

Marc Forster

Gemeingefährliches Haftrecht?

Zur Teilrevision des strafprozessualen Haftrechts gemäss dem Vorentwurf von 2017

Nach Vorarbeiten einer vom Bundesamt für Justiz eingesetzten Arbeitsgruppe hat der Bundesrat Ende 2017 einen Vorentwurf zur hängigen Teilrevision der StPO (VE StPO) vorgelegt. Im Haftrecht bringt der VE StPO eine gesetzliche Grundlage für die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft sowie eine Regelung des prozessualen Rechtsschutzes bei Entlassungen von hochgefährlichen Personen. Auch der revisionsbedürftige Haftgrund der Wiederholungsgefahr soll umformuliert werden. Der Vorschlag gemäss VE StPO erscheint dem Autor (er war Mitglied der Arbeitsgruppe) allerdings missraten. Er begrüsst hingegen die Regelungen zur Haftprüfung in gerichtlichen Nachverfahren.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Strafprozessrecht

Zitiervorschlag: Marc Forster, Gemeingefährliches Haftrecht?, in: Jusletter 26. März 2018

Inhaltsübersicht

1. Prozessualer Rechtsschutz bei Haft- oder Vollzugsentlassungen von gemeingefährlichen Gewaltstraftätern
 - 1.1. Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Haftbeschwerde: die aktuelle Rechtslage zwischen Zustimmung, Kritik und Polemik
 - 1.2. Ein Anschauungsbeispiel aus der Praxis: Der Fall 1B_548/2017
 - 1.3. Die Regelung gemäss VE StPO
 - 1.3.1. Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft
 - 1.3.2. Vorsorglicher Rechtsschutz und «beschleunigtes» Beschwerdeverfahren
 - 1.3.3. Mündliche Verhandlung beim ZMG und gesetzliche aufschiebende Wirkung der Beschwerdeanmeldung
2. Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr als endlose kriminalpolitische Baustelle
 - 2.1. Drohende Verbrechen und schwere Vergehen
 - 2.2. Bundesgerichtspraxis zum Vortatenerfordernis
 - 2.3. Schutz vor Schwerverbrechern über richterliches Notrecht?
 - 2.4. Gemeingefährliches Haftrecht?
 - 2.5. Das Missverständnis beim EJPD: einfache und «qualifizierte» Wiederholungsgefahr
 - 2.6. Lösungsvorschlag
3. Sicherheitshaft in gerichtlichen Nachverfahren
 - 3.1. Widersprüche zwischen StPO und StGB bei den Zuständigkeiten in Nachverfahren
 - 3.2. Gesetzliche Grundlagen für die Sicherheitshaft im Nachverfahren
4. Fazit

1. Prozessualer Rechtsschutz bei Haft- oder Vollzugsentlassungen von gemeingefährlichen Gewaltstraftätern

[Rz 1] Die Welt ist nicht so ideal, wie wir sie uns gerne wünschen würden. Es leben hoch gefährliche Gewaltstraftäter unter uns und in unseren Gefängnissen. Bei den Strafbehörden arbeiten keine Hellseher, und wo gearbeitet wird, passieren gelegentlich Fehler. In mehr oder weniger seltenen Fällen werden *gemeingefährliche Gewaltstraftäter* ohne wirksame Sicherungsmassnahmen aus der Haft oder aus dem Sanktionsvollzug entlassen, obwohl die zugezogenen psychiatrischen Fachpersonen *dringend davon abraten*.¹ Selbst juristische Laien mit «gesundem Menschenverstand» dürften zwar gemeinhin annehmen, dass gegen solche (relativ seltenen) Fehlentscheide *effiziente gesetzliche Rechts- und Opferschutzmöglichkeiten* zur Verfügung stehen. Leider hat der gesunde Menschenverstand aber (sogar in wichtigen kriminalpolitischen Fachgremien) gelegentlich einen schweren Stand.

¹ Neben dem nachfolgend (unter Ziffer 1.2) beschriebenen Fall «Ego-Shooter» (Urteil des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018) siehe zum Beispiel den *Zürcher* Fall des Sadisten «A.» (vgl. dazu MARC FORSTER, Das Haftrecht der neuen StPO auf dem Prüfstand der Praxis, ZStrR 130 [2012] 334 ff., 336 f.) oder den tragischen *Waadtländer* Fall der 19-jährigen *Marie*, die am 13. Mai 2013 (wie fünf Jahre zuvor eine andere junge Frau) dem Psychopathen und Mehrfachmörder *Claude D.* zum Opfer fiel (vgl. dazu: https://www.tagesanzeiger.ch/Panorama/dossier2.html?dossier_id=3230; alle Websites zuletzt besucht am 28. Februar 2018). Zur *Mitverantwortlichkeit der Behörden* äusserte die damals für den Justizvollzug zuständige Waadtländer Regierungsrätin in einem Zeitungsinterview vom 16. Mai 2013 Folgendes: «Im November 2012 schlug die mir unterstellte Bewährungshilfe Alarm, nachdem Claude D. Morddrohungen ausgestossen hatte. Er kam daraufhin aufgrund eines administrativen Entscheids der Vollzugsbehörden wieder ins Gefängnis. Doch die Justiz hiess seinen Rekurs gut und liess ihn frei». (...) «Wir müssen dafür sorgen, dass die Vollzugsbehörde Einspruch gegen einen solchen richterlichen Entscheid einlegen kann» (https://www.tagesanzeiger.ch/schweiz/Fuer-solche-Taeter-wird-es-nie-mehr-Fussfesseln-geben/story/24543904?dossier_). Zu den erheblichen Schwierigkeiten einer *Definition* und *Prognostik* von «Gemeingefährlichkeit» vgl. DERYA TOKAY-SAHIN, Gemeingefährlichkeit von Straftätern, forum penale 11 (2018) 36 ff.; MARIANNE HEER, in: Marcel Alexander Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar Kombipaket Strafrecht I und Strafrecht II, 3. Auflage 2013, Art. 75a N. 9 f. (zit. AUTOR-BSK StGB).

1.1. Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Haftbeschwerde: die aktuelle Rechtslage zwischen Zustimmung, Kritik und Polemik

[Rz 2] Bekanntlich *bejaht* das Bundesgericht in ständiger Praxis die Legitimation der Staatsanwaltschaften (bzw. Ober- und Generalstaatsanwaltschaften) zur Beschwerde gegen Haftentlassungen bzw. Nichtanordnungen von strafprozessualer Haft.² Nötigenfalls können die Strafverfolgungsbehörden auch *vorsorglichen Rechtsschutz* (gegenüber solchen Entscheiden) bei den zuständigen kantonalen Haftprüfungsinstanzen erwirken.³ Die Strafprozessordnung (StPO) äussert sich zur staatsanwaltlichen Legitimation zur Beschwerde an die *kantonale* Beschwerdeinstanz nicht klar.⁴ Auch der vorsorgliche Rechtsschutz in Haftsachen (vgl. Art. 388 lit. b StPO) ist bisher nicht spezifisch geregelt. Das Bundesgerichtsgesetz (BGG) sieht eine Legitimation der Staatsanwaltschaften zur Beschwerde in Strafsachen an das *Bundesgericht* (im Falle eines drohenden «nicht wieder gutzumachenden Nachteils») ausdrücklich vor.⁵

[Rz 3] Gegen diese Rechtsprechung wurde gelegentlich (etwas leichthin) eingewendet, die «Angst» vor krass falschen Haftentlassungen sei unbegründet. Solche gebe es so gut wie nie. Andere Kritiker formulieren *dogmatisch-systematische* Einwände: Die Staatsanwaltschaft sei als Untersuchungsleiterin «nicht Partei» des Vorverfahrens und dürfe deshalb Entscheide von Haftgerichten nicht anfechten.⁶ Ein paar Kritiker hielten es für angebracht, dem Bundesgericht eine Missachtung des klaren Gesetzeswortlautes («contra legem») bzw. des Willens des Gesetzgebers vorzuwerfen, da in Art. 222 StPO die Staatsanwaltschaft nicht ausdrücklich als beschwerdebefugt genannt werde. Einzelne übten sich dabei in freier Kurz-Methodologie.⁷

[Rz 4] «Schlimmstenfalls» könnte sich das Bundesgericht dem Vorwurf aussetzen, angesichts der unklaren, in sich widersprüchlichen und unvollständigen gesetzlichen Regelung habe es (bei der Auslegung von Art. 222 StPO) das Vorliegen eines «qualifizierten Schweigens» des Gesetzgebers verneint. Auch diesem geschrumpften Vorwurf geht bei näherer Analyse allerdings die methodologische Luft aus: Für die Verneinung eines «qualifizierten Schweigens» sprechen diverse sach-

² BGE 138 IV 92 E. 1.1 S. 94; 137 IV 22 E. 1.2–1.4 S. 23–25; 137 IV 87 E. 3 S. 89–92; 137 IV 230 E. 1 S. 232; 137 IV 237 E. 1.2 S. 240; nicht aml. publ. E. 1 von BGE 139 IV 314. In Kantonen, bei denen eine staatsanwaltliche Behörde für die Strafverfolgung aller Straftaten *im ganzen Kantonsgebiet zuständig* ist (Ober- bzw. Generalstaatsanwaltschaft), hat nur diese Behörde die Beschwerdeberechtigung gemäss Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht vom 17. Juni 2005 (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) (BGE 142 IV 196 E. 1.5.2 S. 200; s.a. Art. 381 Abs. 2 der Schweizerischen Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007, StPO; SR 312.0).

³ BGE 138 IV 92 E. 3 S. 96–100; vgl. auch FORSTER (Fn. 1), 344–348. Zur betreffenden Regelung in Art. 228a VE StPO s. unten, Ziff. 1.3. Gegen den vorsorglichen Rechtsschutz bei Haftentlassungen wird teilweise eingewendet, er verstosse (per se) gegen die Grundrechte der beschuldigten Person.

⁴ Das Bundesgericht verneint die Annahme eines «qualifizierten Schweigens» des Gesetzgebers bei Art. 222 StPO.

⁵ Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 i.V.m. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG.

