S.v. Art. 237 Abs. 2 lit. c und g StPO zu thematisieren sein.<sup>48</sup> Jedoch ist zu bedenken, dass die Kontrolle eines solchen Verbots in der Regel dem Opfer obliegt bzw. von dessen Aufmerksamkeit und Bereitschaft zur Meldung von Widerhandlungen abhängt. Opfer weisen im Rahmen von Beziehungskonflikten oft ein ambivalentes, beeinflussbares Verhältnis zum jeweiligen Täter auf.

Soweit eine Eingrenzung i.S.v. Art. 237 Abs. 2 lit. c StPO angeordnet wird – also das Gebot sich an einem bestimmten Ort aufzuhalten –, sind die Möglichkeiten der elektronischen Überwachung («Electronic Monitoring») zu beachten.<sup>49</sup>

## VI. Genugtuung nach Art. 429 Abs. 1 lit. c StPO

Einer beschuldigten Person steht im Falle eines Freispruchs oder einer Verfahrenseinstellung gemäss Art. 429

<sup>44</sup> Vgl. OLIVIER GUILLOD, in: Andrea Bächler/Christoph Häfeli/Audrey Leuba/Martin Stettler (Hrsg.), *Erwachsenenschutz*, Fam-Kommentar, Bern 2013, Art. 426 N 36 f. und 43.

<sup>45</sup> Urteil des Bundesgerichts 5A.864/2009 vom 11. Januar 2010, E. 3.3.; BGE 112 II 486 E. 4c S. 490.

<sup>46</sup> HUG/SCHIEDEGGER (FN 4), Art. 221 N 40, mit Verweis auf Urteil des Bundesgerichts 1B.100/2009 vom 20. Mai 2009, E. 3.5.

<sup>47</sup> Vgl. zur Abgrenzung der Präventivhaft zu den Ersatzmassnahmen: Urteil des Bundesgerichts 1B.456/2013 vom 27. Januar 2014, (publ. in:) SJZ 2014, 167–169, 167.

<sup>48</sup> MATTHIAS HÄRRI, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO)*, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014, Art. 237 N 11 und 26.

<sup>49</sup> Vgl. zum Monitoring etwa: HÄRRI (FN 48), Art. 237 N 34 ff.; JONAS WEBER, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO)*, Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014, Art. 237 N 34 ff.

Abs. 1 lit. c StPO eine Genugtuung für besonders schwere Verletzungen ihrer persönlichen Verhältnisse zu, wobei insbesondere der Freiheitsentzug als mögliche Verletzung genannt wird. Ein solcher Anspruch ist von Amtes wegen zu prüfen (Art. 429 Abs. 2 StPO).

Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO enthält sodann eine vorliegend sehr relevante Ausnahme: Eine Genugtuung kann nämlich verweigert (oder herabgesetzt) werden, wenn die betroffene Person rechtswidrig und schuldhaft die Einleitung des Verfahrens bewirkt (oder dessen Durchführung erschwert) hat. Damit wird an den Grundsatz angeknüpft, wonach sich die Kostenaufgabe nach Art. 426 Abs. 2 StPO und die Zuspreehung einer Entschädigung bzw. Genugtuung nach Art. 429 StPO in der Regel ausschliessen.<sup>50</sup> Zur Auslegung der Begriffe der Rechtswidrigkeit und Schuldhaftigkeit gilt folglich, was schon unter Art. 426 Abs. 2 StPO Geltung hat. Rechtswidrig ist demnach ein Verhalten, wenn darin ein klarer Verstoss gegen eine geschriebene oder ungeschriebene Verhaltensnorm liegt, wobei zivilrechtliche Gesichtspunkte massgebend sind.<sup>51</sup>

Erfüllt eine Drohung etwa den Tatbestand von Art. 180 StGB nicht, so dürfte diese regelmässig dennoch in Anbetracht von Art. 28b ZGB rechtswidrig sein. Danach ist als Drohung das Inaussichtstellen widerrechtlicher Verletzungen der Persönlichkeit definiert und diese hat sich gegen den Angesprochenen selbst oder ihm nahe stehende Personen zu richten.<sup>52</sup> Wird hingegen einer Person eine Gewalttat gegenüber Dritten angekündigt, zu welchen der Angesprochene keine Beziehung pflegt, wird von einer solchen Drohung keine Rede sein können. Die Rechtswidrigkeit einer solchen Ankündigung kann dennoch regelmässig bejaht werden: Wer nämlich gegenüber einer andern Person ankündigt, gegen irgendjemanden eine schwere Gewalttat oder ein sonstiges schweres Verbrechen zu verüben, bringt den Angesprochenen unweigerlich in einen ausserordentlich belastenden seelischen Zustand. Er versetzt diesen nicht nur in eine Lage der Verantwortung (etwa zur rechtzeitigen Benachrichtigung von Behörden), sondern bewirkt gezielt Angst oder Besorgnis um die psychische und physische Integrität von Mitmen-

schen wegen drohenden gravierenden Verletzungen oder gar – je nach Ausmass der Ankündigung (z.B. terroristischer Anschlag oder Amoklauf) – des sozialen Friedens. Hierin kann eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeit i.S.v. Art. 28 ZGB erkannt werden, nämlich der affektiven (emotionalen) Integrität mithin des Gefühlslebens des Angesprochenen.<sup>53</sup>

