



Universität St.Gallen

Hochschule für Wirtschafts-,
Rechts- und Sozialwissenschaften

**Ausgewählte Probleme der Untersuchungshaft in der
Schweiz mit Fokus auf das Jugendstrafprozessrecht**

Masterarbeit

Master in Rechtswissenschaft

Vincenzo Daniel Del Monte

Matrikelnummer: 13-605-456

Kirchplatz 11

9413 Oberegg

vincenzo.delmonte@student.unisg.ch

Referent

Prof. Dr. iur. Marc Forster

vorgelegt am 22. Mai 2018

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	III
Literaturverzeichnis	V
Internetquellenverzeichnis	VIII
Materialienverzeichnis	IX
1 Vorwort	1
2 Die Untersuchungshaft im Erwachsenenstrafrecht	2
2.1 Definition und Abgrenzung	2
2.2 Anordnung	3
2.2.1 Voraussetzungen	3
2.2.2 Verfahren	5
2.3 Gesuche und Beschwerdemittel	6
2.3.1 Haftverlängerungs- und Haftentlassungsgesuche	6
2.3.2 Beschwerdemöglichkeiten	7
2.4 Ausgestaltung der Untersuchungshaft	8
2.4.1 Vollziehungsort	8
2.4.2 Konkrete Haftumstände	9
3 Die Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren	10
3.1 Besonderheiten der JStPO bei der Anwendung von StPO-Normen	10
3.1.1 Anwendbarkeit der Strafprozessordnung (Art. 3 JStPO)	10
3.1.2 Grundsätze der Jugendstrafprozessordnung (Art. 4 JStPO)	11
3.2 Regelung der Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren	13
3.2.1 Anordnung, Verfahren und Zuständigkeit	13
3.2.2 Beschwerdemittel und Gesuche	15
3.2.3 Haftvollzug	15
3.2.4 Internationale Rechtsquellen	17
4 Mindestalter für die Untersuchungshaft bei Jugendlichen	19
4.1 Problematik	19
4.2 Praxis, Lehrmeinungen und abweichende Theorien	20
4.2.1 Kritik an der Praxis	20
4.2.2 Übersicht der Lehrmeinungen	21
4.2.3 Bundesgerichtliche Rechtsprechung	21
4.3 Art. 212 Abs. 3 StPO im Erwachsenenstrafverfahren	23
4.3.1 Bedeutung von Art. 212 Abs. 3 StPO	23
4.3.2 Anrechnung von Massnahmen	25
4.4 Art. 212 Abs. 3 StPO im Jugendstrafverfahren	26
4.4.1 Anwendbarkeit nach Art. 3 JStPO	26

4.4.2 Einfluss der Umwandlungssätze des JStG.....	27
4.5 Übereinstimmung mit nationalen und internationalen Vorgaben.....	29
4.5.1 Vereinbarkeit mit den Grundsätzen nach Art. 4 JStPO.....	29
4.5.2 Konformität mit Art. 31 Abs. 1 BV.....	30
4.5.3 Übereinstimmung mit internationalen Vorgaben.....	31
4.6 Fazit.....	32
5 Anordnungsbefugnis der Untersuchungsbehörde im Jugendstrafrecht.....	33
5.1 Einführung	33
5.2 Einfluss der Grundrechte auf das Anordnungsverfahren	34
5.2.1 Überblick über die relevanten Grundrechte	34
5.2.2 Gebot der Verfahrensbeschleunigung	35
5.2.3 Recht auf unmittelbare Vorführung und Urteil innert angemessener Frist.....	36
5.3 Beachtung der Grundrechte im Jugendstrafprozess.....	37
5.3.1 Verschärftes Beschleunigungsgebot	37
5.3.2 Fehlende unmittelbare richterliche Anhörung	38
5.3.3 Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung.....	39
5.4 Vereinbarkeit mit internationalem Recht und Standards	41
5.4.1 EMRK Vorschriften.....	41
5.4.2 Völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 31 Abs. 3 BV.....	42
5.4.3 Weitere internationale Übereinkommen	43
5.5 Fazit.....	44
6 Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft im Zwangsmassnahmenverfahren.....	45
6.1 Derzeitige Gesetzeslage	45
6.2 Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	46
6.2.1 Qualifiziertes Schweigen versus echte Gesetzeslücke.....	46
6.2.2 Einheit des Verfahrens.....	47
6.2.3 Parteistellung im Vorverfahren	48
6.2.4 Weitere Argumente	49
6.3 Folgeprobleme	50
6.3.1 Hafterstreckung im Beschwerdeverfahren.....	50
6.3.2 Lösungssystematik	51
6.3.3 Kritik am Lösungsschema	52
6.4 Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft im Vorentwurf	54
6.4.1 Gesetzestext.....	54
6.4.2 Erläuterungen	54
6.4.3 Auswirkungen der neuen Gesetzesnormen.....	55
6.5 Fazit.....	57
7 Schlusswort	58

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AJP	Aktuelle Juristische Praxis
BBI	Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft (Bern)
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung
BGG	Bundesgesetz über das Bundesgericht vom 17.06.2005 (Bundesgerichtsgesetz; SR 173.110)
BR	United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice («The Beijing Rules»)
BSK	Basler Kommentar
Bspw.	beispielsweise
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18.4.1999 (SR 101)
E.	Erwägung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 (SR 0.101)
et al.	et aliter
f.	folgende/r
ff.	folgende
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JDL	United Nations Rule for the Protection of Juveniles Deprived of their Liberty (Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen zum Schutze inhaftierter Jugendlicher)
JStG	Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 20.06.2003 (Jugendstrafgesetz; SR 311.1)
JStPO	Schweizerische Jugendstrafprozessordnung vom 20.03.2009 (Jugendstrafprozessordnung; SR 312.1)
Kap.	Kapitel

Komm.	Kommentar
KRK	Übereinkommen über die Rechte des Kindes, abgeschlossen in New York am 20.11.1989 (SR 0.107)
lit.	litera
m.w.H.	mit weiteren Hinweisen
m.w.Verw.	mit weiteren Verweisen
N	Note/Randnummer/Randziffer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
Rec (2006) 13	Recommendation Rec (2006) 13 of the Committee of Ministers to member states on the use of remand in custody, the conditions in which it takes place and the provision of safeguards against abuse on 27 September 2006
Rec (2008) 11	Recommendation CM/Rec (2008) 11 of the Committee of Ministers to member states on the European Rules for juvenile offenders subject to sanction or measures on 5 November 2008
S.	Seite(n)
SRIEL	Swiss Review of International and European Law
StBOG	Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes vom 19.3.2010 (Strafbehördenorganisationsgesetz, SR 173.71)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21.12.1937 (SR 311.0)
StPO	Schweizerische Strafprozessordnung vom 5.10.2007 (Strafprozessordnung, SR 312.0)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 103.2)
VE	Vorentwurf
vgl.	vergleiche
www	World Wide Web
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZStrR	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht

Literaturverzeichnis

Zitierweise:

Die nachstehenden Werke werden, wenn nichts anderes angegeben ist, mit Nachnamen des Autors sowie mit Seitenzahl oder Randnummer zitiert.

AEBERSOLD PETER, Schweizerisches Jugendstrafrecht, 3 Aufl., Bern 2017

ALTHOF WOLFGANG (Hrsg.), Lawrence Kohlberg, Die Psychologie der Moralentwicklung, Frankfurt am Main 1996

BAECHTOLD ANDREA/WEBER JONAS/HOSTETTLER UELI, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2016

BÄNZIGER FELIX/BURKHARD CHRISTOPH/HAENNI CHARLES, Der Strafprozess im Kanton Bern, 1519 Anmerkungen zum Übergang vom bernischen Recht zu StPO und JStPO, Bern 2010

BERNASCONI ET AL., Codice svizzero di procedura penale (CPP), Commentario, 2010 Zürich (zit. BEARBEITER, Comm CPP, N ... zu Art. ... CPP)

BIAGGINI GIOVANNI/GÄCHTER THOMAS/KIENER REGINA (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich 2015 (zit. BIAGGINI/GÄCHTER /KIENER, N ... zu Kap. ...)

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER, Komm StPO 2014, N ... zu Art. ... StPO)

DONATSCH ANDREAS/HANSJAKOB THOMAS/LIEBER VIKTOR (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), Zürich 2010 (zit. BEARBEITER, Komm StPO 2010, N ... zu Art. ... StPO)

DONATSCH ANDREAS/SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/WOHLERS WOLFGANG, Strafprozessrecht, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2014 (zit. DONATSCH/SCHWARZENEGGER /WOHLERS, Strafprozessrecht, S. ...)

EHRENZELLER BERNHARD/SCHINDLER BENJAMIN/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2014 (zit. BEARBEITER, SG-Komm BV, N ... zu Art. ... BV)

ENGEL CAROLINE, «Kein eigenständig durchdachtes Gesetz», in: plädoyer 02/2012, S. 32 ff.

FORSTER MARC, Das Haftrecht der neuen StPO auf dem Prüfstand der Praxis, in: ZStrR 130/2012, S. 334 ff.

GIRSBERGER MARIANNE, Grundzüge des Jugendstrafverfahrens mit besonderer Berücksichtigung der Kantone Aargau und Waadt, Diss. Zürich 1973

- HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN (Hrsg.), Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich 2012
- HUG CHRISTOPH, Zwangsmassnahmen, in: Heer Marianne (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung und Schweizerische Jugendstrafprozessordnung, Bern 2010, S. 221 ff.
- HOTTELIER MICHEL/MARTENET VINCENT, La pratique suisse relative aux droits de l'homme 2016, in: SRIEL 2017, S. 363 ff.
- JOSITSCH DANIEL/RIESEN-KUPPER MARCEL/BRUNNER CLAUDIA V./MURER MIKOLÁSEK ANGELIKA, Schweizerische Jugendstrafprozessordnung (JStPO), Kommentar, Zürich 2010 (zit. JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N ... zu Art. ... JStPO)
- KARPENSTEIN ULRICH/MAYER FRANZ C. (Hrsg.), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Kommentar, 2. Aufl., München 2015 (zit. BEARBEITER, Komm EMRK, N ... zu Art. ... EMRK)
- KRAMER ERNST A., Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., Bern 2016
- KÜNZLI JÖRG/MÜLLER MARKUS/TSCHECHTSCHER AXEL/WYTTENBACH JUDITH, Die Staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2016 UND 2017 / I.-IV., in: ZBJV 153/2017 S. 661 ff.
- LANG FRITZ, Die Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren – unter besonderer Berücksichtigung der Ostschweizer Kantone, Diss. Zürich 1979
- MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der UNO-Pakte, 4. Aufl., Bern 2008.
- MURER MIKOLÁSEK ANGELIKA, Analyse der Schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (JStPO), Entspricht sie den Grundsätzen des Jugendstrafrechts?, Zürich 2011 (zit. MIKOLÁSEK, N ...)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/HEER MARIANNE/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, Jugendstrafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014 (zit. BEARBEITER, BSK StPO, N ... zu Art. ... StPO/JStPO)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/UEBERSAX PETER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgerichtsgesetz, 2. Aufl., Basel 2011 (zit. BEARBEITER, BSK BGG, N ... zu Art. ... BGG)
- NIGGLI MARCEL ALEXANDER/WIPRÄCHTIGER HANS (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, Art. 1–110 StGB, Jugendstrafgesetz, 3. Aufl., Basel 2013 (zit. BEARBEITER, BSK StGB, N ... zu Art. ... StGB/JStG)

- OBERHOLZER NIKLAUS, Der lange Weg zur Haftentlassung – oder das neue Auslegungsprinzip der «Gewährleistung des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft», in: *forumpoenale* 03/2012 S. 156 ff.
- OBERHOLZER NIKLAUS, Das Rechtsmittelsystem der Schweizerischen Strafprozessordnung – Beschwerde, Berufung, Revision, in: *AJP* 2011 S. 39 ff. (zit. OBERHOLZER, Rechtsmittelsystem, S. ...)
- PIETH MARK, Schweizerisches Strafprozessrecht, Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2012
- QUELOZ NICOLAS, Le défi de la détention avant jugement des mineurs, en particulier en dessous de 15 ans, in: *forumpoenale* 03/2011 S. 162 ff.
- RASELLI NICCOLÒ/DOLD BEAT, Erste Erfahrungen mit der Schweizerischen Strafprozessordnung, *AJP* 2012 S. 442.
- RIEDO CHRISTOF, Jugendstrafrecht und Jugendstrafprozessrecht, Basel 2013
- RIEDO CHRISTOF/FIOLKA GERHARD/NIGGLI MARCEL ALEXANDER, Strafprozessrecht sowie Rechtshilfe in Strafsachen, Basel 2011
- RIKLIN FRANZ, StPO Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung mit JStPO, StBOG und weiteren Erlassen, 2. Aufl., Zürich 2014 (zit. RIKLIN, N ... zu Art. ... StPO/JStPO)
- SCHMID NIKLAUS, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. SCHMID, N ... zu Art. ...)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl. (zit. SCHMID/JOSITSCH, Praxiskommentar, N ... zu Art. ... StPO)
- SCHMID NIKLAUS/JOSITSCH DANIEL, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 3. Aufl., 2017 Zürich (zit. SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N ...)
- WALDMANN BERNHARD/BELSER EVA MARIA/EPINEY ASTRID, Basler Kommentar, Bundesverfassung, Basel 2015 (zit. BEARBEITER, BSK BV, N ... zu Art. ... BV)
- SPÜHLER KARL/AEMISEGGER HEINZ/DOLGE ANNETTE/ VOCK DOMINIK, Bundesgerichtsgesetz (BGG), Praxiskommentar, 2. Aufl., Zürich 2013 (zit. BEARBEITER, Praxiskommentar BGG, N ... zu Art. ... BGG)
- SYKES GRESHAM M./MATZA DAVID, Techniques of Neutralization: A Theory of Delinquency, in: *American Sociological Review* 12/1957, S. 664 ff.
- THOMMEN MARC/GOLDSCHMID PETER, Nr. 29 Tribunal fédéral, 1er Cour de droit public, Arrêt du 17 février 2011 dans la cause Ministère public central du canton de Vaud contre A. – 1B_64/2011, in: *forumpoenale* 03/2011 S. 142 ff.

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (Hrsg). Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich 2018 (zit. BEARBEITER, Praxiskommentar StGB, N ... zu Art. ... StGB)

URWYLER CHRISTOPH/NETT JACHEN C., Evaluation der Wirksamkeit des neuen Jugendstrafgesetzes, Schlussbericht zuhanden des Auftraggebers, Bern 2012

WEIDKUHN URSINA, Jugendstrafrecht und Kinderrechte, Betrachtung de Schweizerischen Jugendstrafrechts im Lichte der internationalen Rechte des Kindes und im Vergleich zu Südafrika, Zürich 2009

Internetquellenverzeichnis

DOUDIN NADJA, Droit pénal des mineurs: la détention avant jugement, in: Jusletter 12.01.2009, <www.jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2009/503/_7072.html> (besucht am: 20.05.2018)

EJPD, Begleitschreiben an die Kantonsregierungen zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung); Eröffnung des Vernehmlassungsverfahrens vom 1. Dezember 2017 <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung_Brief-Kantone_de.pdf> (besucht am: 21.05.2018)

GYR MARCEL, Der ehemalige Raiffeisen-Chef Pierin Vincenz kommt in Untersuchungshaft, in: NZZ online vom 02.03.2018, <www.nzz.ch/wirtschaft/pierin-vincenz-kommt-in-u-haft-ld.1362270> (besucht am: 20.05.2018)

Vernehmlassungen der Kantone zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung), Teil 1 vom 14. März 2018 <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Kantone_Teil_1.pdf> (besucht am: 21.05.2018)

Vernehmlassungen der Kantone zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung), Teil 2 vom 14. März 2018 <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Kantone_Teil_2.pdf> (besucht am: 21.05.2018)

Vernehmlassungen der Parteien zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung), vom 14. März 2018 <<https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Parteien.pdf>> (besucht am: 21.05.2018)

Materialienverzeichnis

Zitierweise:

Die nachstehenden Materialien werden in den Fussnoten abgekürzt zitiert. Die Zitierweise ist jeweils in Klammern gesetzt.