⁶ Solche Einwände übersehen unter anderem, dass die StPO eine «reine» Untersuchungsleitungsfunktion der Staatsanwaltschaft im Vorverfahren gar nicht kennt: Diese nimmt etwa bei Gesuchen und Verfahrensanträgen im Rahmen von Haftanordnungen, Haftverlängerungen, Entsiegelungen oder Überwachungen zumindest *faktisch* eine *Parteirolle* ein. Das BGG sieht denn auch (im Falle von drohenden nicht wieder gutzumachenden Rechtsnachteilen) die Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Beschwerde in Strafsachen ausdrücklich vor, weshalb die Staatsanwaltschaft insbesondere *Nicht-Entsiegelungen*, Nichtanordnungen von *Überwachungen* oder (kantonal letztinstanzliche) *Haftentlassungen* beim Bundesgericht anfechten kann (Art. 80 und Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 i.V.m. Art. 93 Abs. 1 lit. a BGG). Die Beschwerdelegitimation wird nach der bundesgerichtlichen Praxis zudem in der Regel auf die *Ober- bzw. Generalstaatsanwaltschaften* beschränkt (s.a. Art. 381 Abs. 1–2 StPO), die regelmässig *keine* Untersuchungsleitungen inne haben. Bei Beschwerden gegen die Anordnung von *Sicherheitshaft* oder von vorzeitigem Sanktionsvollzug im *gerichtlichen Haupt-, Berufungs- und Nachverfahren* kommt der Staatsanwaltschaft ohnehin die *volle Parteistellung* zu.

⁷ Die überzogene Kritik argumentiert selber an den Wortlauten von Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG und Art. 381 i.V.m. Art. 388 lit. b StPO vorbei und hält einer Überprüfung nicht stand.

liche Gründe.⁸ Die betreffende Rechtsprechung des Bundesgerichtes hat sich im Übrigen in der Praxis bewährt.

1.2. Ein Anschauungsbeispiel aus der Praxis: Der Fall 1B_548/2017

[Rz 5] Im Januar 2018 hatte das Bundesgericht einen dieser Fälle zu beurteilen, die nach Ansicht einiger Strafrechtswissenschaftler gar nicht vorkommen (dürften):

[Rz 6] Das Obergericht des Kantons Zürich verurteilte «X.» am 19. März 2007 rechtskräftig (wegen mehrfachen versuchten Mordes und weiteren Delikten⁹) zu einer Freiheitsstrafe von 12 Jahren. Der Täter hatte mit seinem Sturmgewehr (welches er in geladenem Zustand bei sich zu Hause aufbewahrt hatte) aus seinem Zimmer im obersten Stock eines Reiheneinfamilienhauses mehrfach auf die Fenster der gegenüberliegenden Liegenschaft geschossen. Dabei feuerte er aus einer Distanz von ca. 20 Metern im Einzelfeuermodus 10 Schüsse durch das geschlossene Fenster in den Raum auf der rechten Seite der Liegenschaft, 23 Schüsse durch das geschlossene Fenster in die daneben liegende Werkstatt und 8 Schüsse auf die Hausfassade zwischen Büro und Werkstatt.

⁸ – Wortlaute von Art. 222, Art. 381 und Art. 388 lit. b StPO sowie Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 BGG: Art. 381 StPO und Art. 81 BGG sehen die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft bzw. Ober- und Generalstaatsanwaltschaft (auch «zuungunsten der beschuldigten Person») ausdrücklich vor. Gemäss Art. 388 lit. b StPO kann die kantonale Beschwerdeinstanz (etwa auf Antrag der grundsätzlich beschwerdelegitimierten StA hin) schon vorsorglich «die Haft anordnen». Art. 222 StPO spricht sich zum inneren Widerspruch gegenüber diesen Bestimmungen bzw. gegenüber dem gesetzlichen Rechtsschutzsystem nicht aus. Dafür spricht Art. 222 StPO ausdrücklich von Beschwerden gegen die «Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft», was zumindest die Frage aufwirft, wer denn (wenn nicht primär die StA) eine *Haftaufhebung* in der Regel anfechten sollte.

– Auf *systematisch-gesetzmassiger* Ebene spricht neben der *Einheit des Verfahrens* (Art. 111 BGG) und dem Grundsatz des *doppelten kantonalen Instanzenzuges* (Art. 80 BGG) auch die Vermeidung eines komplizierten gegabelten Beschwerdeweges gegen den Ausschluss der StA von der StPO-Beschwerde (andernfalls müsste die StA *Haftentlassungen* direkt mit BGG-Beschwerde beim Bundesgericht anfechten, während die beschuldigte Person in den *gleichen* Haftentlassungsentscheiden verfügte *Ersatzmassnahmen* mit StPO-Beschwerde bei der kantonalen Beschwerdeinstanz anzufechten hätte). Dass ausgerechnet das Bundesgericht als einziges «eidgenössisches Oberhaftgericht» gegen kantonale Haftentlassungen wirken sollte, kann auch nicht das Resultat einer sinnvollen systematischen Auslegung von StPO und BGG sein.

– Auch aus den *Materialien* lassen sich, wenn schon, Argumente für die Legitimation der StA ableiten: Der Vorentwurf zur StPO von NIKLAUS SCHMID hatte diese Lösung sogar ausdrücklich befürwortet (vgl. EJPD/BUNDESAMT FÜR JUSTIZ, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001, S. 165). Botschaft und Entwurf des Bundesrates äusserten sich nicht mehr dazu, sondern begnügten sich mit einem *in sich widersprüchlichen* und nicht auf das BGG abgestimmten Normenkomplex.

– Es bestätigt sich – last but not least – auch noch deutlich, dass in der strafprozessualen Rechtsmethodologie das *teleologische Auslegungselement* mit Vorteil Berücksichtigung finden sollte: Die Praxis des Bundesgerichtes bejaht die Beschwerdelegitimation der StA nicht zuletzt, um einen *wirksamen strafprozessualen Schutz* gegenüber drohenden *schweren Gewaltverbrechen* zu ermöglichen, insbesondere zugunsten von *Opfern gemeingefährlicher Wiederholungstäter*. Dass auch der «gesunde Menschenverstand» gegen ein «qualifiziertes Schweigen» bei Art. 222 StPO spricht, lässt sich am besten anhand von konkreten Beispielen (wie dem nachfolgenden Fall 1B_548/2017) veranschaulichen.

⁹ Offenbar in Anlehnung an BGE 77 IV 57 (bestätigt in BGE 137 IV 113) wurde X. *nicht* auch wegen *mehrfacher schwerer und einfacher Körperverletzung* verurteilt. Er wurde somit gleich bestraft (keine Strafschärfung wegen Konkurrenz) wie ein Täter, der gleich gehandelt, aber niemanden verletzt hätte. Das schwere Erfolgsunrecht (darunter multiple lebensgefährliche Verletzungen bei einem der Opfer) blieb ungesühnt. Diese Praxis des Bundesgerichtes wird von einer Mehrheit der Lehre (m.E. mit Recht) kritisiert (z.B. MICHEL DUPUIS/LAURENT MOREILLON et. al. in: *Petit commentaire Code Pénal*, Basel 2017, Art. 111 N 36; STEFAN TRECHSEL/CHRISTOPHER GETH in: *Praxiskommentar Schweizerisches Strafgesetzbuch (StGB)*, Zürich/St. Gallen 2017, Art. 122 N 12; SCHWARZENEGGER-BSK StGB (Fn. 1), Art. 111 N 13; GÜNTER STRATENWERTH/WOLFGANG WOHLERS in: *Schweizerisches Strafgesetzbuch – Handkommentar*, Bern 2013, Art. 111 N 8; MARK PIETH, *Strafrecht Besonderer Teil*, Basel 2014, S. 15). Jener Teil der Doktrin, auf den sich die Bundesgerichtspraxis stützt, geht m.E. von einem einseitigen Verständnis des Schuldstrafrechts aus; zudem unterschätzt er wichtige Teilfunktionen des Strafrechts (nämlich neben seiner Sühnefunktion auch die den Rechtsfrieden stabilisierende sozialpsychologische Funktion).

Hierfür hatte er zwischendurch das Magazin wechseln müssen. X. hatte gesehen, dass sich in den Räumlichkeiten Personen aufhielten. Das erste der beiden Opfer, welches im Büro mit dem Rücken zum Fenster am Computer gesessen hatte, wurde durch Projektilsplitter mehrerer Schüsse getroffen, wobei es multiple lebensgefährliche Verletzungen erlitt. Das zweite Opfer, das in der Werkstatt Arbeiten ausgeführt hatte, wurde ebenfalls verletzt, allerdings nicht lebensgefährlich. Als Beweggrund für seine Tat gab X. an, er habe «für möglichst lange Zeit ins Gefängnis kommen» und sich auf diese Weise seinen Lebensunterhalt sichern wollen.¹⁰

[Rz 7] Das Obergericht sah in seinem Urteil von 2007 von einer *direkten* Verwahrung (Art. 64 des Schweizerischen Strafgesetzbuches; StGB) von X. ab. Dabei berücksichtigte es, dass es sich bei X. um einen relativ jungen *Ersttäter* handelte und noch *keine längeren Erfahrungen* über seine *psychiatrische Therapierbarkeit* vorlagen.¹¹ Mit Urteil vom 16. Juni 2011 ordnete das Bezirksgericht Hinwil im entsprechenden selbstständigen Verfahren nachträglich eine *stationäre therapeutische Massnahme* (Art. 59 StGB) für X. an, unter Aufschub des Vollzuges der Reststrafe. Am 22. September 2016 wies das Bezirksgericht den Antrag auf Verlängerung der stationären Massnahme ab; gleichzeitig ordnete es den Vollzug des Strafrestes an.

[Rz 8] Am 6. Dezember 2017 gelangte das kantonale Amt für Justizvollzug mit dem Ersuchen an die Zürcher Oberstaatsanwaltschaft, es sei ein Antrag um Anordnung einer *nachträglichen Verwahrung* zu prüfen. Am 13. Dezember 2017 stellte die kantonale Staatsanwaltschaft IV beim Obergericht den Antrag, gegen X. sei (gestützt auf Art. 65 Abs. 2 i.V.m. Art. 64 StGB) die nachträgliche Verwahrung anzuordnen. Gleichzeitig stellte sie den prozessualen Antrag, X. sei für die Dauer des gerichtlichen Nachverfahrens (Art. 363–365 StPO) betreffend nachträgliche Verwahrung per 17. Dezember 2017 (Ende des Strafvollzuges) in *Sicherheitshaft* zu versetzen.

