

Marc Forster, Lausanne/St. Gallen

Das Haftrecht der neuen StPO auf dem Prüfstand der Praxis

Entwicklungen bei den Haftgründen und vorläufiger Rechtsschutz bei Haftentlassungen*

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Die Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung von Haftentlassungen
 1. Schutz der Verfahrenszwecke
 2. Beispiel Zürcher Fall «A.»
 3. Grundsatz der Einheit des Verfahrens
 4. Prozessuale Konsequenzen für den Rechtsschutz
- III. Haftgründe – Problematik und Grenzen der Füllung von «Gesetzeslücken»
 1. Ausführungsgefahr und Wiederholungsgefahr
 - a) Fall «Autobahnraststätte»
 - b) Fall «Waschküche»
 - c) Wiederholungsgefahr im Fall «Autobahnraststätte»
 - d) Problematik und Begründung der (rechtsprechungsweisen) Wieder-einführung des Haftgrundes der qualifizierten Wiederholungsgefahr
 - e) «Die Zürcher» sind nicht «schuld»
 2. Wiederholungsgefahr bei drohenden «schweren Verbrechen oder Vergehen»
 - a) Auslegungsdilemma
 - b) Lösungsversuch im Rahmen des französischen Wortlauts
 - c) Kritik und Ergebnis
 - d) Fallbeispiele
- IV. Vorläufiger Rechtsschutz gegen Haftentlassungen
 1. Lösungsmodell des Bundesgerichtes
 - a) Schritt 1: mündliche Haftverhandlung
 - b) Schritt 2: mündliche Eröffnung mit summarischer Begründung und sofortige Beschwerdeankündigung
 - c) Schritt 3: provisorische Beschwerde innert drei Stunden mit Gesuch um aufschiebende Wirkung
 - d) Schritt 4: Beschwerdeinstanz entscheidet innert wenigen Stunden superprovisorisch über das Gesuch um aufschiebende Wirkung
 - e) Pikettregelung bei den Beschwerdeinstanzen?
 2. Reaktionen in Praxis und Literatur
 - a) Widersprüchliches Echo bei den Behörden
 - b) Lösungsalternative «sofortige Wiederinhaftierung»?
 3. Stellungnahme und Schlussbemerkung
 - a) Verfehlen der Haftzwecke
 - b) Rechtsmissbrauchsproblematik
 - c) Bewertung und Ausblick

* Überarbeitete und ergänzte Fassung des Referates anlässlich der Jahrestagung der Schweizerischen Kriminalistischen Gesellschaft vom 10./11. Mai 2012 in Locarno.

I. Einleitung

Die neue StPO erweist sich (nach den Erfahrungen der ersten anderthalb Jahre nach ihrem Inkrafttreten) zwar als durchaus praxistauglich. Sie hat allerdings ihre Tücken und «Untiefen». Einige wichtige Fragen sind gar nicht geregelt,¹ andere sind bis ins Detail fast schon überreguliert. Einzelne Regelungen werden als missglückt kritisiert. Und auch die höchstrichterliche Praxis sorgt gelegentlich für Überraschungen.² Dies gilt nicht zuletzt im wichtigen Bereich der Zwangsmassnahmen. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich auf weichenstellende Entwicklungen beim neuen *Haftrecht*. Das Bundesgericht hat hier diverse «Leitplanken» und Korrekturen gesetzt, die auf unterschiedliches Echo gestossen sind.

II. Die Legitimation der Staatsanwaltschaft zur Anfechtung von Haftentlassungen

Erstes Beispiel ist die Anfechtung von *Haftentlassungen* (bzw. Nichtinhaftierungen) durch die Staatsanwaltschaft. Deren Beschwerdebefugnis wird in Art. 222 StPO nicht erwähnt (wohl aber in Art. 381 Abs. 1 StPO). – Handelt es sich dabei um ein «qualifiziertes Schweigen» des Gesetzgebers? In der Botschaft und in den parlamentarischen Ratsprotokollen findet sich nichts dazu. Im Begleitbericht zum StPO-Vorentwurf von *Niklaus Schmid* war die Legitimation der Staatsanwaltschaft im Grundsatz noch *befürwortet* worden.³ Das Schweigen im legislatorischen «Walde» ist umso erstaunlicher, als die Problematik bekannt war und auch altrechtliche Entscheide des Bundesgerichtes vorlagen, in denen (insbesondere bei Bundesgerichtsbarkeit) die Beschwerdebefugnis bejaht worden war.⁴ Falls die gesetzgeben-

-
- 1 Zu klaffenden «Gesetzeslücken» bei den *Haftgründen* s. unten, Ziff. III. Weitere Beispiele betreffen die *Legitimation der Staatsanwaltschaft* zur Haftbeschwerde (nachfolgend, Ziff. II), den Grundsatz «in dubio pro duriore» bei *Einstellungen* (BGE 137 IV 219 E. 7.1–7.2 226 f.; zur BGE-Publikation bestimmtes Urteil 1B_687/2011 vom 27. März 2012 E. 4.1–4.2) oder den *Antennensuchlauf* (Mobiltelefonie) als Untersuchungsmassnahme gegen unbekannte Täterschaft (BGE 137 IV 341).
 - 2 Im Bereich des Haftrechts etwa mit der rechtsprechungsweisen Wiedereinführung des Haftgrundes der *qualifizierten Wiederholungsgefahr* (dazu unten, Ziff. III/1) oder mit Anleitungen zum *vorläufigen Rechtsschutz* gegen *Haftentlassungen* (s. unten, Ziff. IV).
 - 3 «Ein Rechtsmittel wäre zudem im Sinne der Gleichberechtigung bzw. Waffengleichheit auch der mit einem Haftantrag unterlegenen Staatsanwaltschaft einzuräumen» (EJPD/Bundesamt für Justiz, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bern 2001, 165). *Anders* hingegen *N. Schmid*, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxis-kommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 222 N 7, Art. 224 N 14.
 - 4 BGE 130 I 234 E. 3.1 237; 130 IV 154 E. 1.2 155 f.; 134 IV 36 E. 1.4 39 ff.; s. auch Urteil 1 S. 9/2004 vom 23. September 2004 E. 2; zur altrechtlichen Beschwerdebefugnis der Bundesanwaltschaft (nach SGG/BStP/OG) vgl. *H. Aemisegger/M. Forster*, in: Basler Kommentar BGG, hrsg. von M. A. Niggli/P. Uebersax/H. Wiprächtiger, 1. Aufl., Basel 2008, Art. 79 N 7, 10.

den Organe an diese Fragestellung gedacht hatten, wollten sie die Entscheidung darüber offenbar den Gerichten überlassen. Eine gerichtliche Klärung drängte sich schon deshalb auf, weil der Gesetzeswortlaut widersprüchlich⁵ erscheint und Fragen auch insofern offenlässt, als er ausdrücklich die Beschwerde gegen «die Aufhebung» der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft vorsieht.⁶

1. Schutz der Verfahrenszwecke

Das Bundesgericht hat die Beschwerdebefugnis der Staatsanwaltschaft und Bundesanwaltschaft (auch nach neuem Recht) bestätigt.⁷ Dabei standen zwei Gründe im Vordergrund. *Erstens* der *ordnungsgemässe Ablauf des Strafverfahrens*: Wenn stark fluchtgefährdete Beschuldigte untertauchen, können Prozesse platzen oder stark beeinträchtigt werden. Das Gleiche gilt, wenn Beschuldigte Beweise verschwinden lassen oder manipulieren. Bei hoher Wiederholungsgefahr von Schwerverbrechen kommen zur Beeinträchtigung der Untersuchung auch noch akute Gefahren für hochwertige Rechtsgüter dazu:

2. Beispiel Zürcher Fall «A.»

Zu denken ist an den tragischen Fall, der im Juli 2012 vor dem Bezirksgericht Zürich neu verhandelt werden musste: Ein sadistisch Veranlagter hatte im Jahre 2004 eine Frau brutalst misshandelt und mit blossen Fäusten bzw. Fusstritten getötet. In der U-Haft gelang es ihm, die Behörden davon zu überzeugen, dass er «nur» unter Alkoholeinfluss dermassen gewaltbereit und nun gewillt sei, seine jahrelange Alkoholsucht wirksam therapieren zu lassen. Auf freien Fuss gesetzt, wurde er mehrmals rückfällig. Er fügte noch zwei weiteren Frauen auf ähnlich brutale Weise schwere Verletzungen zu. Das zweite Opfer von 2006 versuchte er, mit einem Kissen zu ersticken, nachdem er es verprügelt hatte. Das dritte Opfer von 2007 miss-

5 Vgl. P. Goldschmid, Urteilsbesprechung von BGE 137 IV 22, fp 2011, 143.

6 An einer Beschwerdeführung gegen die *Aufhebung* der Haft dürfte in der Regel nicht die beschuldigte Person interessiert sein, sondern primär die Staatsanwaltschaft. Allerdings können mit Haftentlassungen auch anfechtbare *Ersatzmassnahmen* oder *Kostenauflagen* verbunden werden (vgl. M. Forster, in: Basler Kommentar StPO, hrsg. von M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger, Basel 2011, Art. 222 N 6). Einen Rechtsbehelf der Staatsanwaltschaft (Antrag auf Fortsetzung der Sicherheitshaft bei der Verfahrensleitung des Berufungsgerichts) gegen Haftentlassungen durch das *erstinstanzliche Gericht* sieht im Übrigen Art. 231 Abs. 2 StPO ausdrücklich vor.

7 BGE 137 IV 22 E. 1.2–1.4 23–25; 87 E. 3 89–92; 230 E. 1 232; 237 E. 1.2 240; 340 E. 2.3.2 345 mit Hinweisen; vgl. H. Aemisegger/M. Forster, in: Basler Kommentar BGG, hrsg. von M. A. Niggli/P. Uebersax/H. Wiprächtiger, 2. Aufl., Basel 2011, Art. 79 N 51.

handelte und folterte er während Stunden. Es erlitt unter anderem einen Lungenriss, einen Nierenriss, einen Riss des rechten Augapfels mit Erblinden des Auges, zwei Lendenwirbelfrakturen, sieben Rippenbrüche sowie zahlreiche Hämatome am Rumpf und an sämtlichen Extremitäten. Nur durch glückliche Zufälle kam dieses dritte Opfer knapp am Tod vorbei. Im Juli 2012 verurteilte das Bezirksgericht Zürich den Angeklagten wegen vorsätzlicher Tötung, mehrfacher versuchter Tötung und weiteren Delikten zu 18 Jahren Freiheitsstrafe mit anschliessender Verwahrung. – Zwar hätte hier auch eine Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft die beiden Rückfälle nicht verhindern können, da die Haftentlassung vom *Staatsanwalt* verfügt worden war. Die Haftgerichte und (später) auch das Bundesgericht⁸ hatten jeweils noch Haftfortdauer bestätigt. Das Bundesgericht und einige Autoren, welche die Legitimation der Staatsanwaltschaft grundsätzlich befürworten,⁹ sind jedoch der Ansicht, dass das Strafprozessrecht mit dazu beitragen sollte, solche krassen Fälle möglichst zu vermeiden, und zwar unbesehen, ob fehlerhafte Haftentlassungen gelegentlich durch die Staatsanwaltschaft oder eben durch Haftgerichte erfolgen.¹⁰

3. Grundsatz der Einheit des Verfahrens

Das Bundesgericht führt¹¹ noch einen *zweiten* Grund an. Es widerspräche auch dem Grundsatz der *Einheit des Verfahrens* (Art. 111 BGG), wenn die Staatsanwaltschaften (der Kantone und des Bundes) zwar nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 3 und Ziff. 7 BGG grundsätzlich in allen Strafsachen die Befugnis zur Beschwerde ans Bundesgericht haben, die StPO-Haftbeschwerde hingegen ausgeschlossen wäre. Dies umso mehr, als Art. 381 Abs. 1 (i. V. m. Art. 393 ff.) StPO die Legitimation der Staatsanwaltschaft zur StPO-Beschwerde «zugunsten oder zuungunsten der beschuldigten oder verurteilten Person» ausdrücklich vorsieht und deren Verneinung eine *Gabelung* und *Komplizierung* der *Rechtswege* in Haftsachen nach sich zöge.¹²

8 Urteil 1B_219/2010 vom 20. Juli 2010.

9 BSK BGG-*Aemisegger/Forster* (Fn. 7), Art. 79 N 51; *Forster* (Fn. 6), Art. 222 N 6, Anm. 11; P. *Guidon*, Die Beschwerde gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. BE, Zürich 2011, 93 Rz. 217; M. *Hug*, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von A. Donatsch/T. Hansjakob/V. Lieber, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 222 N 7; A. *Keller*, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar StPO (Fn. 4), Art. 393 N 35; a. M. (bzw. zweifelnd) hingegen *Goldschmid* (Fn. 5), 143 f.; N. *Oberholzer*, Der lange Weg zur Haftentlassung oder das neue Auslegungsprinzip der «Gewährleistung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft», fp 2012, 156 ff.; *Schmid*, Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 222 N 7, Art. 224 N 14; M. *Thommen*, Urteilsbesprechung von BGE 137 IV 22, forumpoenale 2011, 144 f.; BSK StPO-M. *Ziegler* (Fn. 6), Art. 381 N 2.

10 Zu Fragen des *vorläufigen Rechtsschutzes* gegen Haftentlassungen s. unten, Ziff. IV.

11 In BGE 137 IV 22 E. 1.3 23 f.; 87 E. 3.1 90; 230 E. 1 232.

12 Vgl. dazu BSK BGG-*Aemisegger/Forster* (Fn. 7), Art. 79 N 51; s. auch BGE 137 IV 22 E. 1.3 24; 87 E. 3.1 90; kritisch *Thommen* (Fn. 9), 144 f.

4. Prozessuale Konsequenzen für den Rechtsschutz

Mit dieser Lückenfüllung sind nun aber zwangsläufig neue Fragen und Probleme entstanden: Da der Gesetzgeber zur Haftbeschwerde der Staatsanwaltschaft nichts sagte, hat er auch nicht geregelt, wie der *vorläufige Rechtsschutz* gegen drohende ungesetzliche *Haftentlassungen* gehandhabt werden soll. Ein eher dornenreiches Kapitel für die beteiligten Behörden. Darauf ist noch zurückzukommen.¹³

III. Haftgründe – Problematik und Grenzen der Füllung von «Gesetzeslücken»

Beim ersten Beispiel (Legitimation der Staatsanwaltschaft) ging es um *echte* Lückenfüllung (in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmung). Es gibt sogar Regelungen, welche das Bundesgericht «*contra legem*» korrigieren musste, in sogenannter *unechter* Lückenfüllung. Es tat dies nicht aus Übermut, sondern um *stossende Ungereimtheiten* im Gesetz auszubügeln. Von primärem Interesse und besonderer Problematik sind dabei die neuen Haftgründe:

1. Ausführungsgefahr und Wiederholungsgefahr

Wiederholungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) und Ausführungsgefahr (Art. 221 Abs. 2 StPO) sind besonders heikle Haftgründe, weil sie präventiv ausgerichtet sind und *Kriminalprognosen* implizieren. Bei der *Wiederholungsgefahr* wird von früherer gleichartiger Delinquenz auf hohe *Rückfallsgefahr* geschlossen. Bei der *Ausführungsgefahr* begründet eine ernst zu nehmende *Androhung*, ein Schwerkverbrechen auszuführen bzw. «wahrzumachen», die Inhaftierung. Bereits erfolgte Straftaten setzt die Ausführungsgefahr nicht zwangsläufig voraus.¹⁴ In welchem Verhältnis diese beiden Haftgründe zueinander stehen, ist weitgehend ungeklärt, zumal es Grenzfälle gibt und das Gesetz wichtige Konstellationen nicht regelt.