1. Eidgenössische Materialien

Erläuternder Bericht zur Änderung der Strafprozessordnung (Umsetzung der Motion 14.3383, Kommission für Rechtsfragen des Ständerates, Anpassung der Strafprozessordnung) vom Dezember 2017 (zit. Erläuternder Bericht VE StPO 2017)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10. September 2008 (zit. BBl 2008 8125 ff.)

Zusatzbericht Erläuterung der Änderungen des bundesrätlichen Entwurfs vom 21. Dezember 2005 zu einer schweizerischen Jugendstrafprozessordnung (JStPO) vom 22. August 2007 (zit. BBl 2008 3121 ff.)

Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts, vom 21. Dezember 2005 (zit. BBl 2006 1085 ff.)

Begleitbericht zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über das Schweizerische Jugendstrafverfahren, Bundesamt für Justiz, Juni 2001 (zit. Begleitbericht VE JStPO)

Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerische Strafprozessordnung, Bundesamt für Justiz, Juni 2001 (zit. Begleitbericht VE StPO 2001)

Botschaft zur Änderung des Schweizerischen Strafgesetzbuches (Allgemeine Bestimmungen, Einführung und Anwendung des Gesetzes) und des Militärstrafgesetzes sowie zu einem Bundesgesetz über das Jugendstrafrecht vom 21. September 1998 (zit. BBl 1999 1979 ff.)

Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 (zit. BBl 1997 I 1 ff.)

2. Ausländische Materialien

Committee on the rights of the child, thirty-first session, consideration of reports submitted by states parties under article 44 of the convention vom 9. Oktober 2002 <http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.188&Lang=en> (zit. CRC/C/15/Add.188)

Vereinte Nationen, Resolution der Generalversammlung, 40/33. Rahmenbestimmungen der Vereinten Nationen für die Jugendgerichtsbarkeit («Beijing-Regeln») vom 29. November 1985 < <http://www.un.org/depts/german/gv-early/ar4033.pdf>> (zit. A/Res/40/33)

1 Vorwort

Der Freiheitsentzug stellt für die betroffene Person einen besonders einschneidenden Eingriff in die Grundrechte dar. Vor allem die Untersuchungshaft ist für die inhaftierte Person eine nicht zu unterschätzende Herausforderung. So wird das Recht auf persönliche Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 BV und Art. 5 EMRK durch den Freiheitsentzug stark eingeschränkt.¹ Neben dem eigentlichen Freiheitsentzug gibt es jedoch noch weitere unangenehme Nebeneffekte. So besteht besonders bei Personen, denen ein gewisses mediales Interesse zukommt, die Gefahr, dass diese bereits durch die Untersuchungshaft als Straftäter abgestempelt werden und die Reputation nachhaltig geschädigt wird.² Umso wichtiger ist es für die betroffene Person, dass sie in diesen heiklen Momenten Entscheide anfechten und ihre Verfahrensrechte ausüben kann. Auch bei Jugendlichen ist eine Untersuchungshaft nach den Art. 26 ff. JStPO grundsätzlich möglich. Aufgrund des besonderen Schutzstatus der Jugendlichen, bestehen im Jugendstrafverfahren gewisse Abweichungen gegenüber dem Erwachsenenstrafverfahren. Diese Abweichungen werden von der Lehre teilweise stark kritisiert und verlangen eine genauere Untersuchung.

In dieser Arbeit sollen drei Probleme der Untersuchungshaft näher betrachtet werden, wobei der Fokus auf dem Jugendstrafverfahren liegt. In einem ersten Schritt wird in Kap. 4 auf die Kritik eingegangen, welche die Anordnung der Untersuchungshaft bei unter 15-Jährigen aus verschiedenen Gründen als unzulässig erachtet. Als zweiter Diskussionspunkt wird die Anordnungsbefugnis der Untersuchungsbehörden im Jugendstrafverfahren näher untersucht.³ Als letztes Thema wird in Kap. 6 die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft im Zwangsmassnahmenverfahren thematisiert. Bevor auf die Themen eingegangen wird, werden die theoretischen Grundlagen zur Untersuchungshaft erörtert. Zuerst wird ein grober Überblick von der Anordnung bis hin zum Haftvollzug der Untersuchungshaft im Erwachsenenstrafrecht gegeben. Als zweiter Teil werden ergänzend zur StPO die Regeln des Jugendstrafverfahrens erläutert. Danach folgt die Bearbeitung der drei Problemstellungen. Die einzelnen Themen werden jeweils mit einer kurzen Einführung angestossen und mit einem Fazit abgerundet. Am Schluss werden alle gewonnenen Erkenntnisse nochmals zusammengefasst und ein Ausblick in die Zukunft gewagt.

**Leserhinweis:* Zur besseren Lesbarkeit wird auf eine Verwendung von Paarformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermassen für beiderlei Geschlecht.

¹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 185.

² GYR, Der ehemalige Raiffeisen-Chef Pierin Vincenz kommt in Untersuchungshaft, NZZ v. 2.3.2018.

³ Siehe Kap. 5.

2 Die Untersuchungshaft im Erwachsenenstrafrecht

2.1 Definition und Abgrenzung

Die Untersuchungshaft wird in Art. 220 Abs. 1 StPO als Haft definiert, welche vom Zeitpunkt ihrer Anordnung bis zum Moment, an welchem die Anklage beim erstinstanzlichen Gericht eingeht, andauert. Der Sinn einer Untersuchungshaft ist es, Beweise und die beschuldigte Person zu sichern und somit die Vorverfahrensziele zu erreichen.⁴ Neben der Anklage beim erstinstanzlichen Gericht erwirken zudem der vorzeitige Antritt einer freiheitsentziehenden Sanktion sowie die Entlassung der beschuldigten Person während dem Untersuchungsverfahren das Ende der Untersuchungshaft.⁵ Von der Untersuchungshaft zu unterscheiden ist einerseits die Sicherheitshaft, andererseits weitere freiheitsentziehende Zwangsmassnahmen wie die polizeiliche Anhaltung und Nacheile sowie die vorläufige Festnahme. Die Sicherheitshaft ist in Art. 220 Abs. 2 StPO näher umschrieben und umfasst die Haftzeit zwischen dem Eingang der Anklageschrift beim erstinstanzlichen Gericht und der Rechtskraft des Urteils, dem Antritt einer freiheitsentziehenden Sanktion oder der Entlassung der beschuldigten Person. Die Sicherheitshaft hat im Unterschied zur Untersuchungshaft die Funktion der Sicherstellung der beschuldigten Person im Gerichtsverfahren selbst sowie im etwaigen darauffolgenden Sanktionsvollzug.⁶ Entweder muss die Sicherheitshaft durch ein Haftanordnungsverfahren neu angeordnet werden oder eine bestehende Untersuchungshaft wird nach Anklageerhebung direkt in eine Sicherheitshaft umgewandelt.⁷ Die polizeiliche Anhaltung ist eine kurzfristige Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Personen.⁸ Diese soll es der Polizei ermöglichen, z.B. die Identität einer Person abzuklären oder sie kurz zu befragen. Ein Tatverdacht ist hierbei nicht erforderlich, denn es reicht, wenn objektiv betrachtet, aufgrund der Umstände einer konkreten Situation ein Zusammenhang einer Person mit einem Delikt als möglich erscheint.⁹ Weiter muss die Untersuchungshaft von der vorläufigen Festnahme unterschieden werden. Die vorläufige Festnahme bezeichnet den Freiheitsentzug zwischen der Festnahme der Polizei und dem Entscheid des Zwangsmassnahmengerichtes nach Art. 226 StPO.¹⁰ Die vorläufige Festnahme erfolgt somit vor der Untersuchungshaft. Sie zielt dabei auf die Sicherung einer Person durch die Polizei oder eine Privatperson ab.¹¹ Des Weiteren muss die Untersuchungshaft noch von der stationären Begutachtung, sowie dem vorzeitigen Straf- und Massnahmenantritt unterschieden werden. Nach Art. 186 Abs. 1 StPO kann eine beschuldigte Person zur

⁴ SCHMID, N 1 zu Art. 220 StPO.

⁵ RIEDO, N 1972.

⁶ SCHMID, N 6 zu Art. 220 StPO.

⁷ FORSTER, BSK StPO, N 4 zu Art. 220 StPO.

⁸ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 187 f.

⁹ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1001 f.

¹⁰ HUG/SCHWEIDEGGER, Komm StPO 2014, N 7 zu Art. 220 StPO.

¹¹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 206.

Ausarbeitung eines ärztlichen Gutachtens in ein Spital eingewiesen werden. Nach Abs. 5 richtet sich die stationäre Begutachtung nach den Vorschriften über die Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Die Erstellung eines stationären Gutachtens greift somit auch in den Bereich der Untersuchungshaft ein, ist aber an sich keine Untersuchungshaft und dient auch nicht dem Zweck der Sicherung von beschuldigter Person sowie Beweisen.¹² Soll die Untersuchungshaft die Beweise sowie die beschuldigte Person sichern, so geht es bei der stationären Begutachtung darum, ein ärztliches Gutachten erstellen zu lassen, wenn dieses weder auf freiwilliger Basis noch auf ambulantem Weg bewerkstelligt werden kann.¹³ Von der Untersuchungshaft zu unterscheiden, ist zudem der vorzeitige Straf- und Massnahmenantritt, welcher eine strafprozessuale Haft mit besonderen Vollzugsmodalitäten darstellt.¹⁴

2.2 Anordnung

2.2.1 Voraussetzungen

Die Voraussetzungen zur Anordnung der Untersuchungshaft sind in Art. 221 StPO aufgeführt. Es lassen sich zwei Arten von Voraussetzungen herauskristallisieren, welche kumulativ erfüllt sein müssen: Es muss ein dringender Tatverdacht sowie mindestens ein weiterer spezieller Haftgrund aus Art. 221 Abs. 1 lit. a – c StPO gegeben sein.¹⁵ Neben dem klassischen Haftgrund der Fluchtgefahr, sind dies die Verdunkelungs- oder Kollusionsgefahr sowie die Wiederholungsgefahr.¹⁶ Als dringend wird ein Tatverdacht bewertet, wenn konkrete Anhaltspunkte darauf hindeuten, dass die beschuldigte Person die Tat begangen hat oder zumindest daran beteiligt war.¹⁷ Dies bedeutet, dass z.B. blosse Gerüchte oder Vermutungen dieser Anforderung nicht genügen und eine Verurteilung demgegenüber wahrscheinlich sein muss.¹⁸ Wie Art. 221 Abs. 1 StPO schon ausdrücklich besagt, ist die Untersuchungshaft nur bei Verbrechen oder Vergehen zulässig.¹⁹ Dies schliesst e contrario aus, dass eine Untersuchungshaft bei einer Übertretung angeordnet werden darf.²⁰ Je länger die Untersuchungen andauern, desto höher sind grundsätzlich die Anforderungen an das Element des dringenden Tatverdachts.²¹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist nach Anklageerhebung von einem Tatverdacht auszugehen und nach einem Schuldspruch gilt dies umso mehr.²² Dies ist vor allem für die Anordnung der Sicherheitshaft relevant.

¹² SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 942.

¹³ DONATSCH, Komm StPO 2014, N 4 f. zu Art. 186 StPO.

¹⁴ FORSTER, BSK StPO, N 5 zu Art. 220 StPO.

¹⁵ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 189 ff.

¹⁶ SCHMID, Art. 221 N 6 ff.

¹⁷ RIEDO, N 1982.

¹⁸ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1019.

¹⁹ FORSTER, BSK StPO, N 1 zu Art. 221 StPO.

²⁰ RIEDO, N 1983.

²¹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 189.

²² SCHMID, N 4 zu Art. 221 StPO.

Wie oben erwähnt, muss zusätzlich zum dringenden Tatverdacht ein spezieller Haftgrund kumulativ erfüllt sein.²³ Es werden nun die einzelnen Haftgründe aus Art. 221 Abs. 1 lit. a – c sowie Abs. 2 StPO konkretisiert. Nach lit. a ist die Untersuchungshaft zulässig, wenn die Gefahr besteht, dass sich die beschuldigte Person durch Flucht dem Strafverfahren oder der zu erwartenden Sanktion entziehen könnte. Die Gefahr muss dabei konkret sein.²⁴ Eine solche Möglichkeit besteht, wenn die Person im Inland untertaucht oder ins Ausland flieht.²⁵ Eine Fluchtgefahr kann bejaht werden, wenn der Aufenthaltsort der beschuldigten Person den Strafbehörden nicht mehr bekannt ist und konkrete Anzeichen dafür bestehen, dass sie sich dem Strafvollzug entziehen wird.²⁶ Dies wird jeweils anhand der familiären, sozialen und wirtschaftlichen Bindungen, des Alters, der Gesundheit, allfälliger Schulden, sowie der Anpassungsfähigkeiten wie Reise- und Sprachgewandtheit bewertet.²⁷ Eine hohe Strafandrohung hingegen führt nicht automatisch zu einer Annahme der Fluchtgefahr, sondern wird im Gesamtkontext als Indiz gewürdigt.²⁸ Einen zweiten Haftgrund bejaht die StPO in Art. 221 Abs. 1 lit. b bei der Gefahr, dass die beschuldigte Person, z.B. Zeugen beeinflussen oder auf Beweismittel einwirken könnte, um so die Wahrheitsfindung zu beeinträchtigen. Dies wird als Verdunkelungs- bzw. Kollusionsgefahr bezeichnet.²⁹ Somit soll verhindert werden, dass die beschuldigte Person sich z.B. mit Mitbeschuldigten absprechen oder Zeugen beeinflussen kann.³⁰ Es müssen dabei konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass die beschuldigte Person dies versuchen wird. Eine theoretische Möglichkeit genügt nicht für die Annahme der Verdunkelungsgefahr.³¹ Gleich wie bei der Voraussetzung des dringenden Tatverdachts, ist auch bei der Kollusionshaft zu beachten, dass die Anforderungen im Laufe des Verfahrens stetig ansteigen. Je vollständiger der Sachverhalt erhoben wurde, desto schwerer wird es sein, für eine bestehende Verdunkelungsgefahr zu argumentieren.³² Der dritte Haftgrund liegt vor, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass die beschuldigte Person schwere Verbrechen oder Vergehen begehen wird, nachdem sie bereits früher gleichartige Straftaten verübt hat. Auch hier müssen konkrete Anhaltspunkte bestehen, dass die beschuldigte Person auch in Zukunft wieder weitere gleichartige Delikte begehen wird.³³ Die Untersuchungshaft aufgrund der Wiederholungsgefahr stellt somit primär eine Präventivhaft dar.³⁴ Nach Art. 221 Abs. 2 StPO ist eine Haft zudem zulässig, wenn ernsthaft zu befürchten ist, dass eine Person ihre Drohung, ein schweres Verbrechen

²³ FORSTER, BSK StPO, N 4 zu Art. 221 StPO.

²⁴ MELI, Comm CPP, N 8 zu Art. 221 CPP.