[Rz 9] Die Staatsanwaltschaft legte der Verfahrensleitung des Obergerichtes dar, dass bei X. gemäss dem aktuellen psychiatrischen Gutachten von einer *hohen Rückfallgefahr* für *schwere Gewaltdelikte* auszugehen sei. Die Gutachterin hatte bei X. eine «paranoide Persönlichkeitsstörung» und eine «emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typus» diagnostiziert. Daraus erwachse nach Ansicht der Expertin eine «*erhöhte Tötungsbereitschaft*». X. lasse «keine moralische Barriere hinsichtlich der Möglichkeit des Tötens» erkennen. Gesamthaft stufte die Gutachterin den Verurteilten als hochgefährlich ein. Die Befunde der Gutachterin wurden durch eine Stellungnahme (vom 7. Juni 2017) der Fachkommission des Ostschweizer Strafvollzugskonkordates zur Überprüfung der Gemeingefährlichkeit von Straftätern und Straftäterinnen sowie durch ein weiteres psychiatrisches Gutachten (vom 6. November 2017) gestützt. Die Fachkommission ging ebenfalls von einer «hohen Rückfallgefahr in Bezug auf schwere Gewaltdelikte» aus. Auch das zweite Gutachten (einer von der KESB beigezogenen weiteren Psychiaterin) bestätigte ein «hohes Gewaltpotential» bzw. ein «hohes Ausübungsrisiko einer Gewalttat».¹²

¹⁰ Sachverhalt laut Urteil des Bundesgerichtes 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 sowie dem sachkonnen früheren BGE 134 IV 121 (betreffend Massnahme).

¹¹ Eine von der Zürcher Oberstaatsanwaltschaft gegen die verweigerte direkte Verwahrung erhobene Beschwerde wies das Bundesgericht mit BGE 134 IV 121 ab. Das Bundesgericht erwog, es sei insgesamt «nicht zu beanstanden» gewesen, dass das Obergericht im Jahre 2007 noch keine direkte Verwahrung aussprach. Dabei sei auch zu berücksichtigen gewesen, dass eine stationäre Massnahme nicht angeordnet werden dürfe, wenn die bestehende Gefährlichkeit «auf andere Weise behoben werden» könne. Gemäss Art. 56 Abs. 1 des Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 21. Dezember 1937 (StGB; SR 311.0) dürfe eine Massnahme angeordnet werden, wenn eine *Strafe* allein *nicht* geeignet wäre, der Gefahr weiterer Straftaten des Täters zu begegnen (lit. a), oder wenn die öffentliche Sicherheit die Massnahme erfordert (lit. b) (BGE 134 IV 121 E. 3.4.4 S. 131 f.).

¹² Urteil des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 5.2 und E. 6.5.

[Rz 10] Mit prozessleitender Verfügung vom 15. Dezember 2017 wies der Präsident der II. Strafkammer des Zürcher Obergerichtes das Haftanordnungsgesuch ab. Der Haftrichter erwog unter anderem, das Obergericht und das Bundesgericht hätten in ihren Urteilen von 2007 die Voraussetzungen für eine Verwahrung von X. als nicht gegeben angesehen. Da auch die Anordnung einer *nachträglichen* Verwahrung – laut der Präsidualverfügung – schon im Voraus als *nicht hinreichend wahrscheinlich* einzustufen sei, seien die Voraussetzungen für Sicherheitshaft nicht erfüllt. Gegen den ablehnenden Haftentscheid erhob die Oberstaatsanwaltschaft am 19. Dezember 2017 Beschwerde beim Bundesgericht. X. befand sich damals noch vorübergehend in Fürsorgerischer Unterbringung.¹³

[Rz 11] In seinem Urteil 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 hiess das Bundesgericht die Beschwerde der Oberstaatsanwaltschaft gut. Es hob die Präsidualverfügung vom 15. Dezember 2017 auf und wies die Sache an das Obergericht zurück zur unverzüglichen Anordnung von Sicherheitshaft.

[Rz 12] Das Bundesgericht bestätigte seine Praxis zur Sicherheitshaft in selbstständigen gerichtlichen Massnahmen-Nachverfahren. Danach setzt die Anordnung und die Weiterführung von Sicherheitshaft während des Nachverfahrens eine *hinreichende Wahrscheinlichkeit* voraus, dass das Verfahren zu einer *Massnahme* führt, welche die *Sicherstellung* des Betroffenen erfordert. Zudem darf Sicherheitshaft nur bei Vorliegen eines *besonderen Haftgrundes* (Art. 221 StPO) angeordnet werden.¹⁴ Im Fall X. bestand eine *erhebliche Gefahr* von weiteren *schweren Gewaltverbrechen* und damit (klarerweise) *Wiederholungsgefahr* (im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO).¹⁵

[Rz 13] Das Bundesgericht verwarf auch die Ansicht des obergerichtlichen Haftrichters, eine nachträgliche Verwahrung erscheine bereits derzeit als wenig wahrscheinlich.¹⁶ Es verwies auf konkrete Anhaltspunkte, wonach die II. Strafkammer des Obergerichtes (im kurz zuvor anhängig gemachten Verfahren betreffend nachträgliche Verwahrung) aufgrund von *neuen Beweismitteln und Tatsachen* (im Sinne von Art. 65 Abs. 2 StGB) andere Schlüsse zur Gefährlichkeit und Therapierbarkeit von X. ziehen könnte, als noch bei der Prüfung der direkten Verwahrung im Jahre

¹³ Um eine Freilassung am 17. Dezember 2017 (bevorstehendes Vollzugsende) zu verhindern, beantragte die Staatsanwaltschaft *parallel* zur Beschwerde an das BGer bei der Kindes- und Erwachsenenschutzbehörde Hinwil (KESB) die *Fürsorgerische Unterbringung* (FU) von X. (nach Art. 426 Abs. 1 i.V.m. Art. 428 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907, ZGB; SR 210). Am 15. Dezember 2017 wurde die FU von der KESB bewilligt. Da sich keine fürsorgerische Einrichtung bereit erklärt hatte, X. aufzunehmen, ordnete die KESB die FU vorläufig in der bisherigen Strafanstalt an. Dagegen erhob X. Beschwerde beim Bezirksgericht Hinwil. Mit Verfügung vom 15. Dezember 2017 ermächtigte das kantonale Amt für Justizvollzug die Direktion der Strafanstalt, die FU direkt im Anschluss an das Vollzugsende durchzuführen, «im Sinne einer Notlösung und vorübergehend». Am 5. Januar 2018, während des hängigen Beschwerdeverfahrens vor dem BGer, hiess das Bezirksgericht Hinwil die von X. gegen den Beschluss der KESB erhobene Beschwerde gut. Das Bezirksgericht wies die Strafanstalt an, den Verurteilten per 11. Januar 2018 aus der FU zu entlassen.

¹⁴ BGE 137 IV 333 E. 2.3.1 S. 337; Urteile des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.2–3.3; 1B_490/2016 vom 24. Januar 2017 E. 4.1; 1B_371/2016 vom 11. November 2016 E. 6; 1B_382/2015 vom 26. November 2015 E. 2.2; nicht aml. publ. E. 3.5–3.6 von BGE 139 IV 175.

¹⁵ Urteil des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.3 und E. 5; s.a. BGE 143 IV 9 E. 2.8–2.10 S. 16 f.

¹⁶ Hat der Verurteilte ein *vorsätzliches Tötungsdelikt* oder eine *schwere Körperverletzung* begangen, durch die er die *physische Integrität* einer andern Person *schwer beeinträchtigt* hat oder beeinträchtigen wollte, ist die Verwahrung nach Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB anzuordnen, wenn auf Grund einer anhaltenden oder langdauernden *psychischen Störung* von *erheblicher Schwere*, mit der die Tat in Zusammenhang stand, *ernsthaft zu erwarten* ist, dass der Täter *weitere Taten dieser Art* begeht, und die Anordnung einer Massnahme nach Art. 59 StGB *keinen Erfolg* verspricht. Diese Kriterien sind im gerichtlichen Verfahren betreffend Anordnung einer nachträglichen Verwahrung aufgrund von *neuen Tatsachen oder Beweismitteln* zu prüfen. Die Voraussetzungen von Art. 64 Abs. 1 lit. b StGB müssen sich nachträglich, während des *Vollzuges* der Freiheitsstrafe, als erfüllt erwiesen haben. Ausserdem müssen sie im Zeitpunkt der Verurteilung bereits bestanden haben, ohne dass das Gericht aber davon Kenntnis haben konnte (Art. 65 Abs. 2 StGB).

2007. Insbesondere die (gutachterlich erst seit 2015 festgestellte) *paranoide Persönlichkeitsstörung* bei X. sowie dessen schwere Persönlichkeitsstörung vom sogenannten «Borderline-Typus» seien neue medizinische Fakten, welche das Obergericht bei seinem Urteil von 2007 noch nicht habe berücksichtigen können. Diese Krankheiten hätten (laut dem neuen psychiatrischen Gutachten) schon im Tat- und Urteilszeitpunkt bestanden.¹⁷

1.3. Die Regelung gemäss VE StPO

1.3.1. Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft

[Rz 14] Erfreulicherweise soll gemäss Art. 222 Abs. 2 des Vorentwurfes (2017) des Bundesrates¹⁸ zur Teilrevision der StPO (VE StPO) die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft nun auch *ausdrücklich im Gesetz verankert* werden. Damit folgt der VE StPO der bundesgerichtlichen Praxis, einem Teil der Lehre sowie der parlamentarischen Initiative 12.497 (Daniel Jositsch, «Beschwerdeberechtigung bei Haftentscheiden»)¹⁹ Gemäss Art. 222 Abs. 2 VE StPO kann «die Staatsanwaltschaft Entscheide über die Nichtanordnung, die Nichtverlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten».²⁰ Damit wird in der kommenden StPO auch der Grundsatz des *doppelten kantonalen Instanzenzuges* konsequent umgesetzt.²¹ Wie bis anhin werden auch Haftentlassungen aus dem *vorzeitigen Sanktionsvollzug* (in die Freiheit) angefochten werden können, bei dem es sich ebenfalls um strafprozessuale Haft (vor Rechtskraft des Strafurteils) handelt.²²

1.3.2. Vorsorglicher Rechtsschutz und «beschleunigtes» Beschwerdeverfahren

[Rz 15] Sehr zu begrüßen ist auch, dass der VE StPO den *vorsorglichen prozessualen Rechtsschutz* bzw. das «beschleunigte» Beschwerdeverfahren bei Haftentlassungs- und Nichtinhaftierungsfällen (weitgehend in Anlehnung an die Praxis des Bundesgerichtes) nun ebenfalls gesetzlich regelt.²³ Artikel 228a VE StPO sieht Folgendes vor: Wenn die Staatsanwaltschaft eine StPO-Beschwerde gegen die Nichtanordnung, Nichtverlängerung oder Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft durch das Zwangsmassnahmengericht (ZMG) bei der kantonalen Beschwerdeinstanz erheben will, hat sie ihre Beschwerde zunächst «unverzüglich nach der Eröffnung des Entscheides schriftlich oder mündlich zu Protokoll dem ZMG *anzumelden*» (Abs. 1 Satz 1). In die-

¹⁷ Ausserdem lagen neue Erkenntnisse (aus dem erfolgten Straf- und Massnahmenvollzug) zur Frage der Therapierbarkeit vor (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 6.4–6.8).