13 Unten, Ziff. IV.

14 Vgl. BSK StPO-Forster (Fn. 6), Art. 221 N 16, 18; Schmid, Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 221 N 14. Im Gegensatz zu den besonderen Haftgründen im engeren Sinne (Art. 221 Abs. 1 lit. a–c StPO) ist die Ausführungsgefahr nicht an den allgemeinen Haftgrund des dringenden *Tatverdachts* eines bereits verübten Deliktes zwangsläufig gekoppelt. Sie stellt insofern einen *selbstständigen* Haftgrund dar (vgl. M. Forster, Ausgewählte Fragen der strafprozessualen Haft nach neuer StPO, in: M. Heer, Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, hrsg. von M. Heer, Schriften SWR Bd. 12, Bern 2010, 178).

a) Fall «Autobahnraststätte»

In BGE 137 IV 13 wurde dem Beschuldigten ein *Tötungsdelikt* zur Last gelegt. Er hatte dem Opfer auf einer Autobahnraststätte tödliche Schläge und Tritte versetzt. Aufgrund des sehr ungünstigen psychiatrischen Gutachtens musste zwar befürchtet werden, dass der Beschuldigte *weitere* schwere Gewaltverbrechen verüben könnte. Er hatte jedoch weder eine entsprechende «Drohung» geäußert, noch bereits gleichartige *Vortaten* verübt.¹⁵ Das Bundesgericht bejahte hier dennoch das Vorliegen von *Wiederholungsgefahr*. Es gelangte zum Schluss, dass hier ein *besonderer Fall* von Wiederholungsgefahr vorlag, an den der Gesetzgeber nicht gedacht (oder den er ausgeblendet) hatte. Bei akut zu befürchtenden weiteren Schwerverbrechen müsse ausnahmsweise vom gesetzlichen Vortatenerfordernis *abgesehen* werden können. Dies ergebe sich aus der Teleologie des Haftgrundes sowie indirekt aus dem verwandten Haftgrund der Ausführungsgefahr. Falls der Gesetzgeber diese spezielle Konstellation einer Wiederholungsgefahr erkannt hätte, hätte er sie konsequenterweise analog zur Ausführungsgefahr geregelt; genauer gesagt, im Sinne der *qualifizierten Wiederholungsgefahr* einiger bisheriger kantonaler Strafprozessgesetze.¹⁶ Zunächst drängen sich *kritische Fragen* auf: – Wieso hat das Bundesgericht hier an der Wiederholungsgefahr «herumgeschraubt» und entgegen dem Gesetzeswortlaut auf das Vortatenerfordernis bei Wiederholungsgefahr verzichtet? Dies noch mit Hinweis auf den Haftgrund der Ausführungsgefahr? – War dies nötig? – Warum hat das Bundesgericht nicht direkt *Ausführungsgefahr* angenommen? Umso mehr, als es in einem anderen Urteil entschieden hat, bei Ausführungsgefahr könne schon eine *konkludente* Androhung eines Schwerverbrechens genügen. Werfen wir vor der Klärung dieser Fragen zunächst einen Blick auf dieses zweite Urteil:

b) Fall «Waschküche»

In BGE 137 IV 339 f. wurde dem Beschuldigten eine *versuchte Tötung* zur Last gelegt. Er habe seine Ehefrau in der Waschküche mit einem Messerschnitt durch die Pulsader zu töten versucht. Er habe das schwer verletzte Opfer am Tatort zu-

15 Über das erst zu untersuchende Tötungsdelikt hinaus. Aus dem Strafregister *entfernte* Vorstrafen sind nicht zu berücksichtigen (BGE 135 I 71 E. 2.10–2.11 75–77); hingegen können *Jugendstrafen*, die als solche nicht im Strafregister eingetragen werden, als Vorstrafen berücksichtigt werden (Urteil 1B_731/2011 vom 16. Januar 2012 E. 3.2). Falls ein Nachverfahren betreffend *nachträgliche Änderung* der *Sanktion* erneut vor dem erkennenden Strafgericht hängig ist («Fall Lucie»), wird die (im Schuldspruch rechtskräftige) ursprüngliche Verurteilung im Hauptverfahren als Vortat anerkannt (BGE 137 IV 333 E. 2.3.3 338). Neben rechtskräftigen Verurteilungen lässt BGE 137 IV 84 E. 3.2 86 auch ein *glaubhaftes Geständnis* oder eine geradezu *erdrückende Beweislage* in einem hängigen Verfahren genügen (gl. M. BSK StPO-Forster [Fn. 6], Art. 221 N 15; Schmid, Praxiskommentar [Fn. 3], Art. 221 N 12; *kritisch* Urteilsbesprechung in AJP 2011, 982).

16 Vgl. dazu BGE 135 I 71 E. 2.4 73 (betreffend die Zürcher StPO).

rückgelassen, in der Annahme, es werde dort verbluten. Das Opfer konnte glücklicherweise noch gerettet werden. Das Bundesgericht bestätigte hier *Ausführungsgefahr* als Haftgrund. Zwar hatte der Beschuldigte nie eine Tötungsabsicht ausdrücklich verbal geäußert. Das Bundesgericht folgte jedoch der Lehre,¹⁷ wonach auch eine *konkludente* Androhung eines Schwerverbrechens genügen könne. Diese Androhung erkannte das Bundesgericht im Pulsader-Aufschneiden und Im-Stich-Lassen des Opfers, was (laut bisherigen Untersuchungsergebnissen) in Tötungsabsicht erfolgt sei. Nach den Umständen war auch ernsthaft zu befürchten, dass der Täter die (aus seiner Sicht fehlgeschlagene) Tötung noch *wahrmachen* könnte.¹⁸

c) Wiederholungsgefahr im Fall «Autobahnraststätte»

Wo liegt nun der wesentliche *Unterschied* zwischen den beiden Fällen? Wieso kann beim Autobahnraststätten-Fall höchstens *Wiederholungsgefahr* vorliegen, und nur beim Waschküchen-Fall konkludente Ausführungsgefahr? Beim Fall Autobahnraststätte bezog sich die Wiederholungsgefahr auf *unbestimmte neue* potenzielle Opfer. Das anvisierte Opfer war dort bereits getötet worden. Ausführungsgefahr verlangt aber die drohende «Wahrmachung» eines erst «angedrohten» Schwerverbrechens. Zwar wurde beim Waschküchen-Fall entschieden, diese Androhung könne auch konkludent erfolgen. Damit ein Schwerverbrechen «wahrgemacht» zu werden droht, muss es aber einigermaßen konkretisiert sein: In der Regel muss es sich auf eine bestimmte (oder zumindest bestimmbare) bedrohte Person beziehen. Jedenfalls muss das Schwerverbrechen «angedroht» und damit (im Hinblick auf seine «Wahrmachung») in den Grundzügen *konkretisierbar* sein. Bei der Messerattacke in der Waschküche traf dies zu: Der Beschuldigte hatte das Opfer bereits in Tötungsabsicht mit dem Messer an der Pulsader schwer verletzt und im Stich gelassen. Und es war ernsthaft zu befürchten, dass er die (damit konkludent angedrohte) Tötung noch wahrmachen könnte. Es liegen zwar verwandte Fälle vor. Beim Fall Autobahnraststätte war jedoch Wiederholungsgefahr (in einem qualifizierten Fall) zu prüfen. Zum Wortlaut der Ausführungsgefahr hätte es noch grössere Diskrepanzen gegeben als bei der Wiederholungsgefahr.¹⁹

17 BSK StPO-Forster (Fn. 6), Art. 221 N 18 Anm. 75; Schmid, Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 221 N 14.