²⁵ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1022.

²⁶ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 191.

²⁷ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1022.

²⁸ SCHMID, N 6 zu Art. 221 StPO.

²⁹ Siehe oben.

³⁰ HUG/SCHIEDEGGER, Komm StPO 2014, N 19 zu Art. 221 StPO.

³¹ BGE 123 I 31 E. 3c S. 35; FORSTER, BSK StPO, N 6 zu Art. 221 StPO.

³² BGE 132 I 21 E. 3.2.2 S. 24; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 192.

³³ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1025.

³⁴ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 193.

auszuführen, wahrnehmen wird. Auffällig ist hierbei, dass der Gesetzestext nicht mehr von der beschuldigten Person spricht und auch nicht an ein vorangegangenes Delikt anknüpft.³⁵ Deshalb muss beim Haftgrund der Ausführungsgefahr dem Subsidiaritätsprinzip aus Art. 197 lit. c StPO speziell Rechnung getragen und mildere Ersatzmassnahmen berücksichtigt werden.³⁶

2.2.2 Verfahren

Im Folgenden wird in groben Zügen erörtert, wie eine Untersuchungshaft angeordnet werden muss. Im Mittelpunkt steht dabei das konkrete Haftverfahren vor der Staatsanwaltschaft sowie vor dem Zwangsmassnahmengericht. Sowohl im Jugendstrafverfahren als auch im Erwachsenenstrafrecht muss die Entlassung oder die Zuführung zur Staatsanwaltschaft nach Art. 219 Abs. 4 StPO innert 24 Stunden erfolgen. Erfolgt die Zuführung an die Staatsanwaltschaft, so hat diese die beschuldigte Person nach Art. 224 Abs. 1 StPO unverzüglich zu befragen. In der Regel erfolgt die Einvernahme wenige Stunden nach der Zuführung, womit dem Beschleunigungsgebot Rechnung getragen wird.³⁷ Die Einvernahme dient zwar zur Erhärtung oder Entkräftung des Tatverdachts und der Haftgründe, doch wird keine eigentliche Untersuchung durchgeführt, sondern nur Beweise erhoben, welche ohne Weiteres verfügbar sind.³⁸ Ein weitreichendes Beweisverfahren ist aufgrund des Beschleunigungsgebotes nicht möglich.³⁹ Hierzu hat die Staatsanwaltschaft nach Art. 224 Abs. 2 StPO 48 Stunden Zeit um die Untersuchungshaft beim Zwangsmassnahmengericht zu beantragen oder die Freilassung anzuordnen. Eine Verletzung dieser Frist führt jedoch nicht automatisch zu einer Haftentlassung, da die angegebenen Fristen als Ordnungsvorschriften angesehen werden und bei wichtigen Gründen im engen Rahmen überschritten werden dürfen. Dies ist dann der Fall, wenn mit einer Überschreitung dieser Frist andere prozessuale Grundrechte gewahrt werden können, wie z.B. die Wahrung des rechtlichen Gehörs.⁴⁰ Wird ein Gesuch zur Anordnung der Untersuchungshaft beim Zwangsmassnahmengericht eingereicht, setzt das Gericht nach Art. 225 Abs. 1 StPO unverzüglich eine nicht öffentliche Verhandlung mit den Parteien an. Somit wird dem Anspruch auf persönliche Anhörung aus Art. 31 Abs. 3 BV sowie Art. 5 Ziff. 3 EMRK Rechnung getragen.⁴¹ Der beschuldigten Person sowie deren Verteidigung ist es zudem möglich, auf Begehren hin Akteneinsicht zu erlangen.⁴² Nach Art. 225 Abs. 4 StPO erhebt das Gericht sofort die verfügbaren geeigneten Beweise. Das Gericht hat hierbei nicht über materiell-rechtliche Schuldfragen oder die in Frage kommende Strafe zu entscheiden, sondern muss das Bestehen des

³⁵ SCHMID, Art. 221 N 14.

³⁶ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1026.

³⁷ FORSTER, BSK StPO, N 1 zu Art. 224 StPO.

³⁸ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 196.

³⁹ HUG/SCHIEDEGGER, Komm StPO 2014, N 5 zu Art. 224 StPO.

⁴⁰ FORSTER, BSK StPO, N 4 zu Art. 224 StPO.

⁴¹ RIKLIN, N 1 zu Art. 225 StPO.

⁴² SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1032.

dringenden Tatverdachts sowie das Vorliegen eines Haftgrundes prüfen.⁴³ Nach Art. 225 Abs. 5 StPO kann die beschuldigte Person auf die Verhandlung verzichten, womit in einem schriftlichen Verfahren entschieden wird. Dieser Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen, wobei im Zweifelsfall dennoch eine Verhandlung angesetzt werden kann.⁴⁴ Nach Art. 226 Abs. 1 StPO hat das Zwangsmassnahmengericht den Entscheid innert 48 Stunden nach Eingang des Haftantrages zu fällen. Dies gilt sowohl für das mündliche als auch für das schriftliche Verfahren.⁴⁵ Auch hier stellt sich wieder die Frage, wie mit einer Überschreitung dieser Frist umgegangen werden soll. Analog der früheren Zürcher-StPO erwägt auch das Bundesgericht, diese 48 Stunden-Frist als Ordnungsvorschrift auszulegen.⁴⁶ Dies aus dem Grund, da bei komplizierten Fällen eine 48 Stunden-Frist wohl zu kurz sei und im Interesse des prozessualen Rechtsschutzes überzogen werden dürfe.⁴⁷ Entscheidend ist hingegen die Gesamtbetrachtung von der Festnahme bis hin zum Haftentscheid. Entgegen den vorherigen Ordnungsvorschriften ist eine Haft nach Ablauf der 96 Stunden seit der Festnahme der beschuldigten Person als gesetzwidrig anzusehen.⁴⁸

2.3 Gesuche und Beschwerdemittel

2.3.1 Haftverlängerungs- und Haftentlassungsgesuche

Sowohl die Staatsanwaltschaft als auch die beschuldigte Person haben während der Untersuchungshaft die Möglichkeit Gesuche vorzubringen. Diese sind in Art. 227 sowie 228 StPO geregelt. Nach Art. 227 Abs. 1 StPO kann die Staatsanwaltschaft beim Ablauf der vom Zwangsmassnahmengericht festgesetzten Dauer der Untersuchungshaft ein Haftverlängerungsgesuch stellen. Das Gesuch muss nach Art. 227 Abs. 2 StPO spätestens vier Tage vor Ablauf der Haftdauer eingereicht werden. Hierbei handelt es sich um eine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nicht automatisch zu einer Haftentlassung führt.⁴⁹ Dies mündet aber in einer etwas komplizierten Konstellation. Kann das Zwangsmassnahmengericht trotz verspätet eingereichtem Gesuch nach Art. 227 Abs. 4 StPO vor Ablauf der Frist eine provisorische Fortdauer bis zum Entscheid anordnen, bleibt die Haft aufrechterhalten.⁵⁰ Läuft die Haftfrist jedoch ab, ohne dass eine provisorische Verlängerung angeordnet worden ist, führt dies zwingend zu einer Haftentlassung.⁵¹ Eine Haftentlassung ist zudem zwingend die Konsequenz, wenn das Gesuch erst nach Ablauf der Haftfrist eingereicht wird.⁵² Eine Verlängerung wird nach Art. 227

⁴³ FORSTER, BSK StPO N 7 zu Art. 225 StPO.

⁴⁴ HUG/SCHNEIDER, Komm StPO 2014, N 12 zu Art. 225 StPO.

⁴⁵ SCHMID, N 2 zu Art. 226 StPO.

⁴⁶ BGE 124 I 208 E. 3 S. 210.

⁴⁷ FORSTER, BSK StPO, N 2 zu Art. 226 StPO.

⁴⁸ BGE 137 IV 92 E. 3.2.1 S. 97.

⁴⁹ SCHMID, N 4 zu Art. 227 StPO.

⁵⁰ FORSTER, BSK StPO, N 2 zu Art. 226 StPO.

⁵¹ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1036.

⁵² FORSTER, BSK StPO, N 2 zu Art. 227 StPO.

Abs. 7 StPO jeweils für maximal drei Monate oder in Ausnahmefällen für sechs Monate bewilligt. Eine weitere Haftverlängerung kann danach beliebig oft beantragt werden, eine festgesetzte Maximaldauer gibt es nicht.⁵³ Die beschuldigte Person kann hingegen nach Art. 228 Abs. 1 StPO jederzeit schriftlich oder mündlich zu Protokoll bei der Staatsanwaltschaft ein Gesuch um Haftentlassung stellen. Vorbehalten bleibt Art. 228 Abs. 5 StPO, nach welcher das Zwangsmassnahmengericht eine Frist von längstens einem Monat setzen kann, in welcher kein Entlassungsgesuch gestellt werden kann. Die Staatsanwaltschaft kann nun dem Gesuch der beschuldigten Person entsprechen und sie unverzüglich aus der Haft entlassen. Ist dies nicht der Fall, leitet sie das Gesuch samt Akten und Stellungnahme spätestens drei Tage nach dessen Eingang an das Zwangsmassnahmengericht weiter, wobei es sich hier wiederum um eine Ordnungsfrist handelt.⁵⁴ Das Gericht stellt der beschuldigten Person nach Erhalt die Stellungnahme der Staatsanwaltschaft zu und gibt ihr eine drei tägige Frist zur Replik.⁵⁵ Das Urteil wird spätestens fünf Tagen nach Eingang der Replik in einer nicht öffentlichen Verhandlung gefällt, wobei der Entscheid bei ausdrücklichem Verzicht der beschuldigten Person nach Art. 228 Abs. 4 StPO auch im schriftlichen Verfahren ergehen kann.

2.3.2 Beschwerdemöglichkeiten

Die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes sind nicht unantastbar. So kann die beschuldigte Person nach Art. 222 StPO Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung oder die Aufhebung der Untersuchungshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Bei einer kantonalen Gerichtsbarkeit wäre die dafür zuständige kantonale Beschwerdeinstanz zuständig. Fällt die Tat unter die Bundesgerichtsbarkeit, ist die kantonale Instanz am jeweiligen Sitz der Bundesanwaltschaft zuständig.⁵⁶ In Art. 222 StPO ist nur die beschuldigte Person als Beschwerdelegitimiert aufgelistet, was den Eindruck erweckt, dass die Staatsanwaltschaft entgegen Art. 381 Abs. 1 StPO kein Rechtsmittel bei der Beschwerdeinstanz ergreifen kann.⁵⁷ Art. 381 Abs. 1 StPO besagt, dass die Staatsanwaltschaft Rechtsmittel zugunsten oder zuungunsten der beschuldigten Person vorbringen kann. Nach bundesgerichtlicher Praxis ist jedoch auch die Staatsanwaltschaft befugt, eine Beschwerde gegen eine Haftentlassung bei der Beschwerdeinstanz zu erheben.⁵⁸ In der Lehre wurde dieser Entscheid teilweise kritisiert, die Thematik wird zu einem späteren Zeitpunkt nochmals aufgegriffen.⁵⁹ Konkret vorgebracht werden können bei der Beschwerde z.B. fehlende oder bestehende Haftgründe und die Verletzung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes.⁶⁰ Anfechtbar sind dabei Entscheide über die Anordnung,

⁵³ RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 1679.

⁵⁴ FORSTER, BSK StPO, N 14 zu Art. 227 StPO.

⁵⁵ SCHMID/JOSITSCH, Handbuch, N 1038.

⁵⁶ FORSTER, BSK StPO, N 4 f. zu Art. 222 StPO.

⁵⁷ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 198.

⁵⁸ BGE 137 IV 22; BGE 137 IV 240; BGE 137 IV 87.

⁵⁹ Siehe Kap. 6.

⁶⁰ SCHMID, N 3 zu Art. 222 StPO.

Aufhebung, und Verlängerung der Untersuchungshaft.⁶¹ Nach Art. 78 ff. BGG steht der beschuldigten Person sowie der Staatsanwaltschaft ausserdem die Beschwerde in Strafsachen an das Bundesgericht offen, da es sich beim Entscheid des Zwangsmassnahmengerichtes um einen anfechtbaren Zwischenentscheid nach Art. 93 lit. a BGG handelt, welcher einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil zur Folge hat.⁶²

2.4 Ausgestaltung der Untersuchungshaft

2.4.1 Vollziehungsort

Der Vollzug der Untersuchungshaft ist in Art. 234 – 236 StPO geregelt. Art. 234 Abs. 1 StPO besagt, dass die Untersuchungshaft grundsätzlich in Haftanstalten vollzogen werden muss, die diesem Zweck vorbehalten sind. Dies bedeutet, dass die Untersuchungshaft nicht in Strafanstalten vollzogen werden soll.⁶³ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass für die Person in Untersuchungshaft immer noch die Unschuldsvermutung gilt und mit der Untersuchungshaft keine Strafzwecke verfolgt werden, sondern sie nur zur Sicherung der Person sowie von Beweisen dient.⁶⁴ Der zweite Teilsatz aus Art. 234 Abs. 1 StPO erlaubt die Inhaftierung zudem in Haftanstalten die daneben auch dem Vollzug kurzer Freiheitsstrafen dienen. Dabei muss eine Trennung in Form von abgetrennten Stockwerken oder Abteilungen gewährleistet sein.⁶⁵ Vor allem in kleineren Anstalten wird ein Zusammentreffen von Personen in Untersuchungshaft und Gefängnisinsassen jedoch nur schwer zu vermeiden sein.⁶⁶ Nach Art. 234 Abs. 2 StPO kann die Person aus medizinischen Gründen in ein Spital oder eine psychiatrische Klinik eingewiesen werden. Benötigt eine inhaftierte Person medizinische Betreuung wird sie aber nicht automatisch in ein Spital überwiesen. Zuerst wird versucht die medizinische Betreuung in einem anderen Gefängnis zu gewährleisten und erst in einem zweiten Schritt wird die betroffene Person in ein Spital oder eine psychiatrische Einrichtung überwiesen.⁶⁷ Zu unterscheiden ist diese Form der Haft von der stationären Begutachtung nach Art. 186 StPO.⁶⁸

⁶¹ FORSTER, BSK StPO, N 3 zu Art. 222 StPO.

⁶² SCHMID, N 8 zu Art. 222 StPO.

⁶³ HUG/SCHIEDEGGER, Komm StPO 2014, N 1 zu Art. 234 StPO.

⁶⁴ HÄRRI, BSK StPO, N 4 zu Art. 234 StPO.

⁶⁵ RIKLIN, N 1 zu Art. 234 StPO.

⁶⁶ HÄRRI, BSK StPO, N 7 zu Art. 234 StPO.

⁶⁷ BGE 116 Ia 420 E. 3c S. 424; BGE 106 Ia 277 E. 7b S. 292; HÄRRI, BSK StPO, N 7 zu Art. 234 StPO.

⁶⁸ Siehe Kap. 2.1.