¹⁸ Der VE StPO wurde vom Bundesamt für Justiz (EJPD) nach Sitzungen mit der vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe von Expertinnen und Experten ausgearbeitet und am 1. Dezember 2017 vom Bundesrat zusammen mit einem «Erläuternden Bericht» in die Vernehmlassung gegeben (bis 14. März 2018).

¹⁹ Die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft war in der Arbeitsgruppe der Expertinnen und Experten noch ziemlich umstritten. Auch in der Doktrin sind die Meinungen geteilt (vgl. Erläuternder Bericht (Fn. 18), S. 30 Ziff. 2.1.28, Fussnoten 52–53).

²⁰ Da an Art. 381 Abs. 2 StPO nichts geändert werden soll, dürfte sich die Legitimation auch bei der StPO-Beschwerde (wie bei der BGG-Beschwerde) auf die *Ober- bzw. Generalstaatsanwaltschaften* beschränken, soweit die Kantone solche vorsehen (vgl. oben, Ziff. 1.1).

²¹ Vgl. Erläuternder Bericht zum VE StPO (Fn. 18), S. 9 f. Ziff. 1.3.2, S. 30 Ziff. 2.1.28.

²² Vgl. Art. 220 Abs. 1 und Art. 236 StPO.

²³ Vgl. BGE 138 IV 92 E. 3 S. 96–100; dazu FORSTER (Fn. 1), 344–348.

sem Fall «bleibt die beschuldigte Person bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Haft» (Abs. 1 Satz 2).

[Rz 16] Diese gesetzlich geregelte *aufschiebende Wirkung* gilt auch in einem anschliessenden BGG-Beschwerdeverfahren vor *Bundesgericht* provisorisch weiter: Bis zum Vorliegen des Beschwerdeentscheides der kantonalen Instanz in der Sache kann die aufschiebende Wirkung nicht zum Gegenstand eines Verfahrens vor Bundesgericht gemacht werden.²⁴ Gegen den begründeten materiellen Haftentscheid der kantonalen Beschwerdeinstanz steht zwar die Beschwerde ans Bundesgericht offen, allenfalls mit Gesuch um aufschiebende Wirkung. Das Bundesgericht greift allerdings nicht nochmals (super-)provisorisch gegen Haftentlassungen ein.²⁵

1.3.3. Mündliche Verhandlung beim ZMG und gesetzliche aufschiebende Wirkung der Beschwerdeanmeldung

[Rz 17] Nach ihrer Anmeldung der StPO-Haftbeschwerde hat die Staatsanwaltschaft «*innert dreier Stunden* seit der Eröffnung des Entscheides» die *schriftlich begründete Beschwerde* (zuhanden der Beschwerdeinstanz) beim Zwangsmassnahmengericht (ZMG) *einzureichen* (Art. 228a Abs. 2 VE StPO). Das ZMG hat die *Beschwerde* (zusammen mit der schriftlichen *Begründung* seines Entscheides und den Haftakten) sodann «*unverzüglich*» der Beschwerdeinstanz zu *übermitteln* (Abs. 3). Das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz richtet sich «*sinngemäss nach den Artikeln 225 und 226 Absätze 1–5 StPO*» (Art. 228a Abs. 4 VE StPO). Da der *Beschwerdeanmeldung* gegen Haftentlassungen von *Gesetzes* wegen die aufschiebende Wirkung zukommt (Art. 228a Abs. 1 Satz 2 VE StPO), *entfällt* ein eigentlicher «Pikettdienst» für (super-)provisorische Haftverfügungen bei den kantonalen Beschwerdeinstanzen.²⁶

[Rz 18] Wie schon das Bundesgericht in seiner einschlägigen Praxis betont hat, ist im Hinblick auf die – grundrechtlich gebotene – äusserst kurze Beschwerdefrist (Art. 228a Abs. 2 VE StPO) *sehr zu empfehlen*, dass das ZMG in jenen Fällen, in denen es in *Aussicht* nimmt, einem Haftanordnungs- oder Haftverlängerungsantrag der Staatsanwaltschaft *keine* Folge leisten, eine *mündliche Verhandlung* ansetzt und die Staatsanwaltschaft zur Teilnahme *verpflichtet* (Art. 225 Abs. 1 Satz 2 StPO).²⁷ Dies hat einen doppelten Vorteil: Erstens erfährt die Staatsanwaltschaft schon bei der *mündlichen* Eröffnung des Entscheides (Art. 226 Abs. 2 StPO), auf welche (provisorische und summarische)

²⁴ Dies galt schon nach der bisherigen Regelung mit *richterlich* verfügter aufschiebender Wirkung (vgl. BGE 138 IV 92 E. 2 S. 95 f.).

²⁵ Im Anschluss an die zweistufige Haftprüfung durch die kantonalen Instanzen mit *vorsorglichem Rechtsschutz* bei Haftentlassungen nimmt das *Bundesgericht* (auf BGG-Beschwerde hin) grundsätzlich *keine* zusätzliche (*super-*)*provisorische* Haftprüfung mehr vor (BGE 138 IV 92 E. 2 S. 95 f.). Ein *doppelter* vorsorglicher Rechtsschutz gegen Haftentlassungen (sowohl bei der kantonalen Beschwerdeinstanz als auch noch beim Bundesgericht) liesse sich schon aus zeitlichen Gründen definitiv *nicht mehr grundrechtskonform* gewährleisten (vgl. FORSTER [Fn. 1], 348, FN 48).

²⁶ Dazu FORSTER (Fn. 1), 348. Nicht zuletzt der drohende Pikettdienst bei den kantonalen Beschwerdeinstanzen liess dem wirksamen Rechtsschutz gegen fehlerhafte Haftentlassungen kriminalpolitisch einen grossen Widerstand erwachsen. Wegen der gesetzlichen aufschiebenden Wirkung entfällt nach dem VE StPO auch die Notwendigkeit, dass das ZMG schon die *Beschwerde-Ankündigung* der StA der Beschwerdeinstanz unverzüglich mitteilt und diese so (im Hinblick auf mögliche superprovisorische Beschwerdeanträge) «*vorwarnt*».

²⁷ BGE 138 IV 92 E. 3.3. S. 97 f.; FORSTER (Fn. 1), 345 f. Und zwar auch in Fällen, in denen die beschuldigte Person auf eine mündliche Verhandlung verzichtet hat. Die Staatsanwaltschaft kann schon in ihrem Haftanordnungs- oder Haftverlängerungsgesuch den Verfahrensantrag stellen, es sei eine mündliche Verhandlung anzuordnen, falls das ZMG eine Haftentlassung in Aussicht nimmt.

Begründung sich die Freilassung bzw. Nichtinhaftierung stützt.²⁸ Zweitens kann die Staatsanwaltschaft ihre Beschwerde-*Anmeldung* (Art. 228a Abs. 1 Satz 1 VE StPO) gleich im Anschluss an die Eröffnung des Entscheides dem ZMG *mündlich zu Protokoll* geben.²⁹ Falls *keine* mündliche Verhandlung mit obligatorischer Teilnahme der Staatsanwaltschaft stattfindet, hat das ZMG seinen Entscheid *raschestmöglich* (per FAX oder E-Mail) der Staatsanwaltschaft zu *eröffnen*,³⁰ und zwar nicht nur im Dispositiv, sondern auch mit wenigstens *summarischer Begründung* der provisorischen Haftentlassungsgründe.³¹

[Rz 19] Die sehr kurze Beschwerdefrist könnte seitens der Staatsanwaltschaft zwar als *lästig* empfunden werden. Auch wiegt die *Verantwortung* oft schwer, wenn sich ein Staatsanwalt oder eine Staatsanwältin kurzfristig für oder gegen eine Beschwerde gegen die Haftentlassung von gefährlich (bzw. auch flucht- oder kollusionsgefährdet) erscheinenden Beschuldigten oder Verurteilten entschliesst. Von dieser Kernproblematik sollte aber nicht in «Schwarzer Peter»-Manövertaktik abgelenkt werden. Der gelegentlich erhobene Einwand, die Grundrechte (Art. 31 der Bundesverfassung; BV, Art. 5 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten; EMRK) oder die Bestimmung von Art. 226 Abs. 5 StPO liessen einen vorsorglichen Rechtsschutz bei Haftentlassungen zum Vornherein gar nicht zu, überzeugt nicht.³² Es handelt sich dabei um eine kriminalpolitische «faule Ausrede».

2. Der Haftgrund der Wiederholungsgefahr als endlose kriminalpolitische Baustelle

[Rz 20] Nach der Praxis des Bundesgerichtes sind für das Vorliegen von Wiederholungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) drei Elemente konstitutiv: Erstens muss *grundsätzlich* das *Vortaterfordernis* erfüllt sein und es müssen *Verbrechen* oder *schwere Vergehen* drohen. Zweitens muss hierdurch die Sicherheit anderer erheblich gefährdet sein. Drittens muss die *Tatwiederholung ernsthaft zu befürchten* sein, was anhand einer *Rückfallprognose* zu beurteilen ist (BGE 143 IV 9 E. 2.5 S. 14).