18 Es ging hier also um einen Fall von Ausführungsgefahr, bei dem bereits ein zu untersuchendes Schwerverbrechen vorlag. Ausführungsgefahr setzt eine begangene *Straftat*, z. B. die strafbare *Drohung*, ein *Schwerverbrechen* auszuführen (Art. 180 StGB), *nicht zwangsläufig* voraus: Nicht immer, wenn ein Schwerverbrechen objektiv droht, wurde zuvor das anvisierte Opfer (im Sinne von Art. 180 StGB) in Schrecken oder Angst versetzt; die Verbrechenabsicht kann z. B. auch *Dritten* gegenüber kundgetan werden (vgl. Forster [Fn. 14], 179). Ein angedrohtes *Vergehen* oder *minder schweres Verbrechen* genügt nach dem klaren Gesetzeswortlaut von Art. 221 Abs. 2 StPO nicht (BGE 137 IV 122).

19 Zur Problematik der *Substitution* von Haftgründen s. BSK StPO-Forster (Fn. 6), Art. 226 N 4. Das Bundesgericht klärt weitere Haftgründe nicht «auf Vorrat» ab, wenn die kantonalen In-

- d) Problematik und Begründung der (rechtsprechungsweisen) Wiedereinführung des Haftgrundes der qualifizierten Wiederholungsgefahr

Es bleibt allerdings das heikle Ergebnis, dass das Bundesgericht im Fall «Autobahnraststätte» zum Nachteil des Inhaftierten *vom Gesetzeswortlaut abwich* und (angesichts drohender weiterer Schwerverbrechen) auf das *Vortatenerfordernis verzichtete*,²⁰ wie dies früher in einigen kantonalen Strafprozessordnungen noch ausdrücklich geltendes Recht war. Hier drängt sich der Einwand auf, eine unechte Lückenfüllung bzw. Auslegung «contra legem» sei (angesichts von Art. 31 Abs. 1 bzw. Art. 36 Abs. 1 BV) unzulässig, da es sich bei Haft um einen schweren Eingriff in die persönliche Freiheit handle, der eine *klare gesetzliche Grundlage* benötige. Aus pragmatischer Sicht stellt sich zunächst die Gegenfrage: Was hätten die Haftgerichte und das Bundesgericht im Fall «Autobahnraststätte» anderes machen sollen? Den vom Psychiater als gemeingefährlich eingestuften Beschuldigten (nach einer Tötung) freilassen, obwohl *weitere Schwerverbrechen akut drohten*? Den «Schwarzen Peter» der Grundrechtsproblematik darf die Justiz hier wohl an den Gesetzgeber weiterreichen, der den bewährten Haftgrund der *qualifizierten Wiederholungsgefahr* (ohne Vortatenerfordernis für Schwerverbrechen) nicht aus den bisherigen *kantonalen* Regelungen übernommen hat. Dem Vorwurf der Menschenrechtsverletzung ist sodann die Frage entgegenzusetzen, wie es sich denn mit den Grundrechten jener Menschen verhält, die als potenzielle Opfer von weiteren Schwerverbrechen infrage kommen. Wie etwa die beiden späteren Opfer des gewalttätigen Alkoholikers im eingangs erwähnten Zürcher Fall «A.».²¹ Mit anderen Worten scheint mir bei *akut drohenden Schwerverbrechen* die polizeiliche *Notstandsklausel* (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV) ausnahmsweise anwendbar. Wenigstens vorübergehend. Das Bundesgericht hat (auch hier) lediglich eine behelfsmässige *Notlösung* getroffen. Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die klaffende Lücke möglichst rasch zu schliessen.

stanzen *einen* ausreichenden besonderen Haftgrund dargelegt haben. Diese Praxis hat dazu geführt, dass sich manche Staatsanwaltschaften und Zwangsmassnahmengerichte ihrerseits darauf beschränken, einen einzigen Haftgrund abzuklären. Zumindes in Zweifelsfällen ist dies nicht zu empfehlen: Das Bundesgericht kann nur ausnahmsweise selber Haftgründe substituieren. Es kennt die Untersuchungsakten nicht ausreichend; ausserdem muss das rechtliche Gehör des Inhaftierten gewahrt bleiben. Wenn die kantonalen Instanzen nicht rechtzeitig mehrere mögliche Haftgründe dargelegt bzw. geprüft haben, wird das Bundesgericht daher in Zweifelsfällen die Sache zur Neuprüfung *zurückweisen* (s. Urteil 1B_728/2011 vom 13. Januar 2012 E. 2.7). Dies führt nicht nur für den Inhaftierten zu einer unnötigen Belastung und Komplizierung, sondern auch für die beteiligten Behörden. Die Staatsanwaltschaft muss bei solchen Konstellationen sogar mit Haftentlassungen rechnen.

20 BGE 137 IV 13 (s. oben, lit. a); ähnlich auch Urteil 1B_133/2011 vom 12. April 2011 E. 4.

21 Vgl. oben, Ziff. II/2.

e) «Die Zürcher» sind nicht «schuld»

Entgegen vereinzelter Vermutungen²² trifft es nicht zu, dass die dargelegte Gesetzeslücke aus dem *Zürcher* Strafprozessgesetz in die neue Eidgenössische StPO übernommen worden sei. Jedenfalls seit 2005 kannte auch die Zürcher StPO bei Schwerverbrechen den Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr, der keine bereits verübten Vortaten voraussetzte.²³ Der bei der Legitimationsproblematik erwähnte Zürcher Fall «A.»²⁴ (mit den drei weiblichen Opfern) zeigt denn auch exemplarisch, wie wichtig der vom Bundesgericht rechtsprechungsweise wiedereingeführte Haftgrund der qualifizierten Wiederholungsgefahr ist: Als das erste Tötungsdelikt 2004 erfolgte, galt in der Zürcher StPO noch ein strenges Vortatenerfordernis. Es mussten sogar «zahlreiche» Verbrechen oder schwere Vergehen vorliegen. Ob dies damals zur fatalen Haftentlassung beigetragen hat, entzieht sich meiner Kenntnis.

2. Wiederholungsgefahr bei drohenden «schweren Verbrechen oder Vergehen»

Die gesetzliche Definition der Wiederholungsgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO) gibt aber noch zu weiterem Kopfzerbrechen Anlass. Das Bundesgericht ist in einem zusätzlichen Punkt vom Wortlaut des (deutschen und italienischen) Gesetzestextes abgewichen.²⁵ Und zwar beim Erfordernis des drohenden «schweren Verbrechens oder Vergehens».

a) Auslegungsdilemma

Eine Analyse der verschiedenen Auslegungsvarianten zeigt, dass es zu heiklen Abgrenzungsproblemen und stossenden Konsequenzen führt, wenn das Gesetz für Untersuchungshaft eine Gefährdung durch «schwere Verbrechen oder Vergehen» verlangt.²⁶ Vereinfacht gesagt, sollte Untersuchungshaft nicht ausgerechnet für die geringfügigeren Straftaten leichter angeordnet und für die gravierenderen Deliktskategorien erschwert werden. Es zeigt sich, dass der Gesetzgeber das Adjektiv «schwere» *falsch platziert* hat: Haft wegen Wiederholungsgefahr kommt infrage

22 «Si on peine à comprendre de tels égarements, on en connaît au moins l'origine. Sans surprise, c'est dans l'ancien code de procédure pénale du canton de Zurich que l'on trouve, au paragraphe 58 al. 1 ch. 3, une disposition de même nature» (B. Bertossa, Semaine Judiciaire 2011, vol. I, 286 f.).