2.4.2 Konkrete Haftumstände

Es folgt nun eine grobe Übersicht über die Regelungen betreffend der konkreten Haftumstände. Die Kantone regeln nach Art. 235 Abs. 5 StPO das eigentliche Vollzugsregime und müssen die Regeln aus Art. 235 StPO weiter konkretisieren.⁶⁹ Auf eine Erläuterung der zahlreichen kantonalen Regelungen wird nachfolgend verzichtet. Art. 235 Abs. 1 StPO besagt, dass die inhaftierte Person in ihrer persönlichen Freiheit nicht stärker eingeschränkt werden darf, als dies erforderlich ist. Damit wird das verfassungsrechtlich festgelegte Verhältnismässigkeitsprinzip aus Art. 5 Abs. 2 und Art. 36 Abs. 3 BV konkretisiert.⁷⁰ Abs. 1 bringt somit zum Ausdruck, dass für die inhaftierte Person immer noch die Unschuldsvermutung gilt, weshalb sich nur solche Einschränkungen der persönlichen Freiheit rechtfertigen lassen, die dem Zweck der Haft entsprechen.⁷¹ Auch bezüglich der Zellen gibt es Vorschriften. So müssen diese stets sauber und in einwandfreiem Zustand sein. Dies beinhaltet bspw., dass die Zelle rudimentär möbliert ist, dass eine Heizung vorhanden und der Zugang zu sauberen sanitären Einrichtungen gewährleistet ist.⁷² Nach Abs. 2 ist es zudem erlaubt, den Kontakt mit der Aussenwelt, so z.B. Besuche oder Kontakte über elektronische Mittel, zu beschränken.⁷³ Aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung gehen zahlreiche weitere Massnahmen hervor, welche zur Gewährleistung des Haftzwecks einen Eingriff in die persönliche Freiheit der betroffenen Person erlauben.⁷⁴ So zum Beispiel, dass während der ersten Woche der Haft kein Besuch empfangen werden darf oder der Briefverkehr eingeschränkt werden kann.⁷⁵ Unter anderem kann die inhaftierte Person auch in der Untersuchungshaft einer Beschäftigung wie z.B. einer Arbeit oder einem einfachen Hobby wie Malen nachgehen, soweit dies mit dem Haftzweck vereinbar ist. Ein eigentlicher Zwang zur Arbeit besteht jedoch nicht.⁷⁶ Auf internationaler Ebene müssen vor allem Vorgaben des UN-Anti-Folterübereinkommens, der europäischen Folterkonvention sowie die Empfehlungen und Resolutionen des Ministerkomitees des Europarats über die Mindestgrundsätze bei der Behandlung von Gefangenen berücksichtigt werden.⁷⁷

⁶⁹ HUG/SCHNEIDER, Komm StPO 2014, N 18 zu Art. 235 StPO.

⁷⁰ HÄRRI, BSK StPO, N 1 zu Art. 235 StPO.

⁷¹ RIKLIN, N 1 zu Art. 235 StPO.

⁷² HÄRRI, BSK StPO, N 7 zu Art. 235 StPO.

⁷³ HUG/SCHNEIDER, Komm StPO 2014, N 3 zu Art. 235 StPO.

⁷⁴ M.w.Verw. RIKLIN, N 2 zu Art. 235 StPO.

⁷⁵ BGE 118 Ia 64, E. 3n ff. S. 85 ff.

⁷⁶ HÄRRI, BSK StPO, N 25 f. zu Art. 235 StPO.

⁷⁷ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 208.

3 Die Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren

3.1 Besonderheiten der JStPO bei der Anwendung von StPO-Normen

3.1.1 Anwendbarkeit der Strafprozessordnung (Art. 3 JStPO)

Bei der Jugendstrafprozessordnung handelt es sich um ein Spezialgesetz zur Strafprozessordnung.⁷⁸ In Art. 3 JStPO wird das Verhältnis zwischen StPO und JStPO geklärt. Nach Art. 3 Abs. 1 JStPO kommen Bestimmungen der StPO nur zur Anwendung, wenn die JStPO keine besondere Regelung hierzu enthält. Die StPO kommt deshalb immer nur subsidiär zur Anwendung.⁷⁹ Bei einem Normkonflikt würde die JStPO zudem als *lex specialis* vorgehen.⁸⁰ An diversen Stellen wird zudem explizit auf die anwendbaren StPO Normen verwiesen, so z.B. in Art. 5 Abs. 2 JStPO.⁸¹ Art. 3 Abs. 2 JStPO enthält demgegenüber verschiedene Bereiche der StPO, welche im Jugendstrafprozess von vorneherein als nicht anwendbar erklärt werden.⁸² Art. 3 Abs. 3 JStPO besagt, dass wenn die StPO zur Anwendung kommt, deren Bestimmungen im Lichte der Grundsätze aus Art. 4 JStPO auszulegen sind. Die Anwendung der Bestimmungen aus der StPO erfolgt somit lediglich analog.⁸³ Man könnte nun davon ausgehen, dass das Zusammenspiel somit lückenlos geklärt wäre. In verschiedenen Bereichen bleibt jedoch unklar, wie eine StPO Norm nun übernommen werden kann, da nicht alle StPO Normen auf ihre Kompatibilität mit dem Jugendstrafverfahren geprüft wurden.⁸⁴ Auch bezüglich des Gebotes aus Art. 3 Abs. 3 JStPO stellt sich die Frage, wie weit eine Auslegung zu Gunsten von Art. 4 JStPO gehen sollte. AEBERSOLD bemängelt diese ungenaue Formulierung und stellt die Behauptung auf, dass eine konkret formulierte Regelung den Anliegen des Jugendstrafrechtes wohl mehr geholfen hätte.⁸⁵ Tatsächlich scheint man sich in der Lehre nicht ganz einig zu sein, wie das Gebot aus Art. 3 Abs. 3 JStPO zu verstehen ist. RIEDO sowie HUG/SCHLÄFLI verstehen die Norm dahingehend, dass eine StPO Norm im Ergebnis überhaupt nicht oder höchstens eingeschränkt zur Anwendung gelangen darf.⁸⁶ JOSITSCH und andere hingegen begrenzen die Auslegung auf den klaren Wortlaut der Bestimmung.⁸⁷ Der Kerngehalt von Art. 3 Abs. 3 JStPO ist jedoch, dass Jugendliche im Verhältnis zu Erwachsenen nach ihrem Alter angemessen behandelt werden sollen und den Eigenheiten und Bedürfnisse der Jugendlichen genügend Rechnung getragen wird.⁸⁸ Der Gesetzgeber äusserte sich nicht eindeutig zu diesem Thema,

⁷⁸ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 1 zu Art. 3 JStPO.

⁷⁹ RIEDO, N 1418.

⁸⁰ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 1 zu Art. 3 JStPO.

⁸¹ RIEDO, N 1419.

⁸² HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 2 ff. zu Art. 3 JStPO.

⁸³ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 4 zu Art. 3 JStPO.

⁸⁴ MIKOLÁSEK, N 195 ff.

⁸⁵ AEBERSOLD, N 742.

⁸⁶ RIEDO, N 1429; HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 10 zu Art. 3 JStPO.

⁸⁷ BÄNZIGER/BURKHARD/HAENNI, N 1103; JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 4 zu Art. 3 JStPO; MIKOLÁSEK, N 202.

⁸⁸ MIKOLÁSEK, N 192.

sondern führt nur aus, dass die Grundsätze aus Art. 4 JStPO beachtet werden müssen und die Normen der StPO nur analog übernommen werden können.⁸⁹ Nach hier vertretener Meinung ist den Lehrmeinungen von JOSITSCH sowie BÄNZIGER/BURKHARD/HAENNI zu folgen. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass eine Norm aufgrund Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 JStPO nicht anwendbar wäre, hätte er dies im Gesetz ausdrücklich erwähnt. Auch aus den Materialien ergibt sich kein Hinweis, dass einer StPO Norm die Anwendung auf diese Weise gänzlich untersagt werden könnte. Die Auslegung durch Art. 3 Abs. 3 i.V.m. Art. 4 JStPO endet somit beim klaren Wortlaut einer Bestimmung.

3.1.2 Grundsätze der Jugendstrafprozessordnung (Art. 4 JStPO)

In Art. 4 JStPO werden Grundsätze aufgeführt, welche bei der Anwendung der JStPO und auch bei der Anwendung der StPO Normen im Strafverfahren beachtet werden müssen. Es handelt sich hierbei um eine programmatische, nicht abschliessende Aufzählung, welche die Strafbehörden dazu anhalten soll, die Ziele des Jugendstrafrechtes nicht aus den Augen zu verlieren.⁹⁰ Weitere Grundsätze aus der StPO müssen, obwohl nicht ausdrücklich erwähnt, auch beachtet werden.⁹¹ Nach Art. 4 Abs. 1 JStPO steht der Schutzgedanke und die Erziehung des Jugendlichen im Vordergrund, wobei Alter und Entwicklungsstand angemessen berücksichtigt werden müssen. Eine strafrechtliche Untersuchung stellt für Jugendliche eine Belastung dar und gewisse Sanktionen greifen möglicherweise massiv in die persönliche Freiheit ein. Dies kann sich negativ auf den betroffenen Jugendlichen auswirken, was wenn möglich zu vermeiden ist.⁹² Bezogen auf das Strafverfahren bezieht sich der Schutz vor allem gegenüber schädlichen Auswirkungen von Zwangsmassnahmen.⁹³ Es ist nicht zu unterschätzen, welchen Schock eine plötzliche Verhaftung auslösen kann, insbesondere bei Kindern und Jugendlichen. So wird der inhaftierte Jugendliche von seinen Eltern getrennt und verbringt den Grossteil der Haft in einer Einzelzelle. Die Zeit in Einzelhaft gibt Zeit zum Nachdenken, woraus Depressionen und andere schwere seelische Schäden resultieren können.⁹⁴ Deshalb ist die Ausgestaltung der Haft ein zentraler Punkt, auf welchen nachfolgend noch eingegangen wird. Mit der Erziehung des Jugendlichen soll vor allem der resozialisierende Zweck der Eingliederung oder Wiedereingliederung des Jugendlichen in die Gesellschaft gewährleistet werden.⁹⁵ Mit der Anweisung, Alter und Entwicklungsstand angemessen zu berücksichtigen, werden die

⁸⁹ BBI 2006 1085 ff., S. 1355.

⁹⁰ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 1 zu Art. 4 JStPO.

⁹¹ BBI 2006 1085 ff., S. 1355 f.; JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N1 zu Art. 4 JStPO.

⁹² JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 2 zu Art. 4 JStPO.

⁹³ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 3 zu Art. 4 StPO; BBI 2006 1085 ff., S. 1355.

⁹⁴ LANG, S. 110 ff.

⁹⁵ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 3 zu Art. 4 JStPO.

Behörden dazu angehalten, die Persönlichkeit des Jugendlichen zu würdigen und im Verfahren zu beachten.⁹⁶ Alter und Entwicklung des Jugendlichen dürfen sich jedoch nur dann zugunsten des Heranwachsenden auswirken, wenn sachliche Gründe gegeben sind.⁹⁷ Art. 4 Abs. 2 JStPO hält die Behörden dazu an, die Persönlichkeitsrechte des Jugendlichen in allen Verfahrensstadien zu wahren und ihnen die Möglichkeit zu geben, sich aktiv am Verfahren zu beteiligen. Damit werden die internationalen Standards aus Art. 3 und 12 KRK ins nationale Recht übernommen.⁹⁸ Der Jugendliche soll durch die aktive Teilnahme in sämtlichen Stadien des Verfahrens auf sein künftiges Leben in der Gesellschaft vorbereitet werden.⁹⁹ Zudem wird der Jugendliche, vorbehaltlich besonderer Verfahrensvorschriften, persönlich angehört. Es gilt somit der Grundsatz des mündlichen Jugendstrafverfahrens.¹⁰⁰ In besonderen Fällen kann jedoch davon abgewichen werden, womit die Strafbehörden ein Verfahren auch z.B. per Strafbefehl erledigen können.¹⁰¹ Nach Art. 4 Abs. 3 JStPO müssen die Strafbehörden dafür sorgen, dass das Strafverfahren nicht mehr als nötig in das Privatleben des Jugendlichen sowie in den Einflussbereich der gesetzlichen Vertretung greift. Diese Bestimmung hebt den Grundsatz der Verhältnismässigkeit und Subsidiarität staatlicher Interventionen hervor, da diesem Prinzip im Jugendstrafprozessrecht eine besondere Bedeutung beigemessen wird.¹⁰² Zudem wird statuiert, dass die Erziehungsverantwortung der Eltern zu beachten ist und nur bei Mängeln in der Erziehung in den Verantwortungsbereich der Eltern eingegriffen werden darf.¹⁰³ Eine Beschränkung auf die notwendigen Eingriffe kann im Vergleich zum ordentlichen Strafverfahren aber dazu führen, dass Opfer nicht die gleichen umfassenden Rechte erhalten.¹⁰⁴ Abs. 4 fordert die Behörden zudem dazu auf, dass die gesetzliche Vertretung sowie Behörden des Zivilrechts miteinbezogen werden, wenn es angezeigt scheint. So muss die miteinbezogene Person z.B. über sämtliche Verfahrenshandlungen gegenüber dem Jugendlichen informiert werden.¹⁰⁵ Ein Einbezug der Eltern ist jedoch nicht immer zwingend vorzunehmen. Die Strafbehörden entscheiden im Einzelfall ob es angezeigt ist, die gesetzliche Vertretung beizuziehen. So können die Beteiligungsrechte eingeschränkt oder die Mitwirkung gänzlich verweigert werden.¹⁰⁶ Neben diesen explizit in Art. 4 JStPO erwähnten Grundsätzen müssen auch die Prozessmaximen der ordentlichen Strafprozessordnung beachtet werden.¹⁰⁷ Doch auch die Grundsätze aus der StPO müssen im Lichte von Art. 4 JStPO ausgelegt werden und sich am

⁹⁶ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 4 zu Art. 4 JStPO.

⁹⁷ BBI 2008 3121 ff., S. 3133; JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 5 zu Art. 4 JStPO.

⁹⁸ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 5 zu Art. 4 JStPO.

⁹⁹ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 6 zu Art. 4 JStPO.

¹⁰⁰ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 6 zu Art. 4 JStPO.

¹⁰¹ BBI 2008 3121 ff., S. 3133.

¹⁰² HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 7 zu Art. 4 JStPO.

¹⁰³ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 10 zu Art. 4 JStPO.

¹⁰⁴ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 7 zu Art. 4 JStPO.

¹⁰⁵ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 14 zu Art. 4 JStPO.

¹⁰⁶ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 8 zu Art. 4 JStPO.

¹⁰⁷ BBI 2006 1085 ff., S. 1356; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 97 ff.

Täterstrafrecht orientieren.¹⁰⁸ Auf eine ausführliche Erläuterung der verschiedenen Prozessmaximen wird an dieser Stelle verzichtet. Relevante Normen werden an späterer Stelle nochmals aufgegriffen und ausführlich erläutert, so z.B. das Beschleunigungsgebot nach Art. 5 StPO.¹⁰⁹

3.2 Regelung der Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren

3.2.1 Anordnung, Verfahren und Zuständigkeit

Wie im vorangegangenen Kapitel erläutert, findet die StPO nur Anwendung, wenn die JStPO keine abweichende Regelung trifft.¹¹⁰ Spezielle Normen bez. den Zwangsmassnahmen und insbesondere der Untersuchungs- und Sicherheitshaft finden sich in Art. 26 ff. JStPO. Art. 26 JStPO regelt, wer für die Anordnung von Zwangsmassnahmen zuständig ist. Die Untersuchungsbehörde ist nach Art. 26 Abs. 1 JStPO zuständig für Zwangsmassnahmen, welche gemäss der StPO durch die Staatsanwaltschaft angeordnet werden können (lit. a) und zusätzlich auch für die Anordnung der Untersuchungshaft (lit. b), von vorsorglichen Schutzmassnahmen nach Art. 12 – 15 JStG (lit. c) sowie der Beobachtung im Sinne von Art. 9 JStG (lit. d). Nach Abs. 2 fällt der Rest dann in die Zuständigkeit des Zwangsmassnahmengerichtes. Dies ist vor allem in jenen Bereichen der Fall, wo keine jugendspezifischen Aspekte berücksichtigt werden müssen, so zum Beispiel bei der Anordnung von Überwachungsmassnahmen.¹¹¹ Durch die erweiterte Kompetenz der Untersuchungsbehörde wird im Vergleich zur StPO die Kompetenz des Zwangsmassnahmengerichtes beschränkt.¹¹² Nach Art. 26 Abs. 3 JStPO fällt die Zuständigkeit nach Anklageerhebung an das urteilende Gericht. Dies kann neben dem Jugendgericht auch die Berufungsinstanz sein.¹¹³ Weder das Zwangsmassnahmengericht noch die Untersuchungsbehörde können dann noch Zwangsmassnahmen anordnen.¹¹⁴ So darf die Untersuchungsbehörde die Untersuchungshaft nach Abs. 2 in eigenem Ermessen bis zu einer Dauer von sieben Tagen anordnen. In einem Grundsatzentscheid hat das Bundesgericht diese Regelung als grundrechtskonform bewertet, aber gleichzeitig auch zum Ausdruck gebracht, dass es dies als nicht unproblematisch empfindet.¹¹⁵ Diese Problematik wird aufgrund der zahlreichen Kritik aus der Lehre zu einem späteren Zeitpunkt nochmals ausführlich diskutiert.¹¹⁶ Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft im Jugendstrafprozess sind grundsätzlich die gleichen wie im Erwachsenenstrafrecht, womit die Bestimmungen nach Art. 221 StPO i.V.m. Art.