2.1. Drohende Verbrechen und schwere Vergehen

[Rz 21] In BGE 137 IV 84 E. 3.2 S. 85 f. hat das Bundesgericht klargestellt, dass der deutsche (und italienische) Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO (drohende «schwere Verbrechen oder Vergehen») unpräzise ist: Der Haftgrund verlangt ernsthaft zu befürchtende (und erheblich sicher-

²⁸ BGE 138 IV 92 E. 3.3. S. 98; FORSTER (Fn. 1), 346. Seine ausführliche *schriftliche* Begründung übermittelt das ZMG der Beschwerdeinstanz (gemäss Art. 228a Abs. 3 VE StPO) ja erst nach Eingang der schriftlich begründeten *Beschwerde* der Staatsanwaltschaft (zuhanden der Beschwerdeinstanz).

²⁹ BGE 138 IV 92 E. 3.3. S. 98; FORSTER (Fn. 1), 346.

³⁰ Vgl. Erläuternder Bericht VE StPO (Fn. 18), S. 32.

³¹ Vgl. FORSTER (Fn. 1), 346. Seine ausführliche *schriftliche* Begründung übermittelt das ZMG der Beschwerdeinstanz (gemäss Art. 228a Abs. 3 VE StPO) erst nach Eingang der schriftlich begründeten *Beschwerde* der StA. Dieser muss es aber (aufgrund einer wenigstens summarischen Angabe der Haftentlassungsgründe) ermöglicht werden, ihre Beschwerde sachgerecht zu begründen.

³² Vgl. schon BGE 138 IV 92 E. 3.3–3.4 S. 97–99; s.a. Erläuternder Bericht VE StPO (Fn. 18), S. 31 f.

heitsrelevante) weitere *Verbrechen* oder *schwere Vergehen*.³³ Diese Praxis wurde seither *mehrfach ausdrücklich bestätigt* (zuletzt in BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 12, E. 2.6 S. 14). Im bundesrätlichen VE StPO wird der Wortlaut entsprechend korrigiert.³⁴ Völlig *missglückt* ist der VE zu Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO demgegenüber hinsichtlich des *Vortaterfordernisses* und der Frage, welcher *Art* die drohenden Verbrechen und schweren Vergehen (im Hinblick auf die früheren Taten) sein müssen:

2.2. Bundesgerichtspraxis zum Vortatenerfordernis

[Rz 22] Die Bundesgerichtspraxis zum gesetzlichen *Vortatenerfordernis* («bereits früher gleichartige Straftaten verübt») unterscheidet im Wesentlichen zwischen *drei Konstellationen*, nämlich (erstens) dem Vorliegen *rechtskräftiger Verurteilungen*, (zweitens) dem *Regelfall* (einfache Wiederholungsgefahr) *ohne* rechtskräftige Verurteilung und (drittens) einem *Ausnahmefall* («qualifizierte» Wiederholungsgefahr) ebenfalls *ohne* rechtskräftige Verurteilung:

[Rz 23] Die bereits begangenen Straftaten müssen sich laut Bundesgericht *nicht zwangsläufig* aus *rechtskräftigen Verurteilungen* ergeben.³⁵ Sie können auch erst Gegenstand eines noch hängigen Strafverfahrens bilden, in dem sich die Frage der Untersuchungs- bzw. Sicherheitshaft stellt. Die Voraussetzung dafür (bei noch nicht rechtskräftig beurteilten Delikten) ist aber (im Regelfall der *einfachen* Wiederholungsgefahr), dass «mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit» feststeht, dass die beschuldigte Person solche Straftaten begangen hat. Der haftrechtlich erforderliche Nachweis, dass die beschuldigte Person eine untersuchte Straftat höchstwahrscheinlich verübt hat, gilt «bei einem glaubhaften Geständnis oder einer erdrückenden Beweislage» als erbracht.³⁶ Die Gefährlichkeit der beschuldigten Person lässt sich in diesem Sinne sowohl aufgrund von bereits abgeurteilten Vortaten beurteilen, als auch im Gesamtkontext der ihr neu vorgeworfenen Delikte, «sofern mit genügender Wahrscheinlichkeit erstellt» ist, dass sie «sie begangen hat» (BGE 143 IV 9 E. 2.6 S. 15 mit Hinweis).

[Rz 24] Bei der *dritten* Konstellation (Ausnahmefall der sogenannten «qualifizierten» Wiederholungsgefahr) braucht es *weder* eine rechtskräftige Verurteilung, *noch* eine bereits «erdrückende Beweislage»: Wenn eine beschuldigte Person *dringend verdächtig* ist, ein *sehr schweres Verbrechen* (insbesondere ein Tötungsdelikt oder ein anderes besonders schweres Gewalt- bzw. Sexualverbrechen) begangen zu haben, und zudem aufgrund der bisherigen Untersuchungsergebnisse von einer *Gemeingefährlichkeit* der beschuldigten Person auszugehen ist, kann vom Vortatenerfordernis «*sogar ganz abgesehen*» werden. «Aufgrund einer systematisch-teleologischen Auslegung von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO ist das Bundesgericht zum Schluss gekommen, es habe nicht in der

³³ Zur Begründung dieser (auf den französischen Wortlaut und weitere methodische Elemente gestützten) Auslegung s. ausführlich MARC FORSTER, in: Basler Kommentar Schweizerische Strafprozessordnung / Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl. 2014 (zit. AUTOR-BSK StPO), Art. 221 N 10–13.

³⁴ Art. 221 Abs. 1 *Ingress* bleibt hingegen unverändert: Der *dringende Tatverdacht* bezieht sich nach wie vor auf *Verbrechen oder Vergehen*.

³⁵ Für die Frage der *Gefährlichkeit* einer beschuldigten Person ist das blosse *formelle* Vorstrafen-Kriterium (rechtskräftige im Strafregister eingetragene Verurteilung) oft *wenig sachgerecht*. – *Beispiel*: Ein wegen Gewaltverbrechen dringend Verdächtiger stammt aus dem Ausland und ist in der Schweiz zuvor noch nicht deliktisch in Erscheinung getreten (keine «Vorstrafe»). Im Herkunftsland (z.B. einem Bürgerkriegsgebiet) sind keine verlässlichen Angaben über Vorstrafen des Beschuldigten rasch erhältlich. In solchen und ähnlichen Fällen ist (neben den Erkenntnissen aus der laufenden Untersuchung) primär auf *psychiatrische Gefährlichkeitsgutachten* abzustellen.

³⁶ BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13; 137 IV 84 E. 3.2 S. 86.

Absicht des Gesetzgebers gelegen, mögliche Opfer von schweren Gewaltdelikten einem derart hohen Rückfallrisiko auszusetzen».³⁷

[Rz 25] Beim Vortatenerfordernis stellt sich unter anderem auch die Frage, welcher *Art* die drohenden Verbrechen und schweren Vergehen (im Hinblick auf die früheren Taten) sein müssen: Nach ständiger Praxis des Bundesgerichtes (und praktisch einhelliger Lehre) genügen *gleichartige* (erheblich sicherheitsgefährdende) drohende Verbrechen und schwere Vergehen. Es muss sich *nicht* um eine (erneut drohende) identische Tat handeln.³⁸

2.3. Schutz vor Schwerverbrechern über richterliches Notrecht?

[Rz 26] Schon im März 2011, kurz nach Inkrafttreten der Eidgenössischen StPO, hat das Bundesgericht in einem amtlich publizierten Entscheid auf eine *gravierende Gesetzeslücke* hingewiesen, nämlich auf das Fehlen eines Haftgrundes der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr bei drohenden Schwerverbrechen ohne rechtskräftig beurteilte Vortat. Das Bundesgericht hat (an die Adresse des Gesetzgebers) ausdrücklich erwogen, dass es vernünftigerweise *nicht in der Absicht der Legislative* gelegen haben konnte, bei akut drohenden schweren Gewalt- oder Sexualverbrechen auf die Möglichkeit einer strafprozessualen Inhaftierung zu verzichten.³⁹ In der Fachliteratur ist darauf hingewiesen worden, dass diverse kantonale Strafprozessgesetze den Haftgrund der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr noch ausdrücklich geregelt hatten, der bei Erlass der Eidgenössischen StPO dann schlichtweg «vergessen» ging.⁴⁰

[Rz 27] In BGE 137 IV 13 sah sich das Bundesgericht in einem einschlägigen Fall leider gezwungen, zum Nachteil der inhaftierten Person vom Wortlaut des Gesetzes (Vortatenerfordernis) abzuweichen. Da strafprozessuale Zwangsmassnahmen (und besonders der Freiheitsentzug) aber einer ausreichend klaren *Grundlage* im formellen Gesetz bedürfen,⁴¹ wurde an dieser «Lückenfällung» teilweise *scharfe Kritik* geübt. Allerdings war es der Gesetzgeber, der das Bundesgericht faktisch dazu gezwungen hatte, in Anwendung der *polizeilichen Notstandsklausel*⁴² vom Wortlaut des Gesetzes abzuweichen. Da diese *quasi-legislatorische Notrechtsprechung* schon aus rechtsstaatlichen Gründen kein Dauerzustand werden darf, wurde der Gesetzgeber in der Lehre mehrfach aufgefordert, den Haftgrund der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr rasch gesetzlich zu regeln und die «klaffende Gesetzeslücke» zu schliessen.⁴³ Im Dezember 2012 reichten *Isabelle Moret* (Motion 12.4077) und *Daniel Jositsch* (Initiative 12.495) entsprechende *parlamentarische Vorstösse* ein. Leider hat es das Parlament abgelehnt, die Gesetzesanregungen für «dringlich» zu erklären. Die Fachwelt und die Gerichte hoffen nun auf eine baldige überzeugende Lösung. Auch in der

³⁷ BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13; 137 IV 13 E. 3–4 S. 18 ff.