Die (rechtmässige) Inhaftierung einer ausdrücklich oder konkludent drohenden Person dürfte folglich regelmässig keine Entschädigung nach sich ziehen, selbst wenn wegen dem Fehlen einer Anlasstat bzw. einer Strafuntersuchung keine Verurteilung erfolgt. Vorbehalten bleiben hingegen insbesondere Fälle von drohenden Personen, welche letztlich einer Massnahme des Erwachsenenschutzrechts zugeführt werden müssen. Hier dürfte es oft an der Schuldhaftigkeit gemäss Art. 430 Abs. 1 lit. a StPO fehlen.

Im Falle der unberechtigten Präventivhaft ergibt sich ein Entschädigungsanspruch aus Art. 431 Abs. 2 StPO.

## VII. Fazit

Mit Art. 221 Abs. 2 StPO sind weitreichende Möglichkeiten der Präventivhaft eingeführt worden, wobei die Norm viele Fragen offen lässt. Es wäre zu diskutieren, ob die Wichtigkeit des Schutzes der öffentlichen Sicherheit wie auch die Tragweite der grundrechtlichen Eingriffe durch präventive Haft nicht rechtfertigen würden, spezifische Normen für jene Fälle zu erlassen, in welchen eine Anlasstat nicht besteht, anstatt jene zur Untersuchungshaft sinngemäss zur Anwendung bringen zu lassen. Überhaupt verdient die Frage der Präventivhaft eine eingehende öffentliche und politische Diskussion, welche bis anhin nicht stattgefunden hat. Entsprechende Normen sollten idealerweise ausserhalb der StPO in einem neu zu erlassenden Präventionsgesetz platziert werden, wozu jedoch auf Verfassungsstufe eine Bundeskompetenz geschaffen werden müsste.

Gestützt auf die bestehende gesetzliche Grundlage wird es weiterhin die undankbare Aufgabe der Strafbehörden bzw. der Rechtsprechung sein, die Grenzen von Art. 221 Abs. 2 StPO verantwortungsvoll auszuloten und dabei staatliche Schutzpflicht und grundrechtliche Freiheitsrechte sorgfältig gegeneinander abzuwägen. Insbe-

<sup>50</sup> SCHMID (FN 5), Art. 430 N 2, mit Verweis auf Botschaft StPO (FN 10), 1329 f.; STEFAN WEHRENBURG/FRIEDRICH FRANK, in: Marcel Alexander Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung (StPO/JStPO), Basler Kommentar, 2. A., Basel 2014, Art. 430 N 9.

<sup>51</sup> SCHMID (FN 5), Art. 426 N 6; WEHRENBURG/FRANK (FN 50), Art. 430 N 11.

<sup>52</sup> ANDREAS MEILI, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Thomas Geiser (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I – Art. 1–456 ZGB, Basler Kommentar, 5. A. Basel 2014, Art. 28b N 3.

<sup>53</sup> Vgl. HEINZ HAUSHEER/REGINA E. AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 3. A., Bern 2012, § 12, N 12.66, worin das Erzeugen von Angst durch massive Drohungen als mögliche Verletzung der affektiven Persönlichkeit mit aufgezählt wird.

sondere die Abgrenzung zwischen Unmittelbarkeit und Abstraktheit einer Gefahr sollte im Zentrum der Überlegungen stehen. Im Sinne eines Hilfskriteriums zu Gunsten des Inhaftierten kann die umschriebene Warnwirkung der zunehmenden Haftdauer beachtet werden, wobei dieser Gedanke nicht zur Umdeutung des Zwecks der Präventivhaft zu einer Art Beugehaft missbraucht werden darf. Eine absolute Maximaldauer der Präventivhaft lässt sich nach hier vertretener Meinung bei Fehlen einer Anlasstat dem Gesetz nicht entnehmen. Jedenfalls sollte über alle rechtlichen Handlungsmöglichkeiten stets ein gesamtheitlicher Blick bewahrt und – wo sinnvoll – auch die Erwachsenenschutzbehörde mit einbezogen werden.

Die allermeisten der von Präventivhaft betroffenen Personen werden letztlich früher oder später wieder in Freiheit entlassen werden. Dabei ist ein gewisses Restrisiko von den Strafbehörden, den Verfahrensparteien und der Gesellschaft gleichermassen zu akzeptieren. Absolute Sicherheit bzw. absoluter Schutz ist gleichermassen erstrebenswert und unerreichbar wie absolute Freiheit – auch gegenüber Personen, welche zuvor nie als drohende Personen aufgefallen sind. Die Schweiz geht mit der hier behandelten Norm zu Gunsten der Sicherheit bereits ausserordentlich weit. Angesichts der gravierenden Unbestimmtheit der Norm droht diese jedoch zum zahnlosen (Papier-)Tiger zu verkommen.