¹⁰⁸ RIEDO, N 1445.

¹⁰⁹ Siehe Kap. 5.2.2.

¹¹⁰ Siehe Kap. 3.1.1.

¹¹¹ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 7 zu Art. 26 JStPO.

¹¹² MIKOLÁSEK, N 962.

¹¹³ RIEDO, N 1969.

¹¹⁴ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 5 zu Art. 26 JStPO.

¹¹⁵ BGE 121 I 208 E. 4d S. 216 f.

¹¹⁶ Siehe Kap. 5.

3 Abs. 1 JStPO analog auch für das Verfahren bei Jugendlichen gelten.¹¹⁷ Zusätzlich müssen nach Art. 27 Abs. 1 JStPO jedoch alle möglichen Ersatzmassnahmen geprüft werden, bevor die Untersuchungshaft als «ultima ratio» angeordnet werden darf. Bei Jugendlichen ist im Vergleich zu Erwachsenen eine verschärfte Prüfung aller möglichen Ersatzmassnahmen durchzuführen.¹¹⁸ Als Ersatzmassnahmen gelten hierbei jegliche Massnahmen, welche nicht so stark in die persönliche Freiheit der beschuldigten Person greifen, aber dennoch den gleichen Zweck wie die Haft erfüllen. Eine Unterstützung durch technische Massnahmen wie z.B. Electronic Monitoring ist dabei durchaus denkbar.¹¹⁹ Das verschärfte «ultima ratio» Prinzip ergibt sich aus Art. 4 Abs. 1 JStPO, welcher den Schutzgedanken in den Vordergrund stellt. Kinder und Jugendliche sollen wenn möglich vor schädlichen Einflüssen von Zwangsmassnahmen geschützt werden.¹²⁰ Konkret geht es um die Gefahr der Beeinflussung durch andere Straftäter, durch die Stigmatisierung aufgrund der Verhaftung und die Erschwerung der Resozialisierung.¹²¹ Wie sehr das «ultima ratio» Prinzip in der Praxis umgesetzt werden kann, bleibt jedoch fraglich. Ersatzmassnahmen werden wohl in der Regel nicht ausreichen, womit das «ultima ratio» Prinzip faktisch belanglos bleibt.¹²² Ob eine Untersuchungshaft schlussendlich angeordnet wird, muss vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip entschieden werden. Diese wird anhand der Schwere des Delikts und der in Aussicht stehenden auf die Erziehung und Fürsorge ausgerichteten Sanktion beurteilt.¹²³ Ein Mindestalter gibt es für die Untersuchungshaft nicht.¹²⁴ In der Praxis könnte somit auch ein 10-Jähriger inhaftiert werden. Dieser Umstand wird in der Lehre teilweise kritisiert und die Thematik wird an späterer Stelle noch ausführlich behandelt.¹²⁵ Obwohl das Gesetz sich hierzu nicht äussert, hat die Anordnung nach übereinstimmenden Lehrmeinungen schriftlich zu erfolgen. So kann der Entscheid sachgerecht angefochten werden und an andere Institutionen wie die Haftanstalt oder der Transportdienst können informiert werden.¹²⁶ Gleiches gilt auch für die Begründung des Entscheids, welche nach Art. 27 JStPO gar nicht vorhanden sein muss. Dennoch dürfte eine Begründung aufgrund der Schwere des Eingriffs in der Praxis wohl angemessen sein.¹²⁷

¹¹⁷ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 4 zu Art. 27 JStPO.

¹¹⁸ BBI 2006 1085 ff., S. 1367 f.

¹¹⁹ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 2 zu Art. 27 JStPO.

¹²⁰ RIEDO, N 1977; Siehe auch Kap. 3.1.2.

¹²¹ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 1 zu Art. 27 JStPO.

¹²² RIEDO, N 1978.

¹²³ LANG S. 237; JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 6 zu Art. 27 JStPO.

¹²⁴ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 13 zu Art. 27 JStPO.

¹²⁵ Siehe Kap. 4.

¹²⁶ ENGEL, S. 32 f.

¹²⁷ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 13 zu Art. 27 JStPO.

3.2.2 Beschwerdemittel und Gesuche

Nach Art. 27 Abs. 2 JStPO kann die Untersuchungsbehörde spätestens am siebten Tag ein Verlängerungsgesuch an das Zwangsmassnahmengericht stellen. Das Zwangsmassnahmengericht hat dann innert 48 Stunden einen Entscheid zu fällen. Das Verfahren richtet sich hierbei nach Art. 225 f. StPO. Bezüglich der Akteneinsicht ist zu erwähnen, dass diese auch der gesetzlichen Vertretung zu gewähren ist, sich aber aus taktischen Gründen nur auf die mit dem Haftantrag eingereichten Akten beschränkt und sich nicht auf alle Verfahrensakte erstreckt.¹²⁸

Nach Art. 27 Abs. 3 JStPO kann das Zwangsmassnahmengericht die Untersuchungshaft mehrmals verlängern, jedoch jeweils höchstens um einen Monat. Das Verfahren richtet sich nach Art. 227 StPO. Die Untersuchungsbehörde muss somit jeden Monat vor Ablauf der Frist ein neues Verlängerungsgesuch vorlegen.¹²⁹ Während der Inhaftierung kann der beschuldigte Jugendliche und auch die gesetzliche Vertretung nach Art. 27 Abs. 4 JStPO jederzeit bei der Behörde, welche die Haft angeordnet hat, die Entlassung beantragen. Auch hier wird auf die StPO verwiesen, konkret auf das Verfahren nach Art. 228 StPO. Die Regelungen aus Art. 228 StPO können somit übernommen werden.¹³⁰ Art. 39 Abs. 3 JStPO bestimmt, dass für die Beschwerde gegen die Anordnung der Untersuchungs- und Sicherheitshaft das Zwangsmassnahmengericht zuständig ist. Art. 27 Abs. 5 JStPO besagt, dass sich die Anfechtbarkeit der Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nach Art. 222 StPO richtet.¹³¹ Die JStPO verweist für die Beschwerdemittel somit grundsätzlich auf die StPO und stellt nur punktuell abweichende Regelungen auf.¹³²

3.2.3 Haftvollzug

Art. 28 Abs. 1 JStPO schreibt vor, dass die Untersuchungshaft für Jugendliche in einer für diesen Zweck vorgesehenen Einrichtung oder in einer besonderen Abteilung einer Haftanstalt vollzogen wird. Die Jugendlichen müssen von den erwachsenen Inhaftierten getrennt werden und eine angemessene Betreuung ist sicherzustellen. Die Trennung von erwachsenen Inhaftierten ist notwendig, da die negativen Einflüsse der Untersuchungshaft durch eine gemeinsame Inhaftierung noch zusätzlich verstärkt werden könnten.¹³³ Dass Jugendliche von den Erwachsenen getrennt werden, ist auch in diversen internationalen Standards vorgesehen.¹³⁴ Das Trennungsgebot ist absolut zu verstehen, wobei eine auch nur vorübergehende gemeinsame Inhaftierung vom Bundesgericht bereits als unzulässig befunden wurde.¹³⁵ Vor Einführung des JStG konnte diese Trennung nicht gewährleistet werden, wobei die Schweiz bei der

¹²⁸ RIEDO, N 2006.

¹²⁹ BBI 2006 1085 ff., S. 1368.

¹³⁰ Siehe Kap. 2.3.1.

¹³¹ RIEDO, N 2040.

¹³² JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 4 zu Art. 38 JStPO.

¹³³ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 1 zu Art. 28 JStPO.

¹³⁴ Siehe Kap. 3.2.4.

¹³⁵ BGE 133 I 286 E. 4.2 S. 294 f.

Unterzeichnung der Kinderrechtskonvention diesbezüglich sogar Vorbehalte anbringen musste.¹³⁶ Bereits in Art. 48 JStG wird eine getrennte Inhaftierung bezüglich der Haftstrafe gefordert. Im Unterschied zu dieser Norm wurde den Kantonen jedoch keine Umsetzungsfrist gegeben, wobei die Änderung per 01.01.2011 in Kraft trat.¹³⁷ Die notwendige Infrastruktur stellt die Kantone vor eine nicht zu unterschätzende Herausforderung. So müsste ein Kanton zusätzlich zu den anderen Infrastrukturen des Strafvollzuges noch eine separate Anstalt für Jugendliche anbieten. Das Problem wurde ein Stück weit entschärft, da das Trennungsgebot bereits erfüllt ist, wenn eine besondere Abteilung für Jugendliche besteht. So reicht es, wenn ein Trakt oder eine Etage nur für Jugendliche zur Verfügung steht. Eine eigentliche Jugendeinrichtung wird nicht gefordert.¹³⁸ Dennoch herrscht in gewissen Teilen der Schweiz ein Mangel an spezialisierten Institutionen. Deshalb haben die Kantone Strafvollzugskonkordate geschaffen, um die gesetzlichen Anforderungen im Erwachsenen- und Jugendstrafvollzug zu erfüllen.¹³⁹ In der Westschweiz wurde diesbezüglich ein Konkordat geschaffen und Einrichtungen in Planung gegeben.¹⁴⁰ In der Deutschschweiz stehen hingegen etliche Institutionen zur Verfügung, unter anderem das Jugendheim Plantanenhof in Uzwil (SG) oder Jugendabteilungen in Gefängnissen wie bspw. in Dietikon oder Dielsdorf (ZH).¹⁴¹ Zu konkretisieren ist zudem, wie eine angemessene Betreuung zu gewährleisten ist. Da die schädlichen Auswirkungen der Untersuchungshaft eingedämmt werden sollen, muss sich der Vollzug an den fürsorgerischen und erzieherischen Bedürfnissen des Jugendlichen orientieren.¹⁴² Eine angemessene Betreuung beinhaltet beispielsweise, dass mit den Jugendlichen durch geschulte Betreuer, wie z.B. Psychiatern, Gespräche geführt werden, damit Haftschäden und Isolation verhindert werden können.¹⁴³ Zudem sollten die Jugendlichen nicht den ganzen Tag in Einzelhaft verbringen, sondern auch Zeit in der Gemeinschaft bekommen. Dazu gehört auch, dass dem natürlichen Bewegungsdrang der Jugendlichen Rechnung getragen wird, so bspw. durch Sportlektionen.¹⁴⁴ Nicht nur der Kontakt mit Mitinsassen soll garantiert werden, sondern auch die Möglichkeit mit aussenstehenden Bezugspersonen, wie Familie, Freunde und Lehrpersonen zu sprechen.¹⁴⁵ Art. 28 Abs. 2 JStPO schreibt den Behörden vor, dass den Jugendlichen, auf deren Gesuch hin, eine Beschäftigungsmöglichkeit anzubieten ist. Dies wird dadurch beschränkt, dass das Verfahren nicht beeinträchtigt werden darf und die Verhältnisse der Ein-

¹³⁶ AEBERSOLD, N 833.

¹³⁷ RIEDO, N 2044.

¹³⁸ DOUDIN, N 27.

¹³⁹ BAECHTOLD/WEBER/HOSTETTLER, S. 66 f.

¹⁴⁰ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 6 zu Art. 28 JStPO.

¹⁴¹ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 3 zu Art. 28 JStPO.

¹⁴² LANG S. 311; JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 4 zu Art. 28 JStPO.

¹⁴³ MIKOLÁSEK, N 930.

¹⁴⁴ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 4 f. zu Art. 28 JStPO.

¹⁴⁵ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 5 zu Art. 28 JStPO.

richtung oder der Haftanstalt eine solche Aktivität überhaupt zulassen können. Der Gesetzgeber war sich der Problematik bewusst, dass nicht alle Anstalten die Mittel dafür haben, weshalb die Regelung bewusst so offen formuliert wurde.¹⁴⁶ Weiter muss beachtet werden, dass die Jugendlichen oft nur für eine kurze Zeit in Untersuchungshaft genommen werden und deshalb eine zielgerichtete Beschäftigung kaum möglich ist.¹⁴⁷ Art. 28 Abs. 3 JStPO erlaubt es den Behörden auch private Einrichtungen für den Vollzug beiziehen zu können. Der Gesetzgeber wollte hier dem oben genannten Problem des Mangels an geeigneten Institutionen entgegenwirken.¹⁴⁸ In der Realität war der Einbezug von privaten Einrichtungen schon seit langem eine gefestigte Praxis, jedoch fehlte es an einer gesetzlichen Grundlage, was aufgrund des massiven Eingriffs in die Grundrechte höchstproblematisch war.¹⁴⁹ Die sog. Übergangstäter sind nicht mehr als Jugendliche nach Art. 3 Abs. 1 JStG zu betrachten und können deshalb auch mit Erwachsenen inhaftiert werden.¹⁵⁰

3.2.4 Internationale Rechtsquellen

Neben der StPO und der JStPO gibt es noch weitere nationale und internationale Vorgaben oder Standards, welche die Untersuchungshaft in der JStPO prägen. Da in der Schweiz das monistische System gilt, erlangen völkerrechtliche Verträge, welche die Schweiz abgeschlossen hat, innerstaatliche Geltung und werden somit verbindlich.¹⁵¹ Zu beachten ist jedoch, dass auch unverbindliche Empfehlungen einen wichtigen Einfluss auf die nationale Gesetzgebung haben können.¹⁵² Der Fokus liegt dabei auf Verträgen, welche sich explizit auf das Jugendstrafrecht und -verfahren beziehen. Ein wichtiger Vertrag auf internationaler Ebene ist die Kinderrechtskonvention (KRK), welche durch die Schweiz bereits 1997 ratifiziert wurde. Da sie praktisch von allen Staaten weltweit anerkannt worden ist, wird ihr ein wichtiger Stellenwert beigemessen.¹⁵³ Der internationale Ausschuss der KRK kann die Vertragsstaaten bei Missachtung der Normen zwar nicht sanktionieren, aufgrund des hohen Stellenwertes der KRK würde die Reputation eines Landes aber massiv darunter leiden.¹⁵⁴ Zudem sind einzelne Vorschriften in der Schweiz direkt anwendbar.¹⁵⁵ Am 29.11.1985 erliess die UNO-Generalversammlung Minimalstandards über die Jugendstrafrechtspflege, die sog. Beijing Rules (BR). Im Gegensatz zur KRK bilden die Beijing Rules «soft law» und sind somit nicht verbindlich.¹⁵⁶

¹⁴⁶ MIKOLÁSEK, N 932.