23 S. z. B. BGE 135 I 71 E. 2.4 73.

24 Vgl. oben, Ziff. II/2.

25 BGE 137 IV 84.

26 Dazu BSK StPO-Forster (Fn. 6), Art. 221 N 10–13; derselbe (Fn. 14), 174–177.

bei drohenden *Verbrechen* oder *schweren Vergehen*. So war der Haftgrund auch bisher in verschiedenen kantonalen Prozessgesetzen in bewährter Weise geregelt. Probleme mit dem prozessualen *Legalitätsprinzip*²⁷ sind nun aber absehbar, wenn ein Inhaftierter geltend macht, der Gesetzeswortlaut verlange nun mal *schwere* Verbrechen, und wenn er gleichzeitig Argumente dafür vorbringen kann, dass es sich in seinem Fall um (drohende) *minder* schwere Verbrechen handle. Zum Beispiel um einfachen Diebstahl oder Freiheitsberaubung.²⁸

b) Lösungsversuch im Rahmen des französischen Wortlauts

Der französische Gesetzestext von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO entspricht der sachgerechten Lösung, indem er «des *crimes* ou des *délits graves*» genügen lässt, also Verbrechen oder schwere Vergehen. Allerdings könnte der französische Wortlaut (rein syntaktisch) auch im Sinne des deutschen (und italienischen) Textes ausgelegt werden.²⁹ Unbestreitbar ist aber, dass er die sinnvollere Auslegung («Verbrechen oder schwere Vergehen») ebenfalls zulässt. Das Bundesgericht hat sich dieser Betrachtungsweise angeschlossen (BGE 137 IV 84); die Praxis wurde unterdessen mehrfach bestätigt.

c) Kritik und Ergebnis

Gegen die dargelegte Lösung wurde eingewendet,³⁰ dass nicht nur der deutsche, sondern auch der italienische Gesetzestext «*schwere* Verbrechen» verlangten. Dieser Einwand scheint mir methodologisch nicht zwingend, zumal bei divergierenden Gesetzeswortlauten kein «Mehrheitsprinzip» gilt, sondern die (schon seit der Antike befolgte) Regel, wonach Sinnvarianten nicht arithmetisch zu zählen sind, sondern inhaltlich gegeneinander abzuwägen.³¹ Nach der Bundesgerichtspraxis ist jedenfalls derjenige Gesetzestext vorzuziehen, der den vernünftigen Sinn einer Regelung wiedergibt.³²

27 Art. 31 Abs. 1 und Art. 36 Abs. 1 BV.

28 Art. 139 Ziff. 1 und Art. 183 Ziff. 1 StGB, je mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren (oder Geldstrafe) als Strafobergrenze. Bei *schwereren* Verbrechen sind besondere Strafuntergrenzen vorgesehen und reichen die gesetzlichen Strafobergrenzen über fünf Jahre Freiheitsstrafe hinaus (bis maximal lebenslänglich).

29 Vgl. BSK StPO-Forster (Fn. 6), Art. 221 N 12–13; ders. (Fn. 14), 177.

30 Vgl. C. Josi, Urteilsbesprechung von BGE 137 IV 84 in fp 2011, 213.

31 «Et vero in dissensione civili, cum boni plus quam multi valent, expendos cives, non numerandos» (Marcus Tullius Cicero, 106–43 v. Chr., De re publica IV, 1, Nonius 519, 14). Allerdings dürfte Cicero hier noch nicht die Qualität der Argumente gemeint haben, sondern primär die Nobilität und Autorität der Argumentierenden.

32 Vgl. z. B. BGE 135 IV 206 E. 4–5 208–212.

d) Fallbeispiele

An folgenden Beispielen lässt sich die *praktische Tragweite* der Diskussion veranschaulichen. *Fall A*: Der Beschuldigte A ist offenbar psychisch krank und verbüßt kurz nacheinander mehrfache *Freiheitsberaubungen*. Im *Fall B* begeht ein Beschuldigter einfache *Seriendiebstähle* in Warenhäusern mit Deliktssummen von jeweils ca. 700 bis 1000 Franken. Angesichts der Strafobergrenze von höchstens fünf Jahren handelt es sich bei beiden Fällen in der Regel um *minder schwere Verbrechen*.³³ Die StPO verlangt für Wiederholungsgefahr allerdings zusätzlich noch eine *erhebliche Sicherheitsrelevanz* der Delikte.³⁴ Dies führt im *Fall B* (einfache Seriendiebstähle im Warenhaus) grundsätzlich zur *Verneinung* von Wiederholungsgefahr (selbst bei Anwendung des französischen Wortlauts). Bei *Entreiss-* oder *Einbruchdiebstählen* wäre die besondere Sicherheitsrelevanz hingegen zu bejahen. Bei diesen minder schweren Verbrechen sowie im *Fall A* (sicherheitsrelevante Freiheitsentziehungen) wäre die Annahme von Wiederholungsgefahr somit nur möglich, wenn man dem *französischen* Wortlaut folgt. *Serienbetrug* und *gewerbsmässigen Betrug* sowie *bandenmässigen Diebstahl* oder *Raub* hat das Bundesgericht unterdessen ebenfalls als «erheblich sicherheitsgefährdend» eingestuft.³⁵

IV. Vorläufiger Rechtsschutz gegen Haftentlassungen

Wie bereits dargelegt,³⁶ ist als Folge der vom Bundesgericht bejahten Beschwerdebefugnis von Staatsanwaltschaft und Bundesanwaltschaft gegen fehlerhafte Haftentlassungen zwangsläufig ein neuer Problemkreis entstanden. Da der Gesetzgeber zur Haftbeschwerde der Staatsanwaltschaft nichts sagte, hat er auch nicht geregelt, wie der *vorläufige Rechtsschutz* gegen drohende Haftentlassungen zu handhaben ist. In BGE 138 IV 92 hat das Bundesgericht mögliche Lösungen und «Leitlinien» in diesem schwierigen Verfahrensbereich entwickelt,³⁷ die teilweise auf Kritik gestossen sind.

33 Da es sich im *Fall B* nach herrschender Lehre und Praxis nicht mehr um geringfügige Vermögensdelikte (Art. 172^{ter} StGB), handeln kann, liegen auch hier (minder schwere) *Verbrechen* vor (Art. 139 Ziff. 1 i. V. m. Art. 10 Abs. 2 StGB).

34 Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO: «(...) die Sicherheit anderer erheblich gefährden».

35 Urteil 1B_379/2011 vom 2. August 2011 E. 2.8–2.9; gl. M. BSK StPO-Forster (Fn. 6), Art. 221 N 14–15, Anm. 57 und 62; Hug (Fn. 9), Art. 221 N 34; a. M. Schmid (Fn. 3), Art. 221 N 11. Bei gewerbs- oder bandenmässigem Diebstahl, gewerbsmässigem Betrug und Raub handelt es sich (angesichts der gesetzlichen Strafobergrenzen) nicht mehr um minder schwere Verbrechen, sodass hier der französische Gesetzeswortlaut nicht bemüht werden muss.

36 Oben, Ziff. II.

37 S. auch BGE 137 IV 230; 137 IV 237. Beim BGE 138 IV 92 handelt es sich zwar um einen *Ab-schreibungsbeschluss*. (Es war unterdessen eine *Haftentlassung* erfolgt; zudem erwog das Bundesgericht, dass die Verweigerung der *aufschiebenden Wirkung* durch die StPO-Beschwerde-

1. Lösungsmodell des Bundesgerichtes

Die vom Bundesgericht skizzierte Lösung sieht sehr *kurze Fristen* vor. Damit wollte «Lausanne» niemanden schikanieren. Vielmehr soll in einer Art «juristischem Spagat» sowohl dem Rechtsschutz der Staatsanwaltschaft Rechnung getragen werden, als auch dem gesetzlichen Anspruch der beschuldigten Person auf *sofortige Haftentlassung* nach einem entsprechenden Haftrichterentscheid (Art. 226 Abs. 5 StPO). Die Frage ist: Wie kann sichergestellt werden, dass zumindest eine Beschwerdeinstanz die Haftentlassung im Sinne des provisorischen Rechtsschutzes noch rechtzeitig prüfen kann, wenn gleichzeitig ein Anspruch des Inhaftierten besteht, nach erstinstanzlichen Haftentlassungen «unverzüglich» auf freien Fuss gesetzt zu werden?