³⁸ BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 12 f., E. 2.7 S. 15 f. Schon der aktuelle Gesetzeswortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO («gleichartige») bestätigt dies; s.a. (für viele) z.B. FORSTER-BSK StPO (Fn. 33), Art. 221 N 15; NIKLAUS SCHMID/DANIEL JOSITSCH, Praxiskommentar StPO, 3. Aufl. 2018, Art. 221 N 13.

³⁹ BGE 137 IV 13 E. 3–4 S. 18 ff.; s.a. BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13.

⁴⁰ Vgl. FORSTER (Fn. 1), 341 f.

⁴¹ Art. 197 Abs. 1 lit. a StPO; Art. 31 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 Sätze 1–2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁴² Wegen «ernster, unmittelbarer und nicht anders abwendbarer Gefahr», Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV.

⁴³ Vgl. z.B. FORSTER (Fn. 1), 341 f.; www.marc-forster-strafrecht.com/2011/08/05/sind-die-zürcher-schuld-am-verunglückten-haftgrund-der-wiederholungsgefahr/; MARKUS HUG/ALEXANDRA SCHEIDEGGER, in: Zürcher Kommentar StPO, 2. Aufl. 2014, Art. 221 N 35 (mit weiteren Hinweisen).

vom EJPD eingesetzten Arbeitsgruppe zur Teilrevision der StPO wurde grossmehrheitlich die (Wieder-)Einführung des Haftgrundes der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr empfohlen.⁴⁴

[Rz 28] Im Gegensatz zum Bereich des prozessualen Rechtsschutzes gegen Haftentlassungen⁴⁵ ist der VE StPO bei der dringenden Baustelle der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr leider *misslungen*:

2.4. Gemeingefährliches Haftrecht?

[Rz 29] Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO lautet *heute* wie folgt: «Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind nur zulässig, wenn die beschuldigte Person eines Verbrechens oder Vergehens dringend verdächtig ist *und ernsthaft zu befürchten* ist, dass sie durch schwere Verbrechen oder Vergehen die Sicherheit anderer erheblich gefährdet, nachdem sie *bereits früher gleichartige Straftaten verübt* hat.» Wie erwähnt, ersetzt der VE StPO die Wendung «durch schwere Verbrechen oder Vergehen» richtigerweise mit: «durch Verbrechen oder schwere Vergehen». Das *Vortatenerfordernis* soll gemäss VE StPO nun aber wie folgt *neu* formuliert werden: «nachdem sie bereits früher *eine solche Straftat* verübt hat».

[Rz 30] Dies entspricht nicht dem in der Fachliteratur und in politischen Vorstössen dringend Gewünschten. Ein solcher kryptischer Haftgrund lässt sich in die ständige Praxis des Bundesgerichtes zur einfachen und «qualifizierten» Wiederholungsgefahr nicht sachgerecht einfügen und wirft in seiner *Mehrdeutigkeit* mehr neue heikle Fragen auf als er bisherige beantwortet:

[Rz 31] Wie soll die Haftrichterin oder der Haftrichter eine solche Regelung interpretieren? – Darf man einen Gemeingefährlichen, bei dem zum Beispiel Tötungsdelikte oder schwerste Sexualdelikte ernsthaft drohen, nur inhaftieren, wenn er «bereits früher eine *solche Straftat* verübt hat»? Wenn Tötungen drohen, «früher» aber «nur» schwere Sexualdelikte verübt wurden, wäre eine Haft ausgeschlossen?⁴⁶ – Und bedeutet «bereits früher»: vor der *untersuchten* Tat? Soll etwa (zum Beispiel nach einem untersuchten Tötungsdelikt) zuerst ein *rechtskräftiges Urteil* abgewartet werden oder gar noch ein *zweites Opfer* sterben müssen, bevor die hochgefährliche beschuldigte Person verhaftet werden kann?⁴⁷

[Rz 32] Der Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 lit. c VE StPO ist in doppelter Hinsicht missglückt: Erstens ist die Abweichung vom bisherigen Gesetzestext hinsichtlich der Art der drohenden Verbrechen oder schweren Vergehen («*gleichartige Straftaten*») mit der Wendung «eine *solche* Straftat» sachwidrig und zumindest höchst missverständlich. Wie bereits dargelegt, sind sich Lehre

⁴⁴ Das Bundesamt für Justiz wollte dieser Empfehlung zwar folgen (vgl. Erläuternder Bericht zum VE StPO [Fn. 18], S. 28 f.), bei der Schlussredaktion ist ihm jedoch ein Versehen unterlaufen (s. unten, Ziff. 2.5).

⁴⁵ Dazu oben, Ziff. 1.3.

⁴⁶ Der verunglückte Ausdruck «solche Straftat» meint offenbar eine *gleichartige* Tat (im Sinne der bisherigen Regelung und Praxis) bzw. ein *Verbrechen oder schweres Vergehen* (im Sinne der neuen Regelung).

⁴⁷ Die betreffenden Ausführungen zum VE StPO im *Erläuternden Bericht* und die Begründung für die Änderung gegenüber dem geltenden Recht (S. 28 f.) sind selbst für Fachleute nur schwer nachvollziehbar. Der VE StPO folgt *gerade nicht* «der früheren zürcherischen Regelung» der *qualifizierten* Wiederholungsgefahr; er *verwechselt* diese vielmehr mit der *einfachen* Wiederholungsgefahr. Auch die Interpretation, der VE StPO «erweitert» die Möglichkeit von Haft wegen Wiederholungsgefahr, erschliesst sich aus dem vorgeschlagenen Gesetzestext nicht. Ebenso wenig ist hier der Hinweis auf den speziellen Präventivhaftgrund der Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO) hilfreich. Die beiden Haftgründe sind disparat. Im Fall von BGE 137 IV 13 («qualifizierte» Wiederholungsgefahr) hatte der Beschuldigte keine Todesdrohungen gegen weitere konkrete Personen (im Sinne einer Ausführungsgefahr) ausgesprochen; BGE 137 IV 339 (Ausführungsgefahr nach konkludenter Tötungsandrohung) war auf den Fall von BGE 137 IV 13 nicht anwendbar (vgl. dazu FORSTER [Fn. 1], 339 f.).

und Praxis einig, dass *gleichartige* drohende Delikte genügen. Zweitens gibt der Vorentwurf leider *immer noch keine Antwort* auf die zentralen Fragen und Konstellationen: Weder unterscheidet er zwischen einer *rechtskräftig beurteilten* und einer erst *untersuchten* Vortat, noch nennt er Fall-Konstellationen, bei denen die untersuchte Tat als Vortat ausreicht. Eine Regelung der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr erfolgt im VE StPO nicht. Dies ist nicht nur rechtsstaatlich bedenklich, sondern (für alle potentiellen Verbrechenopfer) auch gefährlich. Irrtümliche Haftentlassungen und Nicht-Inhaftierungen trotz akuter Gemeingefahr für Leib und Leben sind zwar relativ selten, kommen aber leider immer wieder mal vor, manchmal mit gravierenden Folgen.⁴⁸ Fehlerlos und hellseherisch begabt werden die Strafbehörden auch nach der Teilrevision der StPO nicht sein.

2.5. Das Missverständnis beim EJPD: einfache und «qualifizierte» Wiederholungsgefahr

[Rz 33] Wie dem Erläuternden Bericht zum VE StPO entnommen werden kann, sind die Schlussredaktoren im EJPD einem *Irrtum* aufgesessen: Der Erläuternde Bericht⁴⁹ geht ausdrücklich davon aus, dass Art. 221 Abs. 1 lit. c VE StPO der Regelung der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr gemäss der früheren *Zürcher StPO* folge. – Dies ist jedoch *gerade nicht* der Fall: Bei dem im Bericht zitierten und im VE StPO (partiell) übernommenen Haftgrund handelt es sich vielmehr um den Haftgrund der *einfachen* Wiederholungsgefahr (§ 58 Abs. 1 Ziff. 3 StPO ZH), der im Kanton Zürich auch *für nicht qualifizierte* Fälle galt.⁵⁰ Der zusätzliche Haftgrund der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr wurde im Kanton Zürich im Jahr 2005 eingeführt, nämlich in § 58 Abs. 1 Ziffer 4 StPO/ZH. Bei einem *Katalog* von drohenden Schwerverbrechen *verzichtete* dieser Haftgrund auf das Erfordernis früherer (vor dem untersuchten Verbrechen verübter oder beurteilter) Delikte.⁵¹

[Rz 34] Was der VE StPO liefert, hat mit der im Erläuternden Bericht angekündigten Regelung der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr nichts zu tun. Vielmehr droht noch einmal das *gleiche Versehen*, das dem eidgenössischen Gesetzgeber schon vor 2011 unterlaufen ist.

2.6. Lösungsvorschlag

[Rz 35] Der VE bedarf bei der Wiederholungsgefahr dringend der Überarbeitung. Anstatt von einer «solchen» Straftat, ist zunächst (im Sinne der bisherigen Regelung der einfachen Wiederholungsgefahr, Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) von einer «gleichartigen» Tat oder (nochmals) von «einem Verbrechen oder schweren Vergehen» zu reden. Sodann ist in einer *neuen litera d* (von Art. 221

⁴⁸ Siehe neben dem vorne (Ziff. 1.2) beschriebenen aktuellen Fall auch die in Fussnote 1 genannten Beispiele.

⁴⁹ Seite 28 f. und Fussnote 45.

⁵⁰ «Er werde, nachdem er bereits zahlreiche Verbrechen oder erhebliche Vergehen verübt hat, erneut solche Straftaten begehen». Auch der Erläuternde Bericht (S. 29 Fussnote 45) räumt ein, dass sich der VE StPO an dieser Regelung von § 58 Abs. 1 Ziffer 3 der Strafprozessordnung des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (StPO/ZH; LS 321) orientiert. Dieser *Rückfall* ins Zürcher Haftrecht des 20. Jahrhunderts bringt keine Lösung. Schon der Zürcher Gesetzgeber sah sich 2005 veranlasst, diese Bestimmung (einfache Wiederholungsgefahr, Ziff. 3) durch den Haftgrund der *qualifizierten* Wiederholungsgefahr (Ziff. 4) zu *ergänzen*. Analoges wird seit 2012 für die Eidgenössische StPO verlangt.