¹⁴⁷ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 6 zu Art. 28 JStPO.

¹⁴⁸ BBI 2008 3121 ff., S. 3144.

¹⁴⁹ RIEDO, N 2049.

¹⁵⁰ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 11 zu Art. 28 JStPO.

¹⁵¹ BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER, N 26 zu Kap. 9.

¹⁵² RIEDO, N 323.

¹⁵³ MIKOLÁSEK, N 82.

¹⁵⁴ RIEDO, N 376 f.

¹⁵⁵ AEBERSOLD, N 887.

¹⁵⁶ RIEDO, N 381.

Dennoch haben auch die Beijing Rules einen hohen Stellenwert da sie das gesamte Verfahren, von der Identifizierung des Jugendlichen bis hin zur Reintegration in die Gesellschaft regeln.¹⁵⁷ Weitere Vorschriften sind auch im UNO-Pakt II über die bürgerlichen und politischen Rechte enthalten. So wird z.B. eine strikte Trennung von Jugendlichen und Erwachsenen in der Untersuchungshaft und im Strafvollzug und ein Fokus auf die Wiedereingliederung in die Gesellschaft gefordert.¹⁵⁸ Als letzter internationaler Einfluss soll die Empfehlung REC (2008) 11 des Europarates aufgelistet werden. Wie bereits die Beijing Rules, bildet die Empfehlung «soft law». Sie ist dennoch von praktischer Bedeutung, da sie als wichtiger Orientierungspunkt für eine harmonisierte Jugendstrafpflege in Europa gilt.¹⁵⁹ Einen wichtigen Einfluss, da sie auch direkt anwendbar sind, haben aber auch Art. 5 und 6 EMRK, welche Verfahrensgarantien aufstellen, die auch im Jugendstrafverfahren angewendet werden können.¹⁶⁰ Neben diesen Verträgen gibt es noch eine Vielzahl kleinerer völkerrechtlicher Verträge, wobei hierfür auf die einschlägige Literatur verwiesen wird.¹⁶¹

¹⁵⁷ MIKOLÁSEK, N 95.

¹⁵⁸ AEBERSOLD, N 899.

¹⁵⁹ MIKOLÁSEK, N 142.

¹⁶⁰ RIEDO, N 324 ff.

¹⁶¹ M.w.H. WEIDKUHN, S. 21 ff; AEBERSOLD, N 892 ff.; MIKOLÁSEK, N 89 ff.

4 Mindestalter für die Untersuchungshaft bei Jugendlichen

4.1 Problematik

Wie bereits in Kap. 3.2.1 angetönt, ist es in der Praxis möglich, auch Jugendliche unter 15 Jahren in Untersuchungshaft zu nehmen, was in der Lehre teilweise kritisiert wird.¹⁶² Das Bundesgericht behandelte die wesentlichen Kritikpunkte in einem Grundsatzentscheid und sprach sich für die gängige Praxis aus.¹⁶³ Ob der Entscheid in der Lehre auf Zustimmung gestossen ist, bleibt jedoch unklar, da sich bisher nur wenige auf diesen Entscheid bezogen haben.¹⁶⁴ Zudem handelt es sich bei den zitierten Passagen meist um rein deskriptive Auflistungen der ergangenen Rechtsprechung. Auch AEBERSOLD führt den Entscheid in der Diskussion zwar auf, geht aber nicht weiter darauf ein und beharrt auf seinen Kritikpunkten.¹⁶⁵ Allenfalls könnte hier auch eine Ablehnung des Entscheides hineininterpretiert werden. Da der Entscheid bisher noch nicht in die Lehrmeinungen eingeflossen ist, bietet es sich an, die Praxis anhand des neuen Entscheides erneut zu überprüfen und ganzheitlich zu würdigen. In diesem Kapitel wird deshalb untersucht, wie Art. 212 Abs. 3 StPO die Untersuchungshaft im Jugendstrafprozess nach Art. 27 JStPO beeinflusst und ob die derzeitige Praxis sich mit übergeordnetem Recht vereinbaren lässt.

In einem ersten Schritt werden hierzu die Kritikpunkte der Praxis aufgeführt und die bisherigen Lehrmeinungen zusammengefasst. Danach werden die zentralen Aussagen des Bundesgerichtsentscheids BGE 142 IV 389 aufgeführt. Da bereits bei der Auslegung von Art. 212 Abs. 3 StPO die Meinungen auseinandergehen, wird zuerst Art. 212 Abs. 3 StPO detailliert untersucht, bevor in einem dritten Schritt auf die Anwendbarkeit im Jugendstrafverfahren eingegangen wird. Dabei werden sowohl Art. 212 Abs. 3 StPO als auch zusammenhängende Normen auf Ihre Anwendbarkeit hin überprüft. Zudem wird untersucht wie die Umwandlungssätze des JStG die Auslegung von Art. 212 Abs. 3 StPO beeinflussen. Das gewonnene Resultat wird dann durch die Grundsätze aus Art. 4 JStPO getestet und auf die Konformität mit Art. 31 Abs. 1 BV geprüft. Im letzten Schritt wird der Blick auf die internationalen Vorgaben gerichtet. Zum Schluss erfolgt ein Resümee, welches die wichtigsten Erkenntnisse nochmals zusammenfassen soll.

¹⁶² Siehe Kap. 4.2.1.

¹⁶³ BGE 142 IV 389.

¹⁶⁴ KÜNZLI ET AL., S. 685 f.; HOTTELIER/MARTENET, S. 398; AEBERSOLD, N 831.

¹⁶⁵ AEBERSOLD, N 831.

4.2 Praxis, Lehrmeinungen und abweichende Theorien

4.2.1 Kritik an der Praxis

Ein Argument gegen eine Möglichkeit unter 15-Jährige in Untersuchungshaft zu nehmen, vertreten namentlich QUELOZ und DOUDIN. Da Art. 212 Abs. 3 StPO besagt, dass die Dauer der Untersuchungshaft die angedrohte Strafe nicht überschreiten darf, wäre ein Freiheitsentzug bei unter 15-Jährigen gar nicht möglich. Ein solcher kann nach Art. 25 JStG erst ab dem 15. Lebensjahr angeordnet werden. Da als angedrohte Strafe somit kein Freiheitsentzug in Frage kommt, darf dem beschuldigten Jugendlichen diese auch nicht im Vor- und Untersuchungsverfahren entzogen werden.¹⁶⁶ Diese strikte Umsetzung von Art. 212 Abs. 3 StPO sei notwendig, da gerade bei Minderjährigen die Untersuchungshaft mit Zurückhaltung anzuordnen sei.¹⁶⁷ RIEDO sieht die Problematik bei einer Anwendung von Art. 212 Abs. 3 StPO eher darin, dass aufgrund der geringen Strafmasse eine übermässige Haft bei Jugendlichen öfters eintreten würde und die Praxis somit problematisch sei.¹⁶⁸ Ein anderer Kritikpunkt bezieht sich darauf, ob es allgemein überhaupt erlaubt sein dürfe, junge Jugendliche und Kinder in Untersuchungshaft zu nehmen. Da es sich dabei um Personen handelt, die noch nicht voll schuldfähig und besonders verletzlich sind, ist die Inhaftierung als besonders heikel zu sehen.¹⁶⁹ AEBERSOLD hingegen vermisst eine ausdrückliche gesetzliche Regelung und bemängelt, dass weder eine Mindestaltersgrenze, noch eine maximale Haftdauer im Gesetz enthalten sind. Eine solche Haftbegrenzung war in der Botschaft aus dem Jahre 1998 zur Änderung des StGB noch enthalten, wurde später aber nicht ins Gesetz aufgenommen.¹⁷⁰ Das Fehlen einer Maximaldauer könnte allenfalls auch internationale Kritik nach sich ziehen.¹⁷¹ So lasse sich die Inhaftierung von unter 15-Jährigen kaum mit Vorgaben des internationalen Rechtes in Einklang bringen.¹⁷² QUELOZ selbst bezweifelt jedoch, dass eine solche strikte Anwendung von Art. 212 Abs. 3 StPO vom Gesetzgeber so beabsichtigt war und schlussfolgert, dass hier eine Gesetzeslücke vorliegt.¹⁷³ Bedenken äussern die Autoren wie aufgezeigt wurde, zudem nicht nur in Hinblick auf Art. 212 Abs. 3 StPO sondern aufgrund von Verstössen gegen internationale Vorgaben oder aus psychologischen und soziologischen Überlegungen. Die Kritik an der gängigen Praxis bezieht sich meist aber auf gewisse Teilaspekte, eine umfassende Prüfung fehlt.

¹⁶⁶ QUELOZ, FP 2011, N 162 ff.

¹⁶⁷ DOUDIN, N 53.

¹⁶⁸ RIEDO, N 1991 f.

¹⁶⁹ MIKOLÁSEK, N 920.

¹⁷⁰ AEBERSOLD, N 830.

¹⁷¹ WEIDKUHN, N 214.

¹⁷² RIEDO, N 1979.

¹⁷³ QUELOZ, FP 2011, N 162 ff.

4.2.2 Übersicht der Lehrmeinungen

Das Fehlen einer Altersbeschränkung für die Untersuchungshaft wurde in der Lehre bisher nicht eingehend behandelt. Tatsächlich liegt nach herrschender Lehre und der gängigen Praxis kein Mindestalter für die Untersuchungshaft vor.¹⁷⁴ Erstaunlicherweise wird diese Praxis kaum hinterfragt. Es wird bspw. lediglich darauf verwiesen, dass es kein Mindestalter für die Untersuchungshaft gibt.¹⁷⁵ Andere Autoren erwähnen ein mögliches Mindestalter gar nicht erst, würdigen das Alter der Jugendlichen aber auf andere Weise. Es gilt der Grundsatz, dass eher auf eine Inhaftierung zu verzichten resp. die Dauer einer Inhaftierung zu verkürzen sei, je jünger die Person ist.¹⁷⁶ Zudem soll der fachgerechten Betreuung und dem Unterbringungs-ort besondere Beachtung zukommen.¹⁷⁷ Die Untersuchungshaft wird vor allem bei Jugendlichen als heikel angesehen, welche noch nicht voll schulfähig und deshalb auch besonders verletzlich sind.¹⁷⁸ Dies gilt für Jugendliche unter 15 Jahren umso mehr, da die Fähigkeit zur eigenständigen Auseinandersetzung mit Recht und Ordnung nach dem kognitiv-entwicklungstheoretischen Ansatz von KOHLBERG erst im Laufe der Adoleszenz entwickelt wird.¹⁷⁹ Solche Stufenmodelle sind bei Jugendlichen trotz einer gewissen Aussagekraft aber mit Vorsicht zu geniessen, da die Entwicklungsphasen weitaus komplexer sind. So überlappen sich gewisse Entwicklungsphasen und können von Kind zu Kind unterschiedlich ablaufen.¹⁸⁰ Die Beurteilung der Verhältnismässigkeit soll sich zudem wie im Erwachsenenstrafrecht an der Schwere des Delikts sowie der in Aussicht stehenden, auf die Erziehung und Fürsorge ausgerichteten, Sanktion beziehen.¹⁸¹ Ein konkretes Mindestalter ist für die meisten Autoren somit kein Thema. Ob eine solche Grenze stillschweigend abgelehnt wird oder z.B. der Einfluss von Art. 212 Abs. 3 StPO schlicht übersehen wurde, muss offengelassen werden.

4.2.3 Bundesgerichtliche Rechtsprechung

Der Bundesgerichtsentscheid BGE 142 IV 389 ist für die Lösung der vorliegenden Problematik zentral, da das Urteil im Wesentlichen alle wichtigen Erkenntnisse aus der Lehre miteinbezieht und zum Schluss einen klaren Entscheid trifft. Das Bundesgericht hatte in einem Fall über die Zulässigkeit der Untersuchungshaft für einen jugendlichen Verdächtigen unter 15 Jahren zu entscheiden. Dieser wurde am 10. Dezember 2013 verhaftet, da er anlässlich einer Befragung zugegeben hatte, an früheren Einbruchsdiebstählen beteiligt gewesen zu sein. Bereits nach

¹⁷⁴ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 6 zu Art. 27 JStPO; JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 13 zu Art. 27 JStPO; BGE 142 IV 389; RIEDO, N 1979.

¹⁷⁵ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 13 zu Art. 27 JStPO.

¹⁷⁶ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 3 zu Art. 27 JStPO.; HUG, S. 226; RIEDO, N 1979.

¹⁷⁷ HUG, S. 226.

¹⁷⁸ MIKOLÁSEK, N 920.

¹⁷⁹ ALTHOF, S. 26 ff.

¹⁸⁰ AEBERSOLD, N 118.

¹⁸¹ LANG, S 237.

einem Tag in der vorläufigen Haft wurde die Untersuchungshaft angeordnet, um weitere Abklärungen zu treffen. Am 12. Dezember 2013 wurde die Untersuchungshaft durch das Zwangsmassnahmengericht bis zum 12. Januar 2014 erstreckt. Die Beschwerden gegen diesen Entscheid wurden allesamt abgelehnt. Am 23. September 2015 hat X seine Beschwerde in Strafsachen beim Bundesgericht eingereicht. Dabei sollte unter anderem die Unrechtmässigkeit seiner Haft festgestellt, sowie eine Entschädigung ausgesprochen werden.¹⁸² Die Beschwerdeführer kritisierte die folgenden Punkte: (1) Es mangle im Lichte von Art. 31 Abs. 1 BV an einer gesetzlichen Grundlage, welche für diese schwere Einschränkung der persönlichen Freiheit als Grundlage dienen könnte. (2) Art. 212 Abs. 3 StPO statuiere i.V.m. Art. 3 Abs. 2 JStPO und Art. 25 JStG ein Mindestalter für die Untersuchungshaft. (3) Sollte Art. 212 Abs. 3 StPO nicht anwendbar sein, würden die direkt anwendbaren Art. 5 Abs. 3 EMRK sowie Art. 10 Abs. 2, Art. 31 Abs. 3 und Art. 36 Abs. 2 und 3 BV eine Untersuchungshaft bei unter fünfzehn Jährigen verbieten. (4) Des Weiteren verstosse die Untersuchungshaft in solchen Fällen gegen Art. 37 lit. b KRK, die Beijing-Regeln, die Havanna-Regeln, sowie gegen das von den Vereinten Nationen herausgegebene Modell eines Gesetzes über die Jugendgerichtsbarkeit aus Wien.¹⁸³ Das Bundesgericht prüfte an erster Stelle, ob das Fehlen einer Altersgrenze in Art. 27 JStPO eine Gesetzeslücke darstellt oder als qualifiziertes Schweigen zu bewerten ist. Hierzu legte es den Gesetzestext aus und prüfte Art. 27 JStPO im Hinblick auf die Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 BV. Das Bundesgericht kommt relativ schnell zur Erkenntnis, dass es sich bei der fehlenden Mindestalter-Bestimmung um ein qualifiziertes Schweigen handeln muss. Aus diesem qualifizierten Schweigen heraus schliesst das Bundesgericht dann auf die Zulässigkeit der Untersuchungshaft bei unter 15-Jährigen.¹⁸⁴ Der Wortlaut ist klar und unzweideutig, womit aufgrund des klar verankerten Verhältnismässigkeitsprinzips eine genügende Rechtsgrundlage i.S.v. Art. 31 Abs. 1 BV besteht. Zudem ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang des Jugendstrafrechts, dass wenn der Gesetzgeber unter 15-Jährige hätte von der Untersuchungshaft ausschliessen wollen, er dies ausdrücklich erwähnt hätte.¹⁸⁵ Auch die Materialien lassen keine weiteren Schlüsse zu, da sie sich zu dieser Frage nicht äussern.¹⁸⁶ Bei der Auslegung nicht berücksichtigt wurde hingegen das teleologische Element. An zweiter Stelle prüfte das Bundesgericht den Zusammenhang mit Art. 212 Abs. 3 StPO. Zwar sei Art. 212 Abs. 3 StPO im Jugendstrafverfahren anwendbar, jedoch nicht in der Art und Weise wie bspw. QUELOZ argumentiere. So muss die Untersuchungshaft nicht nur auf Freiheitsstrafen, sondern auch auf Massnahmen angerechnet werden. Da stationäre Massnahmen auch bei

¹⁸² BGE 142 IV 389 Sachverhalt S. 390 ff.