a) Schritt 1: mündliche Haftverhandlung

Zentral ist, dass eine mündliche Haftverhandlung stattfinden muss, wenn eine gerichtliche Haftentlassung (bzw. die Abweisung eines Haftantrages der Staatsanwaltschaft) in Aussicht steht.³⁸ In einem ersten Schritt hat die Staatsanwaltschaft in ihrem *Haftantrag* an das Zwangsmassnahmengericht (Art. 224 Abs. 2 StPO) eine *mündliche Haftverhandlung* zu beantragen, sofern sie eine allfällige gerichtliche Haftentlassung (voraussichtlich) *nicht akzeptieren* will.³⁹ Falls die Staatsanwaltschaft *keine* mündliche Haftverhandlung beantragt hat,⁴⁰ sollte das Zwangsmassnahmengericht sicherheitshalber von Amtes wegen eine Verhandlung anordnen, falls es eine *Haftentlassung* (bzw. Abweisung des Haftantrages) in Aussicht nimmt.

instanz *nicht* zum Gegenstand einer Beschwerde ans *Bundesgericht* gemacht werden kann, bevor der Haftentscheid der StPO-Beschwerdeinstanz in der *Sache* ergangen ist.) Das Bundesgericht hat aber im Interesse der Rechtssicherheit (im Rahmen eines obiter dictums) verbindliche «*Leitlinien*» formuliert. Der Entscheid betrifft den Fall einer *verweigerten Haftanordnung*; die Erwägungen gelten aber analog auch für Haftverlängerungen und Haftentlassungsgesuche.

38 Die mündliche Verhandlung ist deshalb so wichtig, weil nur durch sie sichergestellt wird, dass die Staatsanwaltschaft rechtzeitig von der drohenden Haftentlassung *erfährt*, dass sie unverzüglich ihre *Beschwerde* dagegen *ankündigen*, von den *Haftentlassungsgründen* summarisch *Kenntnis* nehmen und rasch eine vorsorgliche Beschwerdeeingabe (mit Gesuch um aufschiebende Wirkung) bei der Beschwerdeinstanz einreichen kann. Dieses äusserst zügige Vorgehen ist nötig, weil die beschuldigte Person im Falle eines für sie günstigen Entscheides des Zwangsmassnahmengerichtes einen gesetzlichen Anspruch auf *unverzügliche Haftentlassung* hat (Art. 226 Abs. 5 StPO). Die provisorische Weiterdauer der Haft aus Rechtsschutzgründen darf daher höchstens *einige Stunden* dauern (bis zum superprovisorischen Entscheid der Beschwerdeinstanz über die aufschiebende Wirkung).

39 BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 97 f.; Analoges gilt für Haftverlängerungsanträge oder beim Eingang von Haftentlassungsgesuchen.

40 Und auch die beschuldigte Person nicht.

Die Staatsanwaltschaft kann in diesem Fall zur Teilnahme an der Verhandlung *verpflichtet* werden (Art. 225 Abs. 1 Satz 2 StPO).

b) Schritt 2: mündliche Eröffnung mit summarischer Begründung und sofortige Beschwerdeankündigung

In einem zweiten Schritt *eröffnet* das Zwangsmassnahmengericht am Schluss der Verhandlung *mündlich* seinen Entscheid betreffend Haftentlassung (bzw. Abweisung des Haftantrages).⁴¹ Das Zwangsmassnahmengericht hat seinen Entscheid bei der Eröffnung wenigstens *summarisch* (provisorisch) zu *begründen*, jedenfalls betreffend das Fehlen von Haftgründen. Andernfalls kann die Staatsanwaltschaft nicht sachgerecht eine provisorische Beschwerde dagegen erheben bzw. aufschiebende Wirkung beantragen. Die sofortige *mündliche Eröffnung* der *provisorischen* Begründung des Zwangsmassnahmengerichtes (Art. 226 Abs. 2 Satz 1 StPO) ist *nicht identisch* mit der (definitiven) kurzen *schriftlichen Begründung* des *Entscheidunges* (Art. 226 Abs. 2 Satz 2 StPO). Für die Zustellung der definitiven schriftlichen Begründung hat das Zwangsmassnahmengericht noch etwas länger Zeit. Die Eröffnung der provisorischen Haftentlassungsgründe muss hingegen (aus Rechtsschutzgründen) sofort nach der Haftverhandlung erfolgen. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte das Zwangsmassnahmengericht (zumindest bei komplizierteren Entscheiden, etwa Haftentlassungen gegen Ersatzmassnahmen) der Verteidigung und der Staatsanwaltschaft bereits ein schriftliches *Dispositiv* zur Verfügung stellen.⁴² Die Staatsanwaltschaft hat nun ihre *Beschwerde* gegen den mündlich eröffneten Entscheid am Schluss der Verhandlung *mündlich anzukündigen*. Diese Ankündigung bewirkt, dass das Zwangsmassnahmengericht bis zur Einreichung und superprovisorischen Behandlung der Beschwerde *keine Haftentlassung* vollziehen lassen darf.⁴³ Wichtig ist ausserdem, dass das Zwangsmassnahmengericht die staatsanwaltliche *Beschwerdeankündigung* der Beschwerdeinstanz *unverzüglich mitteilt*. Leider wird das im Leitentscheid des Bundesgerichtes nicht ausdrücklich erwähnt. Sicherheitshalber sollte auch die Staatsanwaltschaft ihre Beschwerdean-

41 BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 98.

42 Vgl. T. Hansjakob, Urteilsbesprechung in fp 2012, 148 f. (gemeint ist dort [recte] das Urteil des BGer 1B_442/2011 [nicht 6B_]).

43 BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 98; teilweise ähnlich auch Art. 231 Abs. 2 und Art. 227 Abs. 4 StPO: Falls das *erstinstanzliche Gericht* wegen eines *Freispruches* die *Freilassung* verfügt hat, kann die Staatsanwaltschaft beim Berufungsgericht ebenfalls die Fortsetzung der Sicherheitshaft beantragen. Das Berufungsgericht hat für die Haftprüfung fünf Tage (seit der Antragstellung) Zeit (Art. 231 Abs. 2 StPO). Dabei geht es aber *nicht* um einen *superprovisorischen* Entscheid über die Gewährung der *aufschiebenden Wirkung*, sondern um den *Haftverlängerungsentscheid* in der Sache. Ausserdem besteht im erstinstanzlichen Gerichtsverfahren *kein* gesetzlicher Anspruch auf unverzügliche Haftentlassung nach einem *erstinstanzlichen* Freilassungsentscheid. Es besteht nur ein Anspruch auf Prüfung des Haftverlängerungsantrages innert fünf Tagen.

kündigung der Beschwerdeinstanz sofort melden, damit sich diese auf den Eingang des Gesuches um aufschiebende Wirkung und dessen rasche Behandlung zeitlich-organisatorisch vorbereiten kann.

c) Schritt 3: provisorische Beschwerde innert drei Stunden mit Gesuch um aufschiebende Wirkung

Die Staatsanwaltschaft hat anschliessend ihre *provisorische Beschwerde* – innert *drei Stunden* nach ihrer Beschwerdeankündigung – schriftlich, per FAX oder E-Mail, beim Zwangsmassnahmengengericht einzureichen, mit Kopie an die Beschwerdeinstanz.⁴⁴ Die Eingabe ist ebenfalls kurz (und wenigstens summarisch) zu begründen. Die Begründung kann dann nach Eingang der (definitiven) schriftlichen Begründung des Zwangsmassnahmengengerichtes später noch innert Beschwerdefrist *ergänzt* werden. Die Beschwerdeeingabe hat ansonsten den *Antrag* auf Inhaftierung sowie ein Gesuch um *aufschiebende Wirkung* (vorsorgliche Massnahme nach Art. 388 lit. b StPO) zu enthalten.⁴⁵ Das Zwangsmassnahmengengericht *leitet* die Beschwerde mit den Haftakten (inklusive Verhandlungsprotokoll, Dispositiv und allenfalls einer kurzen Stellungnahme) *unverzüglich* an die *Beschwerdeinstanz* weiter, elektronisch oder per Eilkurier.

d) Schritt 4: Beschwerdeinstanz entscheidet innert wenigen Stunden superprovisorisch über das Gesuch um aufschiebende Wirkung

Nach Eingang der provisorischen Beschwerdeschrift hat die Beschwerdeinstanz (in Anwendung von Art. 388 lit. b StPO) *innert wenigen Stunden* (in der Regel) *superprovisorisch* über das Gesuch um *aufschiebende Wirkung* zu entscheiden.⁴⁶ Das *rechtliche Gehör* wird (grundsätzlich) erst nachträglich gewährt, nach Eingang der definitiven Begründungen des Zwangsmassnahmengengerichtes und der Staatsanwaltschaft. Die kontradiktorische Ausgestaltung des *Beschwerdeverfahrens* (Art. 31 Abs. 4 BV) ist damit gewährleistet.⁴⁷ Für den definitiven Beschwerde-

44 BGE 138 IV 92 E. 3.3 S. 98. Der Grund für die vom Bundesgericht festgesetzte sehr kurze Frist für die provisorische Beschwerdeerhebung liegt (wie oben, Ziff. IV/1, erwähnt) in Art. 226 Abs. 5 StPO.