⁵¹ Vgl. BGE 135 I 71 E. 2.4 S. 73; siehe auch FORSTER (Fn. 1), 342; <https://www.marc-forster-strafrecht.com/2011/08/05/sind-die-zürcher-schuld-am-verunglückten-haftgrund-der-wiederholungsgefahr/>.

Abs. 1) der Haftgrund der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr vom Gesetzgeber nun endlich klar und ausdrücklich zu regeln, und zwar im Sinne diverser kantonaler Strafprozessgesetze aus der Zeit vor 2011.⁵²

[Rz 36] Andernfalls bliebe es faktisch bei der höchst unbefriedigenden Rechtslage: Das Bundesgericht müsste sich in einschlägigen Fällen weiterhin auf die «Polizei-Notstandsklausel» (Art. 36 Abs. 1 Satz 3 BV) bei ungenügender Gesetzesgrundlage berufen und bliebe gleichzeitig dem (kriminalpolitisch ziemlich unfairen) Vorwurf ausgesetzt, es weiche zu Ungunsten von inhaftierten Personen vom Wortlaut ab. Falls der Gesetzgeber diese klaffende Gesetzeslücke – entgegen den mehrmaligen deutlichen Ermahnungen durch Bundesgericht, Doktrin und Politik – nicht zügig schliesst, führt dies zur Fortsetzung der bereits jahrelang andauernden, rechtsstaatlich unerträglichen Rechtsunsicherheit zum Nachteil aller Beteiligten und zu einer fatalen Fehlentwicklung in Richtung eines «gemeingefährlichen Haftrechts».

[Rz 37] Zwar bestehen aus der Sicht der bundesgerichtlichen Praxis noch weitere wichtige Anwendungsfälle (der *einfachen* Wiederholungsgefahr), bei denen ausnahmsweise ebenfalls auf «Vortaten» (im Sinne von rechtskräftigen Verurteilungen) verzichtet werden kann.⁵³ Diese Konstellationen können aber – im Gegensatz zum kriminalpolitisch äusserst dringlichen Problem der «qualifizierten» Wiederholungsgefahr – wohl weiter der Gerichtspraxis überlassen werden; sie bedürfen (meiner Ansicht nach) nicht zwangsläufig einer detaillierten gesetzlichen Regelung.⁵⁴

3. Sicherheitshaft in gerichtlichen Nachverfahren

[Rz 38] Regelmässig wird strafprozessuale Sicherheitshaft auch in selbstständigen gerichtlichen Nachverfahren gemäss Art. 363–365 StPO (etwa betreffend Anordnung einer nachträglichen Freiheitsentziehenden Massnahme, Art. 65 StGB) geprüft bzw. beantragt, namentlich, wenn der bisherige Sanktionsvollzug (nach rechtskräftiger Verurteilung) endet, eine Entlassung in die Freiheit

⁵² Wie etwa § 58 Abs. 1 *Ziffer 4* StPO/ZH; vgl. BGE 135 I 71 E. 2.4 S. 73: Abschliessender *Katalog* von drohenden Schwerverbrechen, bei denen auf das Erfordernis früherer (vor dem untersuchten Verbrechen verübt oder beurteilten) Delikte *verzichtet* werden kann (*neue* Art. 221 Abs. 1 *lit. d* StPO).

⁵³ In Bezug auf das «Vortatenerfordernis» bei noch *fehlender rechtskräftiger Verurteilung* ist noch an die *zweite* Grundkonstellation («Regelfall») bei einfacher Wiederholungsgefahr, s. oben, Ziff. 2.2) zu denken: Auch hier liegen noch *keine rechtskräftig beurteilten* Vorstrafen vor, sondern nur die *untersuchten* Delikte. Bei diesen handelt es sich zwar um *Verbrechen* oder *schwere Vergehen*, aber *nicht* um akut drohende schweren Gewaltverbrechen (im Sinne einer «qualifizierten» Wiederholungsgefahr). Bei diesen Fällen verlangt die Bundesgerichtspraxis grundsätzlich eine «erdrückende Beweislage».

⁵⁴ Nach der Praxis des Bundesgerichtes kann U-Haft wegen Wiederholungsgefahr auch (als «ultima ratio») zulässig sein gegen *Serien-Intensivtäter* ohne einschlägige Vorstrafen. Einer der Zwecke der strafprozessualen Haft wegen Fortsetzungsgefahr ist es auch, dass das Strafverfahren nicht durch *ständig neue* Verbrechen oder schwere Vergehen *verlängert und kompliziert* wird (vgl. BGE 143 IV 9 E. 2.2 S. 11). – *Beispiel*: Ein noch nicht vorbestrafter Beschuldigter hat Familienangehörige mehrfach geschlagen (einfache Körperverletzungen und Tötlichkeiten), bedroht und beschimpft. Er begeht während der Strafuntersuchung immer neue einschlägige schwere Vergehen mit zunehmender Eskalationstendenz. Weder polizeiliche Massnahmen (wegen «häuslicher Gewalt») noch Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft (Art. 237 StPO) haben bisher eine Verhaltensänderung bewirkt. In solchen und ähnlichen Fällen (mit ungünstiger Rückfallprognose) ist die Anordnung von Untersuchungshaft (auch ohne rechtskräftige Verurteilung) nach der Bundesgerichtspraxis grundsätzlich zulässig, wenn (über den dringenden Tatverdacht hinaus) eine Verurteilung wegen schweren Vergehen als nahezu sicher erscheint («erdrückende Beweislage», vgl. BGE 143 IV 9 E. 2.3.1 S. 13; 137 IV 84 E. 3.2 S. 86). Für die Frage, *welche Beweislage* bei untersuchten Verbrechen oder schweren Vergehen «erdrückend» erscheint bzw. welche Verurteilungswahrscheinlichkeit als «genügend» angesehen wird, kommt es auf den *konkreten Fall* an. Zu berücksichtigen sind namentlich die *Schwere* der Tat, der Wert der betroffenen *Rechtsgüter*, die *Gefährlichkeit* der beschuldigten Person und die *Kadenz* der zu untersuchenden Delikte (vgl. BGE 143 IV 9 E. 2.6 S. 14 f.).

aber noch nicht verantwortet werden kann.⁵⁵ Eine spezifische Regelung für die Anordnung und Fortsetzung von Sicherheitshaft enthalten die Art. 363–365 StPO bisher nicht. Nach Einleitung des Nachverfahrens bis zur Rechtskraft des neuen Massnahmenurteils basiert die Anordnung und Fortsetzung von strafprozessualer Sicherheitshaft gemäss der Praxis des Bundesgerichtes auf den (analog anwendbaren) Bestimmungen von Art. 229–233 i.V.m. Art. 221 und Art. 220 Abs. 2 bzw. Art. 226–228 StPO.⁵⁶ Allerdings ist diese Situation rechtsstaatlich unbefriedigend. Das Bundesgericht hat denn auch verschiedentlich ausdrücklich erwogen, dass «de lege ferenda detailliertere systemkohärente Regeln aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus zu wünschen» sind.⁵⁷

3.1. Widersprüche zwischen StPO und StGB bei den Zuständigkeiten in Nachverfahren

[Rz 39] Bei den selbstständigen Nachverfahren betreffend Massnahmen ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich Art. 363 StPO und Art. 65 StGB⁵⁸ teilweise widersprechen: Bei den nachträglichen *stationären therapeutischen Massnahmen* sieht Art. 65 Abs. 1 Satz 2 die Zuständigkeit des Gerichtes vor, das die Strafe ausgesprochen oder die Verwahrung angeordnet hat. Dies stimmt insoweit mit Art. 363 Abs. 1 StPO überein, als dort jenes Gericht als zuständig bezeichnet wird, welches das erstinstanzliche Urteil gefällt hat, «sofern Bund oder Kantone nichts anderes bestimmen». Bei den *nachträglichen Verwahrungen* (Art. 65 Abs. 2 StGB) bestehen hingegen *Spannungsfelder* zu Art. 363 Abs. 1 StPO:

[Rz 40] Gemäss Art. 65 Abs. 2 StGB bestimmen sich «Zuständigkeit und Verfahren» nach den Regeln, die «für die Wiederaufnahme» gelten. Dies steht in doppelter Hinsicht in Widerspruch zur StPO. Zum einen hat das Gericht die nachträgliche Verwahrung «aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel» zu prüfen. In der Sache geht es daher um eine *Revision*. Diese ist in der neuen StPO in Art. 410 ff. StPO geregelt,⁵⁹ eine neurechtliche «Wiederaufnahme» (nach Einstellungen) im Sinne von Art. 323 StPO kann hier nicht gemeint sein. Daraus ergeben sich zwei Unstimmigkeiten: Erstens wurden die *Terminologien* in Art. 65 Abs. 2 StGB *noch nicht der StPO angepasst*. Und zweitens wäre hier die (in Art. 363 Abs. 1 StPO vorgesehene) grundsätzliche Zuständigkeit des *erstinstanzlichen* Gerichts *sach- und systemwidrig*, da über *Revisionsgesuche* das *Berufungsgericht* entscheidet (Art. 21 Abs. 1 lit. b StPO). Mit anderen Worten sieht das Bundesrecht bei der nachträglichen Verwahrung die Zuständigkeit des *Berufungsgerichtes* zwingend vor.⁶⁰ Der VE StPO klärt diese Widersprüche nicht. Sie sollten in StGB und StPO umso mehr *bereinigt* werden, als

⁵⁵ Siehe auch Art. 62a Abs. 3, Art. 64a Abs. 3 und Art. 95 Abs. 5 StGB betreffend *Rückversetzung* in den Straf- oder stationären Massnahmenvollzug. Wie der Erläuternde Bericht (S. 46) erwähnt, gab es auch in diesem Bereich *tragische Fälle* wie z.B. jener von *Lucie Trezzini*.

⁵⁶ BGE 139 IV 175 E. 1.1–1.2 S. 178; 137 IV 333 E. 2.2–2.3 S. 336–338; Urteile des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.1; 1B_270/2017 vom 28. Juli 2017 E. 1.3 und E. 6; 1B_490/2016 vom 24. Januar 2017 E. 2; 1B_371/2016 vom 11. November 2016 E. 4.6.

⁵⁷ Urteile des Bundesgerichts 1B_270/2017 vom 28. Juli 2017 E. 6; 1B_371/2016 vom 11. November 2016 E. 5.2.