¹⁸³ BGE 142 IV 389 E. 1.1 ff. S. 392 ff.; Zur Argumentation von Queloz siehe Kap. 4.2.1.

¹⁸⁴ KÜNZLI ET AL., S. 685 f.

¹⁸⁵ BGE 142 IV 389 E. 4.3.3 S. 398.

¹⁸⁶ BGE 142 IV 389 E. 4.2 S. 396.

unter 15-Jährigen angeordnet werden dürfen, statuiere Art. 212 Abs. 3 StPO keine Untergrenze für die Untersuchungshaft.¹⁸⁷ In einem kurzen und knapp begründeten Absatz schmettert das Bundesgericht zum Schluss noch die Argumentation bezüglich der Verletzung von internationalen Vorschriften ab. Einerseits würden die meisten internationalen Vorschriften keinen verbindlichen Charakter haben und andererseits würden diese ohnehin nur umschreiben, was in der Schweiz bereits gang und gäbe sei.¹⁸⁸ Das Bundesgericht bezieht sich dabei auf die Praxis, nach welcher die Untersuchungshaft bei Jugendlichen nur ausnahmsweise und als «ultima ratio» angeordnet werden dürfe, sowie verhältnismässig sein müsse.¹⁸⁹

4.3 Art. 212 Abs. 3 StPO im Erwachsenenstrafverfahren

4.3.1 Bedeutung von Art. 212 Abs. 3 StPO

Art. 212 Abs. 3 StPO besagt, dass die Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht länger dauern dürfen, als die zu erwartende Freiheitsstrafe. Selbst bei Vorliegen aller Voraussetzungen muss die Haft aufgehoben werden, wenn sie in grosse Nähe der konkret zu erwartenden Freiheitsstrafe rückt.¹⁹⁰ Diese Maximalgrenze der Untersuchungs- und Sicherheitshaft ist ein Ausfluss des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, womit eine sog. Überhaft verhindert werden soll. Denn ist der grösste Teil der Freiheitsstrafe schon verbüsst, so überwiegt das Interesse der inhaftierten Person an ihrer persönlichen Freiheit gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse des Staates.¹⁹¹ Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung wird die zu erwartende Freiheitsstrafe anhand des konkreten Einzelfalles bewertet.¹⁹² Die urteilende Instanz muss dabei eine objektive Prognose erstellen, darf das eigentliche Strafverfahren damit aber nicht vorwegnehmen.¹⁹³ Diese Maximalbegrenzung bedeutet allerdings nicht, dass die Haft in jedem Falle so lange andauern darf. Vor allem das Beschleunigungsgebot hält die Strafverfolgungsbehörden dazu an, eine Person nicht länger festzuhalten, als es unbedingt notwendig ist.¹⁹⁴ Eine übermässige Haft verletzt zudem auch die verfahrensrechtlichen Garantien aus Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK.¹⁹⁵ Die desbeschuldigte Person kann nach Art. 431 Abs. 1 StPO eine angemessene Entschädigung und Genugtuung verlangen, sollte sie unverhältnismässig lange festgehalten worden sein.¹⁹⁶ Sowohl der italienische als auch der französische Gesetzestext stimmen mit dem deutschen Text überein und lassen auf kein anderes Verständnis von Art. 212 Abs. 3 StPO schliessen. Dennoch lässt Art. 212 Abs. 3 StPO entgegen dem Wortlaut auch

¹⁸⁷ BGE 142 IV 389 E. 4.3.4 S. 398 f.

¹⁸⁸ HOTTELIER/MARTENET, S. 398; BGE 142 IV 389 E. 4.4 S. 399.

¹⁸⁹ Siehe Kap. 4.2.2.

¹⁹⁰ BGE 133 I 281 E. 3.4.2 S. 281; WEDER, Komm StPO 2014, N 16 zu Art. 212 StPO.

¹⁹¹ ALBERTINI/ARMBRUSTER, BSK StPO, N 12 zu Art. 212 StPO.

¹⁹² BGE 132 I 21 E. 4.1 S. 27 f.; BGE 133 I 270 E. 3.4.2 S. 281.

¹⁹³ ALBERTINI/ARMBRUSTER, BSK StPO, N 13 zu Art. 212 StPO.

¹⁹⁴ ALBERTINI/ARMBRUSTER, BSK StPO, N 16 zu Art. 212 StPO.

¹⁹⁵ BGE 133 I 270 E. 3.4.2 S. 282.

¹⁹⁶ RIKLIN, N 3 zu Art. 212 StPO.

eine Anrechnung an bedingten oder teilbedingten Freiheitsstrafen zu.¹⁹⁷ Doch auch andere Sanktionen wie die Geldstrafe oder die gemeinnützige Arbeit können miteinberechnet werden.¹⁹⁸ Diesem Umstand muss dann aber bei der Prüfung des Verhältnismässigkeitsprinzips ein besonderes Augenmerk zukommen.¹⁹⁹ Die Bemessung der Überhaft erfolgt nach Art. 431 Abs. 3 lit. a StPO, wobei sich aus dieser Norm ergibt, dass die Anrechnung von anderen Strafen als der Freiheitsstrafe nach den Umwandlungssätzen von Art. 35, 36, 39 und 106 StGB zu erfolgen hat.²⁰⁰ Art. 431 StPO regelt den Entschädigungsanspruch, welcher sich aus einer rechtswidrigen Zwangsmassnahme ergibt. Abs. 2 führt aus, dass die Entschädigung bei der Untersuchungshaft erfüllt ist, wenn diese übermässig lange angedauert hat und nicht an die wegen anderer Straftaten ausgesprochenen Sanktionen angerechnet werden kann. Welche Sanktionen hierbei darunterfallen, wird in Abs. 3 näher erläutert.²⁰¹ Art. 431 Abs. 3 StPO führt in lit. a bspw. Geldstrafen, die gemeinnützige Arbeit sowie die Bussen auf. In lit. b ist zudem die bedingte Haft aufgeführt, welche wie oben bereits erläutert, auch bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit miteinbezogen wird. Art. 36 Abs 1 StGB regelt die Ersatzfreiheitsstrafe, welche angeordnet werden darf, wenn der Verurteilte die Geldstrafe nicht bezahlt und diese auch per Betreibung nicht einziehbar ist.²⁰² Ein Tagessatz entspricht dabei einem Tag Freiheitsentzug.²⁰³ Die gleiche Umwandlungsmöglichkeit gibt es auch für die gemeinnützige Arbeit. Leistet der Verurteilte trotz vorzeitiger Mahnung die auferlegte Leistung nicht, kann diese in eine Geld- oder Freiheitsstrafe umgewandelt werden.²⁰⁴ Art. 51 StGB besagt, dass die abgessene Untersuchungshaft an die Strafe angerechnet wird. Ein Tag Haft entspricht dabei einem Tagessatz Geldstrafe oder vier Stunden gemeinnütziger Arbeit. Die Untersuchungshaft i.S.v. Art. 51 StGB umfasst nach Art. 110 Abs. 7 StGB jegliche Form von Freiheitsentzug.²⁰⁵ Art. 106 Abs. 2 StGB wiederum bezieht sich auf die Möglichkeit Bussen bei schuldhaftem Nichtbezahlen in Ersatzfreiheitsstrafen umzuwandeln. Schuldhaft bedeutet hierbei, dass sich die finanziellen Verhältnisse des Verurteilten ohne sein Verschulden nicht drastisch verschlechtert hätten.²⁰⁶

¹⁹⁷ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 196.

¹⁹⁸ SCHMID, N 10 zu Art. 212 StPO.

¹⁹⁹ WEDER, Komm StPO 2014, N 22 zu Art. 212 StPO.

²⁰⁰ SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, N 6 zu Art. 431 StPO.

²⁰¹ WEHRENBURG/FRANK, BSK StPO, N 22 zu Art. 431 StPO.

²⁰² DOLGE, BSK StGB, N 10 zu Art. 36 StGB.

²⁰³ TRECHSEL/KELLER, N 2 zu Art. 36 StGB.

²⁰⁴ BRÄGGER, BSK-StGB, N 1 zu Art. 39 StGB.

²⁰⁵ METTLER/SPICHTIN, BSK-StGB, N 13 ff. zu Art. 51 StGB.

²⁰⁶ HEIMGARTNER, BSK-StGB, N 17 zu Art. 106 StGB.

4.3.2 Anrechnung von Massnahmen

Es stellt sich nun die Frage, ob auch Massnahmen bei der Berechnung der Untersuchungshaft miteinbezogen werden dürfen. Das Bundesgericht tat sich mit dieser Frage ausgesprochen schwer und liess diese in einem früheren Entscheid zuerst offen.²⁰⁷ In einem späteren Entscheid, auf welchen sich auch der oben ausführlich diskutierte Entscheid stützte, ging sie dann direkt auf die Kritik ein.²⁰⁸ Das Bundesgericht rückte den Wortlaut in den Vordergrund und hob hervor, dass in Art. 431 Abs. 2 StPO nicht etwa von Strafen, sondern von Sanktionen gesprochen werde. Unter Sanktionen werden sowohl Strafen als auch Massnahmen verstanden.²⁰⁹ Ausserdem ging das Bundesgericht auf den Massnahmenzweck ein und zeigte auf, dass es sich bei stationären Massnahmen nach Art. 59 StGB eigentlich auch um einen Freiheitsentzug zum Schutze der Allgemeinheit handle. So wird gerade bei der stationären Massnahme auf die Gefährlichkeit des Täters abgestellt, womit der Täter ähnlich der Untersuchungs- und Sicherungshaft gesichert werden soll. Wenn von einem Täter somit die Gefahr ausgeht, dass er weitere Delikte verüben wird, ist die stationäre Massnahme letztlich auch nur ein Freiheitsentzug zum Schutze der Allgemeinheit.²¹⁰ Nach WEHRENBURG/FRANK ist eine solche Ausdehnung über den Wortlaut hinaus abzulehnen. Dies aufgrund des unterschiedlichen Ziels der Massnahme. So habe die Massnahme nicht primär den Freiheitsentzug als Ziel, sondern die Behandlung des Täters sowie den Schutz der Bevölkerung. Zudem richtet sich die Dauer einer Massnahme nicht nach einer vordefinierten Zeit, sondern nach der Erreichung des Massnahmenziels, womit eine Anrechnung keinen Sinn mehr ergibt.²¹¹ Aus der Botschaft ergibt sich jedoch tatsächlich die Absicht, auch freiheitsentziehende Massnahmen darunter zu subsumieren und der Rechtsprechung bei der Anrechnung einen Ermessensspielraum zu erteilen.²¹² Wie nun eine Anrechnung von Massnahmen konkret erfolgen muss, hat der Gesetzgeber bewusst offen gelassen und er überlässt es der Rechtsprechung, im Einzelfall eine angemessene Lösung zu finden.²¹³ Auch in der Lehre erhält die Argumentation des Bundesgerichtes sowie der historische Wille des Gesetzgebers Zuspruch.²¹⁴ Art. 212 Abs. 3 StPO umfasst somit auch andere Strafen als die Freiheitsstrafe und darüber hinaus sogar Massnahmen. Bei den Sanktionen müssen hierbei die Umwandlungssätze beachtet werden, während bei Massnahmen die Umrechnung im Ermessen der Rechtsprechung liegt.

²⁰⁷ BGer 6B_297/2013, E. 3.

²⁰⁸ Siehe Kap. 4.2.3.

²⁰⁹ BGE 141 IV 236, E. 3.6.

²¹⁰ BGE 141 IV 236, E. 3.7 f.

²¹¹ WEHRENBURG/FRANK, BSK StPO, N 30b zu Art. 431 StPO.

²¹² BBI 2006 1085 ff. S. 1330; GRIESSER, Kommentar StPO 2014, N 11 zu Art. 431 StPO.

²¹³ Schmid, Handbuch, N 1828; BBI 2006 1085 ff. S. 1330.

²¹⁴ GRIESSER, Kommentar StPO 2014, N 11 zu Art. 431 StPO; Schmid, Handbuch, N 1828.

4.4 Art. 212 Abs. 3 StPO im Jugendstrafverfahren

4.4.1 Anwendbarkeit nach Art. 3 JStPO

Im folgenden Unterkapitel wird untersucht, ob Art. 212 Abs. 3 StPO im Jugendstrafverfahren überhaupt anwendbar ist. Daneben muss zusätzlich geprüft werden, ob die mit Art. 212 Abs. 3 StPO zusammenhängenden Normen auch zur Anwendung gelangen. Wie bereits erläutert, sind bestimmte Bestimmungen aus der StPO nicht im Jugendstrafverfahren anwendbar. Dies entweder aus dem Grund, dass die JStPO zu dieser Sache eine eigene Regelung enthält (Art. 3 Abs. 1 JStPO) oder die Bestimmung im Katalog von Art. 3 Abs. 2 JStPO ausdrücklich von der Anwendung ausgeschlossen wird.²¹⁵ Art. 212 Abs. 3 StPO ist nicht in der Aufzählung aus Art. 3 Abs. 2 JStPO enthalten, weshalb nur noch geprüft werden muss, ob die JStPO allenfalls eine eigene Bestimmung zur Beschränkung der Untersuchungshaft enthält. Es lässt sich aber keine Norm finden, die die Regelung aus Art. 212 Abs. 3 StPO bestätigt oder Änderungen statuiert. Nach Art. 3 JStPO ist Art. 212 Abs. 3 StPO somit grundsätzlich anwendbar, sie muss zu einem späteren Zeitpunkt aber nach den Grundsätzen von Art. 4 JStPO ausgelegt werden. Betreffend Art. 36 Abs. 1, Art. 39 Abs. 2, Art. 51 und Art. 106 Abs. 2 StGB muss gesondert geprüft werden, ob diese nach dem JStG überhaupt im Jugendstrafrecht Anwendung finden können. Auch das JStG ist ein Spezialgesetz und führt in Art. 1 Abs. 2 JStG alle anwendbaren StGB Normen auf.²¹⁶ Diese Liste ist abschliessend, womit alle nicht erwähnten Bestimmungen im Jugendstrafrecht nicht anwendbar sind.²¹⁷ Nach Art. 1 Abs. 3 JStG sind die Grundsätze nach Art. 2 JStG bei der Anwendung der StGB Normen zu beachten. Darunter fallen der Schutz und die Erziehung des Jugendlichen, die Lebens- und Familienverhältnisse sowie die Entwicklung seiner Persönlichkeit (Alter und Entwicklungsstand).²¹⁸ Sowohl die Umwandlungssätze nach Art. 36 Abs. 1 und Art. 39 Abs. 2 als auch Art. 106 Abs. 2 StGB werden in Art. 1 Abs. 2 JStG nicht aufgeführt und sind somit nicht anwendbar. Zwar sind die meisten strafbaren Verhaltensweisen auch auf Jugendliche anwendbar,²¹⁹ die oben genannten Normen befinden sich jedoch im Strafenkatalog oder bei den Übertretungen des Allgemeinen Teils des StGB. Das Jugendstrafrecht kennt hinsichtlich der Strafen und Massnahmen aber einen eigenen Katalog samt Umwandlungsmöglichkeiten, weshalb die oben genannten Normen nicht in Art. 1 Abs. 2 JStG enthalten sind.²²⁰ So sieht zum Beispiel Art. 24 Abs. 5 JStG die Umwandlung von Geldstrafen zu Freiheitsstrafen vor, dies jedoch unter der Voraussetzung, dass der Jugendliche das 15. Altersjahr vollendet hat. Das gleiche gilt bei der Umwandlung der persönli-

²¹⁵ Siehe Kap. 3.1.1.