45 BGE 138 IV 92 E. 3.3–3.4 S. 98 f.

46 BGE 138 IV 92 E. 3.4 S. 98 f.

47 Der Anspruch auf kontradiktorische Ausgestaltung des Haftverfahrens (bzw. rechtliches Gehör) bezieht sich gemäss Art. 31 Abs. 3–4 BV und Art. 5 Ziff. 3–4 EMRK auf das *Haftanordnungs-* und das *Haftbeschwerdeverfahren*, nicht schon auf den superprovisorischen Rechtsschutz (a. M. offenbar *Oberholzer* [Fn. 9], 161). Wenn das Zwangsmassnahmengengericht bei der Beschwerdeinstanz eine *summarische Vernehmlassung* einreicht (schon vor seinem begründeten Haftentlassungsentscheid, wie oben, lit. c, empfohlen), ist der kontradiktorische Charakter sogar schon im Rahmen des Verfahrens betreffend aufschiebende Wirkung gewährleistet.

entscheid in der Sache steht der Beschwerdeinstanz dann Zeit im üblichen Rahmen (von Art. 31 Abs. 4 BV bzw. Art. 5 Abs. 2 StPO) zu (d. h. in der Regel einige Tage bis Wochen). Der Entscheid der StPO-Beschwerdeinstanz betreffend aufschiebende Wirkung gilt grundsätzlich auch im Beschwerdeverfahren vor *Bundesgericht* provisorisch weiter: Bis zum Vorliegen des StPO-Beschwerdeentscheides in der Sache kann die aufschiebende Wirkung nicht zum Gegenstand des Verfahrens vor Bundesgericht gemacht werden.⁴⁸

e) Pikettregelung bei den Beschwerdeinstanzen?

Bei Haftentlassungen (bzw. Ablehnungen von Haftanträgen) haben die beteiligten Behörden somit insgesamt bloss einige Stunden (bzw. knapp einen Tag) Zeit zwischen der mündlichen Eröffnung des Haftentlassungsentscheides und dem superprovisorischen Entscheid der Beschwerdeinstanz über die aufschiebende Wirkung. Nur wenn die oben dargelegten vier Schritte innerhalb eines Tages absolviert werden, kann der gesetzliche Anspruch auf unverzügliche richterliche Haftentlassung (Art. 226 Abs. 5 StPO) noch als gewährleistet erscheinen. Es fragt sich, ob sich daraus die Notwendigkeit ergibt, für allfällige Haftbeschwerden der Staatsanwaltschaft an Wochenenden und Feiertagen einen *Pikettendienst* bei den *Beschwerdeinstanzen* einzurichten. Das Bundesgericht empfiehlt den Zwangsmassnahmengerrichten, wenn immer möglich Haftentlassungen vor Wochenenden allerspätestens am Freitagvormittag mündlich zu eröffnen (analog an Vortagen von Feiertagen). Die Staatsanwaltschaft hätte dann bis am frühen Nachmittag Zeit, provisorisch Beschwerde zu erheben.⁴⁹ Bei sofortiger Information der Beschwerdeinstanz am Vormittag⁵⁰ sollte diese in der Regel bis am Abend noch superprovisorisch über die aufschiebende Wirkung entscheiden können. Falls das skizzierte Vorgehen in der Praxis nicht möglich wäre, dürfte eine Pikettregelung nötig werden.

48 BGE 138 IV 92 E. 2 S. 95 f. Gegen den *materiellen* Beschwerdeentscheid steht die Beschwerde in Strafsachen ans Bundesgericht offen, allenfalls mit Gesuch um aufschiebende Wirkung. Das Bundesgericht greift allerdings nicht mehr superprovisorisch ein. Zwei gerichtliche Prüfungen müssen für den vorläufigen Rechtsschutz der Staatsanwaltschaft genügen, andernfalls würden die Grundrechte der inhaftierten Person zu stark tangiert (offenbar a. M. bzw. kritisch *Oberholzer* [Fn. 9], 159 f.). Falls die kantonale Beschwerdeinstanz (bzw. die Beschwerdekammer des Bundesstrafgerichtes bei Bundesgerichtsbarkeit) die aufschiebende Wirkung gegen Haftentlassungen *nicht* gewährt und die Freilassung verfügt hat, wird das Bundesgericht auch zu prüfen haben, ob überhaupt noch ein Rechtsschutzinteresse besteht.

49 BGE 138 IV 92 E. 3.4 S. 99. Die Beschwerde wäre am Vormittag anzukündigen, und Staatsanwaltschaft und Zwangsmassnahmengerrichten hätten sofort, also noch vor Mittag, die Beschwerdeinstanz darüber zu informieren, per FAX oder E-Mail. Diese Empfehlung des Bundesgerichts liesse sich auch in den *kantonalen Einführungsgesetzgebungen* verbindlich regeln, da es sich um justizorganisatorische Fragen handelt (vgl. Art. 14 StPO).

50 Und elektronischer Übermittlung der nötigen Unterlagen spätestens am Nachmittag.

2. Reaktionen in Praxis und Literatur

a) Widersprüchliches Echo bei den Behörden

Es erscheint verständlich, wenn die direkt betroffenen kantonalen Strafjustizbehörden (und das Bundesstrafgericht) von dieser verfahrensrechtlich anspruchsvollen Regelung mit kurzen Fristen nicht besonders angetan sind. Die «Begeisterung» fällt in einzelnen Kantonen so bescheiden aus, dass Staatsanwälte schon geäußert haben, sie würden grundsätzlich nie Haftentlassungen anfechten, und Richter, sie würden keine Gesuche um aufschiebende Wirkung superprovisorisch behandeln.⁵¹ Dagegen wäre juristisch wenig einzuwenden und vorzukehren, wenn die Staatsanwaltschaften keinen vorläufigen Rechtsschutz wünschen. Als das Bundesgericht im Januar 2012 das Problem zu regeln versuchte, waren ihm allerdings bereits ein halbes Dutzend Beschwerden von Staatsanwaltschaften aus verschiedenen Kantonen unterbreitet worden, die genau auf diesem Rechtsschutz *insistierten*.⁵² Die Behörden, die den Rechtsschutz nicht beanspruchen (bzw. ihn nicht rechtzeitig gewähren) wollen, müssten jedenfalls bereit sein, die Konsequenzen von allfälligen Fehlentlassungen gefährlicher Gewaltstraftäter in Kauf zu nehmen.⁵³ Dazu können nicht zuletzt auch mögliche *Haftungsfolgen* gehören.

b) Lösungsalternative «sofortige Wiederinhaftierung»?