⁵⁸ Siehe auch Art. 62a Abs. 3, Art. 64a Abs. 3 und Art. 95 Abs. 5 StGB betreffend *Rückversetzung* in den Straf- oder stationären Massnahmenvollzug.

⁵⁹ Insbes. Art. 410 Abs. 1 lit. a StPO.

⁶⁰ Vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 1.1.

sich die Unklarheit auch auf die Frage der Zuständigkeiten im *Haftverfahren* auswirkt (Art. 364b VE StPO).

3.2. Gesetzliche Grundlagen für die Sicherheitshaft im Nachverfahren

[Rz 41] Erfreulicherweise wird gemäss VE StPO die strafprozessuale *Festnahme* und *Haftanordnung* vor und während eines nachträglichen gerichtlichen Verfahrens (in Art. 364a und Art. 364b VE StPO) nun ausdrücklich geregelt. Die Behörde, die für die *Einleitung* des selbstständigen Nachverfahrens zuständig ist, kann die verurteilte Person («in dringenden Fällen»⁶¹) polizeilich *festnehmen* lassen⁶² (falls sie sich nicht mehr im Sanktionsvollzug befindet) und anschliessend ein Verfahren um gerichtliche *Anordnung von Sicherheitshaft* (sinngemäss nach Art. 224–226 StPO) in Gang setzen (Art. 364a Abs. 1–3 VE StPO). In allen Fällen des gerichtlichen Nachverfahrens soll nun das *Zwangsmassnahmengericht* für die Prüfung der ersten *Haftanordnung* zuständig sein (Art. 364a Abs. 2 VE StPO).⁶³ Die *Haftanordnung* im Nachverfahren ist (nach Art. 364a Abs. 1 VE) zulässig, wenn *erstens* «ernsthaft zu erwarten» ist, dass gegen die verurteilte Person im gerichtlichen Nachverfahren der Vollzug einer *freiheitsentziehenden Sanktion* angeordnet wird (Ingress) und *zweitens* ein besonderer *Sicherheits-Haftgrund* vorliegt, nämlich wenn zudem ernsthaft zu erwarten ist, dass die verurteilte Person sich *entweder* dem *Vollzug entziehen* (lit. a) *oder* erneut eine *schwere Straftat begehen* (lit. b) könnte.⁶⁴

[Rz 42] Auch die Sicherheitshaft *während* des hängigen nachträglichen Gerichtsverfahrens wird in Artikel 364b VE StPO ausdrücklich normiert. Gemäss Absatz 1 ist «die Verfahrensleitung des für den nachträglichen Entscheid zuständigen Gerichts» für den *Festnahmebefehl* und den *Antrag* auf Anordnung von Sicherheitshaft zuständig. Da im VE StPO die oben⁶⁵ beschriebenen Unklarheiten betreffend Zuständigkeit nicht geklärt werden, ist (etwa in den Fällen von Art. 65 Abs. 2 StGB) *nicht klar, welche Gerichtsleitung* diese haftrechtlichen Schritte zu unternehmen hat. Gemäss Artikel 364b Absatz 2 VE StPO geht die Gerichtsleitung (vor einem Haftantrag) sinngemäss nach den Bestimmungen von Art. 224 StPO vor und beantragt (falls Haftgründe vorliegen) dem Haftgericht die Anordnung von Sicherheitshaft. Als haftanordnende Haftgerichte wirken das «Zwangsmassnahmengericht beziehungsweise» die «Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz». Der VE StPO schweigt sich darüber aus, in welchen Fällen jeweils das ZMG oder die Verfahrensleitung der Beschwerdeinstanz für die Haftanordnung zuständig ist. Gemäss dem Erläuternden Bericht besteht die Zuständigkeit des ZMG bei einem Haftantrag eines *erstinstanzlichen* Gerichtes und die

⁶¹ Gemeint ist damit eine *zeitliche* Dringlichkeit (Erläuternder Bericht, S. 47).

⁶² Vgl. Art. 217–219 StPO.

⁶³ Nach bisheriger Regelung konnte (in Fällen der Zuständigkeit des Berufungsgerichtes) auch die Verfahrensleitung des Berufungsgerichtes zuständig sein (vgl. Urteil des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 1.1).

⁶⁴ Diese Haftgründe lehnen sich an die *einschlägige Praxis des Bundesgerichtes* an (vgl. BGE 137 IV 333 E. 2.3.1–2.3.3 S. 337 f.; nicht aml. publ. E. 3.5–3.6 von BGE 139 IV 175; Urteile des Bundesgerichts 1B_548/2017 vom 29. Januar 2018 E. 3.2–3.3; 1B_490/2016 vom 24. Januar 2017 E. 4.1; 1B_371/2016 vom 11. November 2016 E. 6; 1B_382/2015 vom 26. November 2015 E. 2.2). Sie sind auf das *Nachverfahren* zugeschnitten. Die *Kollusionsgefahr* (im Sinne von Art. 221 Abs. 1 lit. b StPO) wird zwar nicht ausdrücklich genannt, könnte aber (unter Art. 364a Abs. 1 lit. a VE StPO) *sinngemäss mitberücksichtigt* werden, falls Verdunkelungshandlungen (wie auch Flucht vorbereitungen) dem Zweck dienen, sich dem *Vollzug* der nachträglichen freiheitsentziehenden Sanktion zu *entziehen*. Der allgemeine Haftgrund des *dringenden Tatverdachtes* (Art. 221 Abs. 1 Ingress StPO) ist im selbstständigen gerichtlichen Nachverfahren ohne weiteres erfüllt, da eine rechtskräftige Verurteilung bereits vorliegt (BGE 137 IV 333 E. 2.3.1 S. 337; Urteil des Bundesgerichts 1B_548/2017 E. 3.2).

⁶⁵ Ziff. 3.1.

Zuständigkeit der Verfahrensleitung der *Beschwerdeinstanz* bei einem Haftantrag des *Berufungsgerichtes*.⁶⁶ Dies entspricht dem neuen System von Art. 232 f. VE StPO: Danach soll während eines Verfahrens vor dem *Berufungsgericht* nicht mehr dessen Verfahrensleitung für Haftprüfungen zuständig sein, sondern die Verfahrensleitung der *Beschwerdeinstanz*.⁶⁷ Artikel 364b Absatz 3 VE StPO verlangt «bei vorbestehender Sicherheitshaft» (also nach der erfolgten ersten Anordnung von Sicherheitshaft, Art. 364a VE StPO) eine *periodische Haftprüfung* (analog Art. 227 StPO).⁶⁸ Für das Haftverfahren während des gerichtlichen Nachverfahrens verweist Artikel 364b Absatz 4 VE StPO im Übrigen auf die sinngemässe Anwendung der «Artikel 230–233» StPO (im Sinne des VE). Die materiellen *Sicherheits-Haftgründe* nach Artikel 364b VE StPO (während des gerichtlichen Nachverfahrens) sind dieselben wie in Artikel 364a.⁶⁹

4. Fazit

[Rz 43] Die neuen gesetzlichen Regelungen zum *prozessualen Rechtsschutz* bei Haft- oder Vollzugsentlassungen (gerade von gemeingefährlichen Gewaltstraftätern)⁷⁰ sowie zur Haftprüfung in gerichtlichen *Nachverfahren*⁷¹ (Art. 222 Abs. 2, Art. 228a sowie Art. 364a und Art. 364b VE StPO) sind *sehr zu begrüessen*. Bedenkliche *Lücken und Unklarheiten* lässt der Vorentwurf hingegen (weiterhin) beim wichtigen Haftgrund der *Wiederholungsgefahr* (Art. 221 Abs. 1 lit. c VE StPO) offen. Die Schlussredaktion des Vorentwurfes ist hier schlechterdings missglückt; der Fehler beruht primär auf einer Verwechslung zwischen einfacher und «qualifizierter» Wiederholungsgefahr.⁷²

[Rz 44] Wer sich kriminalpolitisch für einen wirksamen Rechtsgüter- und Opferschutz bei Haft- oder Vollzugsentlassungen von gemeingefährlichen Gewaltstraftätern einsetzt, trifft auf heftigen Gegenwind. Soweit dieser Widerstand der Austarierung der in Haftfällen auf dem Spiel stehenden wichtigen Interessen von Betroffenen dient, ist dagegen nichts einzuwenden. Vor dem Hintergrund von «Schwarzer Peter»-Spielen um haftrechtliche Zuständigkeiten, Verantwortlichkeiten und Korps-Interessen wird aber auch der sprichwörtliche Laie mit «gesundem Menschenverstand» noch öfters ausreichend Gelegenheit erhalten, sich zu wundern.

Professor Dr. MARC FORSTER, RA, war Mitglied der Arbeitsgruppe EJPD zum bundesrätlichen VE StPO 2017. Der Arbeitsgruppe gehörten Expertinnen und Experten an aus Justiz (Gerichte und Staatsanwaltschaften aller Stufen), Wissenschaft, Advokatur und Strafvollzug (vgl. Erläuternder Bericht zum VE, S. 8 Ziff. 1.2). Die hier vertretenen Auffassungen äussert der Autor als Strafrechtslehrer und private Fachperson. Er ist Strafrechtsdozent an der Universität St. Gallen und wissenschaftlicher Berater am Bundesgericht.

⁶⁶ Erläuternder Bericht (Fn. 18), S. 48.

⁶⁷ Also einer anderen Abteilung der jeweiligen kantonalen Obergerichte (bzw. der Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes nach Haftantrag der Berufungskammer).

⁶⁸ Erläuternder Bericht (Fn. 18), S. 48.

⁶⁹ Erläuternder Bericht (Fn. 18), S. 48.

⁷⁰ Vgl. oben, Ziff. 1.3.

⁷¹ Vgl. oben, Ziff. 3.2. Da die *Unklarheiten* betreffend die *Zuständigkeit* zur Haftprüfung *während* des Nachverfahrens (Art. 364b VE StPO i.V.m. Art. 363 Abs. 1 StPO und Art. 65 StGB) *weiterhin nicht behoben* sind (vgl. oben, Ziff. 3.1–3.2), bedarf dieser Punkt ebenfalls noch der Verbesserung.

⁷² Vgl. oben, Ziff. 2.4–2.6.