In einem Beitrag im *Jusletter* vom 7. Mai 2012 wird die Ansicht vertreten, eine Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft (mit vorläufigem Rechtsschutz gegen fehlerhafte Haftentlassungen) sei *überflüssig*, da die Staatsanwaltschaft über «wesentlich effizientere und probatere Mittel» verfüge. Sie könne nämlich «gegen die entlassene beschuldigte Person einfach einen neuen Vorführungsbefehl» erlassen «und allenfalls (sei es mit neuen Erkenntnissen, der Vorlage von zusätzlichen Haftakten, welche in einer ersten Runde aus ermittlungstaktischen Gründen noch zurückbehalten worden sind, und/oder der Geltendmachung eines bisher nicht aufgeführten besonderen Haftgrundes) einen neuen Antrag auf Haftanordnung» stellen.⁵⁴

51 Vgl. Urteil vom 1. März 2012 des Präsidenten der Anklagekammer des Kantonsgerichts St. Gallen (AK.2012.78), fp 2012, 145–148; *Oberholzer* (Fn. 9), 156 ff.

52 Die Sichtweise, wonach das Bundesgericht von sich aus und sachlich unnötig prozessuale «Geister» gerufen habe, die es nun (in Form der heiklen Problematik des vorläufigen Rechtsschutzes) «nicht mehr los» werde, blendet diesen Zusammenhang aus.

53 Vgl. als anschauliches Beispiel den Fall «A.» oben, Ziff. II/2.

54 *C. Fricker/L. Büttiker*, Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts über Untersuchungs- und Sicherheitshaft, Bemerkungen zum BGE 1B_442/2011 vom 4. Januar 2012, *Jusletter* vom 7. Mai 2012, Rz. 19.

3. Stellungnahme und Schlussbemerkung

Der von den *Jusletter*-Autoren vorgeschlagene Weg über eine «sofortige Wiederinhaftierung»⁵⁵ scheint mir keine tragfähige Lösung zu sein:

a) Verfehlen der Haftzwecke

Zunächst lässt sich auch hier eine *mündliche Haftverhandlung* nicht vermeiden. Ohne Haftverhandlung erfährt die Staatsanwaltschaft regelmässig erst *nachträglich* (wenn der Beschuldigte bereits in Freiheit ist) von der Haftentlassung und ihrer Begründung, in der Regel aus dem schriftlich motivierten Entscheid des Zwangsmassnahmengerichtes: Die Haftentlassung hat ja *unverzüglich* nach Erlass des Entscheides zu erfolgen (Art. 226 Abs. 5 StPO), also in der Regel einige Tage bevor die schriftliche Entscheidsbegründung (Art. 226 Abs. 2 Satz 2 StPO) bei der Staatsanwaltschaft eintrifft. Falls ein *Dispositiv versendet* wird (und noch rechtzeitig vor der Haftentlassung eintrifft), bleibt die Staatsanwaltschaft zumindest über die *Gründe* der Haftentlassung zunächst im Unklaren. Am einfachsten wäre es, wenn das Zwangsmassnahmengericht jeweils die Staatsanwaltschaft rechtzeitig über in Aussicht genommene Haftentlassungen (und deren Gründe) informiert. Aufgrund von Beschwerdefällen beim Bundesgericht hat sich aber gezeigt, dass dies auf «unverbindlicher» informeller Basis leider nicht immer funktioniert. Die oben dargelegte Lösung des Bundesgerichtes, welche vor Haftentlassungen eine *mündliche Haftverhandlung* verlangt,⁵⁶ lässt den vorläufigen Rechtsschutz gegen fehlerhafte Haftentlassungen nicht von unverbindlichen Empfehlungen und inhaltlichen Unwägbarkeiten abhängen. Nach dem Vorschlag der *Jusletter*-Autoren wäre – anstelle des vorläufigen Rechtsschutzes – jeweils unmittelbar nach der Haftentlassung eine *neue Verhaftung* und ein *neues Haftanordnungsverfahren* einzuleiten. Sie halten diesen Weg für «wesentlich effizienter und probater».⁵⁷ Ein neuer Haftbefehl und Haftantrag *nützen* nun aber schlechterdings *nichts mehr*, wenn der Beschuldigte bereits geflohen ist oder die Beweise vernichtet oder weiter delinquent hat. Eine sichere Kenntnis von der drohenden Haftentlassung und deren Begründung erhält die Staatsanwaltschaft erst über die rechtzeitige verbindliche Information, dass eine Haftentlassung in Aussicht steht bzw. über eine Teilnahme an der mündlichen Haftverhandlung.⁵⁸

55 Man könnte ihn auch als Variante «April, April!» bezeichnen.

56 Ziff. IV/1.

57 *Fricker/Büttiker* (Fn. 54), Rz. 19.

58 Hier kommt es zu einer sofortigen (summarischen) mündlichen Eröffnung der Haftentlassungsgründe (Art. 226 Abs. 2 Satz 1 StPO).

b) Rechtsmissbrauchsproblematik

Es zeigen sich noch weitere Schwachstellen der Variante «sofortige Wiederinhaftierung»: Wenn die Staatsanwaltschaft *ohne* prozessualen Rechtsschutz (über eine rechtzeitige Neuverhaftung) die Haftzwecke gewährleisten will, hätte sie nicht nur Polizisten mit Handschellen an die Haftverhandlung mitzunehmen. Zudem müsste sie bei der Haftverhandlung (oder auch im Rahmen eines schriftlichen Haftverfahrens) ein regelrechtes *Verwirrspiel* aufführen: Im Haftanordnungs- oder Haftprüfungsverfahren («erste Runde» im Sinne der Jusletter-Autoren) fragt das Zwangsmassnahmengericht die Staatsanwaltschaft nach den *Haftgründen*, die ihrer Ansicht nach vorliegen, und nach den betreffenden Haftakten. Am Schluss eröffnet das Gericht seinen Haftentlassungsentscheid. – Nach der Konzeption der Jusletter-Autoren⁵⁹ müsste die Staatsanwaltschaft nun (sinngemäss) Folgendes vorbringen: «Liebes Zwangsmassnahmengericht, liebe Verteidigung, wir erheben zwar *keine Beschwerde* gegen die eben verfügte Haftentlassung und stellen keinen Antrag auf aufschiebende Wirkung.⁶⁰ Eine Haftentlassung kann aber dennoch nicht erfolgen, denn («April, April!») wir *verhaften* den Beschuldigten sofort wieder und stellen beim Zwangsmassnahmengericht einen neuen Haftantrag. Und zwar gestützt auf neue Haftgründe und Haftakten, die gerade jetzt erst entstanden sind, bzw. auf bestehende Haftgründe und Akten, die wir dem Gericht und der Verteidigung noch vor fünf Minuten (in der «ersten Runde») aus «prozesstaktischen Gründen» *verschwiegen* haben»...

c) Bewertung und Ausblick

Unter den Gesichtspunkten des *Rechtsmissbrauchsverbotes*, des Gebotes von *Treu und Glauben* (Art. 9 BV, Art. 3 Abs. 2 lit. a und b StPO) sowie des *Beschleunigungsgebotes* in Haftsachen (Art. 31 Abs. 3–4 BV, Art. 5 Abs. 2 StPO) dürften Staatsanwältinnen und Staatsanwälte, welche solche Lösungen wählen, kaum auf allzu grosses Verständnis (seitens der Verteidigung, des Zwangsmassnahmengerichtes, der Beschwerdeinstanz und des Bundesgerichtes) für ihr prozessuales Vorgehen hoffen.⁶¹ Auf weitere Vorschläge, wie das Problem des vorläufigen Rechtsschutzes gegen Haftentlassungen noch besser und praxisgerechter geregelt werden könnte als nach dem bundesgerichtlichen Lösungsmodell, darf man jedenfalls gespannt sein.

59 Siehe oben, Ziff. 2/b.

60 Im Sinne des bundesgerichtlichen Lösungsweges (s. oben, Ziff. 1/a–d).

61 Ein solches Vorgehen wäre weder mit dem Sinn und Geist von Art. 31 BV vereinbar noch mit Art. 5 Abs. 2 i. V. m. Art. 226 Abs. 5 StPO. «Verfahrenseffizient» erschiene es im Übrigen weder für die Verteidigung noch für die beteiligten Behörden.