²¹⁶ RIEDO, N 1979.

²¹⁷ GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, BSK StGB, N 8 zu Art. 1 JStG.

²¹⁸ RIEDO, N 421 f.

²¹⁹ AEBERSOLD, N 334.

²²⁰ GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, BSK StGB, N 7 zu Art. 1 JStG.

chen Leistung in einen Freiheitsentzug, welcher in Art. 23 Abs. 6 lit. b JStG geregelt ist. Gewisse Sanktionen können somit nur gegenüber Jugendlichen verhängt werden, welche das 15. Altersjahr vollendet haben.²²¹ Von den in Kap. 4.3.1 genannten Normen zur Umwandlung von Strafen ist einzig Art. 51 StGB in Art. 1 Abs. 2 JStG enthalten. Art. 51 StGB besagt nur, wie die Untersuchungshaft an eine Strafe anzurechnen ist.²²² Geprüft werden muss noch, ob Art. 431 StPO im Jugendstrafverfahren anwendbar ist. Art. 431 Abs. 3 StPO kommt nicht im Katalog von Art. 3 Abs. 2 JStPO vor. Die JStPO regelt die Entschädigungsfolge aus einer übermässigen Haft zudem nicht selbständig, womit Art. 431 StPO im Jugendstrafverfahren angewendet werden kann.²²³

4.4.2 Einfluss der Umwandlungssätze des JStG

Nachfolgend wird untersucht, welche Wirkung Art. 212 Abs. 3 StPO in Verbindung mit den Umwandlungssätzen des JStG entfaltet. Wie bereits erörtert worden ist, umfasst Art. 431 Abs. 2 StPO auch Massnahmen, weshalb diese bei der Beurteilung nach Art. 212 Abs. 3 StPO berücksichtigt werden müssen.²²⁴ Es wird nun geprüft, ob diese den Umwandlungssätzen des JStG entgegenstehen. Dabei ist zu beachten, dass die nachfolgenden Überlegungen ohne Einbezug der Grundsätze des Jugendstrafrechtes aus Art. 4 JStPO angestellt werden. Mit diesem Schritt soll verhindert werden, dass die Anwendung von Normen leichtfertig durch die Grundsätze aus Art. 4 JStPO untersagt wird und dass unhaltbare Normenkonflikte vorab eruiert werden können. Massnahmen sind im JStG in Art. 12 ff. enthalten und umfassen sowohl ambulante als auch stationäre Massnahmen.²²⁵ Massgebend bei der Anordnung von Schutzmassnahmen ist dabei nicht primär das Alter des betroffenen Jugendlichen sondern der voraussichtliche Erfolg einer Massnahme.²²⁶ Dem Bundesgericht ist somit zuzustimmen, wenn es ein Mindestalter von 15 Jahren, aufgrund der Möglichkeit einem Jugendlichen eine stationäre Massnahme zu verschreiben, ablehnt.²²⁷ Für diese Interpretation spricht unter anderem auch die Ausgestaltung des Sanktionensystems im JStG als dualistisch-vikariierendes System. So kann der Richter sowohl eine Massnahme als auch eine Strafe anordnen, wobei die Strafe, falls noch nötig, erst nach der Massnahme vollzogen wird.²²⁸ «Erwartet» werden kann, um den Wortlaut von Art. 212 Abs. 3 StPO hervorzuheben, somit nicht nur eine Strafe sondern gegebenenfalls auch eine freiheitsentziehende Massnahme. Rein aus dem systematischen Kontext betrachtet, kann die Untersuchungshaft somit auch bei unter 15-Jährigen angeordnet werden. Nach der Meinung des Autors könnte alternativ zu den vorherigen Argumentationen

²²¹ GÜRBER/HUG/SCHLÄFLI, BSK StGB, N 4 zu Art. 1 JStG.

²²² METTLER/SPICHTIN, BSK-StGB, N 35 ff. zu Art. 51 StGB.

²²³ RIEDO, N 2554.

²²⁴ Siehe Kap. 4.3.2.

²²⁵ AEBERSOLD, N 411.

²²⁶ RIEDO, N 628.

²²⁷ BGE 142 IV 389 E. 4.3.4 S. 398 f.

²²⁸ RIEDO, N 571.

wie folgt vorgegangen werden. Es ist fraglich, welchen Einfluss die Umwandlungsmöglichkeiten im Strafen und Massnahmenkatalog jeweils auf die Bemessung der Untersuchungshaft nach Art. 212 Abs. 3 StPO haben können. Der Untersuchungshaft als Zwangsmassnahme kommt nämlich nicht der Charakter einer Strafe zu. Es geht darum, die Verfahrensziele zu sichern und nicht die verdächtige Person, für welche die Unschuldsvermutung gilt, zu bestrafen.²²⁹ Es handelt sich somit um zwei verschiedene Arten von Freiheitsentzügen. Es müsste an diesem Punkt rein systematisch unterschieden werden, ob sich die Umwandlungsmöglichkeiten auf die Strafe selbst beziehen oder ob diese als Umwandlungssätze bei der Beurteilung einer möglichen Überhaft herbeigezogen werden. Gleicher Meinung war auch die Staatsanwaltschaft des Kantons Genf, als sie in ihrer Stellungnahme geltend machte, dass sich Art. 212 Abs. 3 StPO eben auf die Zwangsmassnahmen beziehe und nicht im Hinblick auf die Sanktionen auszulegen sei.²³⁰ Art. 212 Abs. 3 StPO spricht zwar von der zu erwartenden Freiheitsstrafe, was auf einen Zusammenhang mit den Strafmassen hindeuten könnte. Wie aber in Kap. 4.3 aufgezeigt wurde, ist diese Norm i.S.v. Art. 431 Abs. 3 StPO auszulegen, welche sich einzig auf die Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Haft bezieht. Auch der Gesetzgeber bezeichnete in den Erläuterungen zu Art. 212 Abs. 3 StPO die Art. 35, 36, 39 und 106 StGB als Umwandlungssätze und nicht als Umwandlungsmöglichkeiten.²³¹ Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass die Untersuchungshaft nur bei Strafen zu tragen kommt, die auch in eine Freiheitsstrafe umgewandelt werden könnten, hätte er es an dieser Stelle erwähnt. Für diese Argumentation spricht zudem, dass im Gegensatz zu den oben genannten Umwandlungssätzen die Umwandlungsmöglichkeiten im Strafenkatalog des JStG nicht als Umwandlungssätze beigezogen werden könne. So ist das Ermessen der Behörden bei der Strafzumessung wesentlich grösser als im Erwachsenenstrafrecht, da sie keine genauen Umwandlungssätze beinhalten.²³² Der Gesetzgeber hat bewusst auf eine genaue Regelung verzichtet, um den unterschiedlichen persönlichen Verhältnisse der Jugendlichen gerecht zu werden.²³³ Da diese Regelungen jedoch so ungenau sind, können sie aus Gründen der Rechtssicherheit nicht mehr als Umwandlungssätze verwendet werden. Nach hier vertretener Meinung ist ein Zusammenhang zwischen den Sanktionierungsmöglichkeiten im Jugendstrafrecht und Art. 212 Abs. 3 StPO deshalb zu verneinen und alleine i.V.m. Art. 431 Abs. 3 StPO zu bemessen. Im Endeffekt führt diese Argumentation aber zum gleichen Resultat wie die Lösung des Bundesgerichtes: Art. 212 Abs. 3 StPO führt nicht zu einem Verbot der Untersuchungshaft bei unter 15-Jährigen.

²²⁹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 181.

²³⁰ BGE 142 IV 389 E. 3 S. 394.

²³¹ BBI 2006 1085 ff., S. 1330.

²³² RIEDO, N 962 ff.

²³³ BBI 1999 1979 ff., S. 2249.

4.5 Übereinstimmung mit nationalen und internationalen Vorgaben

4.5.1 Vereinbarkeit mit den Grundsätzen nach Art. 4 JStPO

Nachdem aufgezeigt werden konnte, dass Art. 212 Abs. 3 StPO kein Mindestalter für die Anordnung der Untersuchungshaft statuiert, stellt sich die nachfolgende Frage, ob diese Regelung auch mit Art. 4 i.V.m. Art. 3 Abs. 3 JStPO im Einklang steht. Bereits in Kap. 3.1.2 wurden die Grundsätze der JStPO ausführlich erläutert, weshalb nur noch auf die wichtigsten Punkte eingegangen wird. Art. 4 Abs. 1 JStPO stellt den Schutzgedanken und die Erziehung des Jugendlichen in den Vordergrund. So soll der Jugendliche im Strafverfahren z.B. vor den schädlichen Auswirkungen von Zwangsmassnahmen geschützt werden.²³⁴ Das bedeutet aber nicht, dass eine Zwangsmassnahme aufgrund dieses Grundsatzes nicht angeordnet werden darf. Es geht darum, die negativen Auswirkungen, welche während den Zwangsmassnahmen auftreten, zu minimieren.²³⁵ Die JStPO wird jedoch beiden Aspekten gerecht. In Art. 28 JStPO sind einerseits Vorschriften enthalten, welche gerade solche negativen Auswirkungen vermindern sollen.²³⁶ Andererseits wird die Untersuchungshaft aufgrund des in Art. 27 Abs. 1 JStPO aufgeführten «ultima ratio» Prinzips nicht leichtfertig angeordnet. Jegliche Massnahme kommt hierbei in Betracht, wobei neben den in Art. 237 – 240 StPO vorgesehenen Massnahmen auch andere Möglichkeiten in Frage kommen.²³⁷ Aufgrund dieser Einschränkungen wird die Untersuchungshaft bei Jugendlichen auch verhältnismässig selten angeordnet. Im Jahre 2012 waren von 2051 Untersuchungshäftlingen schweizweit nur gerade 30 davon noch nicht volljährig.²³⁸ In der Zeit von 2007 – 2010 betrug die durchschnittliche Dauer der Untersuchungshaft 21 Tage, der Median lag dabei bei 8 Tagen.²³⁹ Art. 4 Abs. 3 JStPO schreibt vor, dass nicht mehr als nötig in das Privatleben der Jugendlichen eingegriffen werden soll. Wie bereits in Kap. 3.1.2 richtet sich dieser Leitgedanke daran aus, dass der staatliche Eingriff auf das Notwendige beschränkt wird und die Privatsphäre des Jugendlichen sowie das Sorgerecht der Eltern beachtet wird.²⁴⁰ Auch diesem Grundsatz wird bereits mit dem «ultima ratio» Prinzip genüge getan. Bei der Anordnung der Untersuchungshaft gilt bereits ein erhöhtes Verhältnismässigkeitsprinzip, weshalb die Voraussetzung des «Eingriffs aufs Notwendige» bereits erfüllt wird.²⁴¹ Hier schliesst sich der Autor zudem der Lehrmeinung an, dass je jünger die Person ist, desto eher auf eine Inhaftierung zu verzichten resp. die Dauer zu verkürzen ist.²⁴² Auch nach den Grundsätzen aus Art. 4 JStPO lassen sich keine Barrieren finden, welche eine Anordnung

²³⁴ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 3 zu Art. 4 JStPO.

²³⁵ BBI 2006 1085 ff., S. 1355.

²³⁶ Siehe Kap. 3.2.3.

²³⁷ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 2 zu Art. 27 JStPO.

²³⁸ RIEDO, N 1980.

²³⁹ URWYLER/NETT, S. 132.

²⁴⁰ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 19 zur Einleitung JStPO.

²⁴¹ MIKOLÁSEK, N 920.

²⁴² HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 3 zu Art. 27 JStPO; RIEDO, N. 1979; HUG, S. 226.

der Untersuchungshaft bei unter 15 Jährigen verhindern würden. Nach hier vertretener Meinung würde ein Anordnungsverbot der Untersuchungshaft für unter 15-Jährige erstens eine zu starre Linie darstellen, welche dem dynamischen Jugendstrafrecht nicht gerecht werden würde. Zweitens könnte somit dem jeweiligen individuellen Entwicklungsstand des Jugendlichen keine Rechnung getragen werden und drittens würde die Strafverfolgung unter Umständen erheblich erschwert werden.

4.5.2 Konformität mit Art. 31 Abs. 1 BV

Im ausführlich erörterten Bundesgerichtsentscheid bemängelte der Beschwerdeführer, dass Art. 27 JStPO den Anforderungen aus Art. 31 Abs. 1 BV nicht genügen würde.²⁴³ Art. 31 Abs. 1 BV besagt, dass die Freiheit einer Person nur in dem vom Gesetz vorgesehenen Fällen und nur auf die im Gesetz vorgeschriebenen Weise entzogen werden darf. Die Grundlage muss zudem ausreichend bestimmt formuliert sein.²⁴⁴ Dies bedeutet, dass der Rechtssatz so formuliert sein muss, dass ein Bürger sein Verhalten danach richten kann und auch die Folgen des Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.²⁴⁵ Art. 27 JStPO ist unmissverständlich formuliert. Es geht klar daraus hervor, dass die Untersuchungshaft nur als «ultima ratio» angewendet werden darf und dass die Haft vor einem Haftrichter überprüft werden kann.²⁴⁶ Art. 27 JStPO ist somit genügend bestimmt, auch wenn nicht explizit erwähnt wird, dass auch unter 15-Jährige inhaftiert werden können. Einzig bezüglich der Maximaldauer scheint Art. 27 JStPO unklar zu sein.²⁴⁷ Definiert wird die Maximaldauer zwar über Art. 212 Abs. 3 StPO, doch eine eigentliche Regelung der maximalen Haftdauer ist nicht vorhanden. Es ist RIEDO beizupflichten, wenn er sich fragt, inwiefern jemand bei der oftmals geringen Strafandrohung überhaupt in Untersuchungshaft genommen werden kann.²⁴⁸ Dies scheint in der Tat unklar zu sein. Mit Blick auf die oben genannten Zahlen zur Dauer der Untersuchungshaft und der Häufigkeit der Inhaftierung scheint die Problematik nicht so gravierend zu sein. Bei geringfügigeren Vergehen und Verbrechen werden zudem auch mildere Ersatzmassnahmen ausreichen, um die Verfahrensziele zu sichern, weshalb eine Untersuchungshaft gar nicht erst angeordnet wird. Die Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 BV sind somit erfüllt.

²⁴³ BGE 142 IV 389, E. 1.1 S. 392.

²⁴⁴ EHRENZELLER, BV-Kommentar, Art. 31 N 5.

²⁴⁵ HÄFELIN/HALLER/KELLER, Bundesstaatsrecht, N 308.

²⁴⁶ BGE 142 IV 389 E. 4.3.3 S. 398.

²⁴⁷ WEIDKUHN, S. 214.

²⁴⁸ RIEDO, N 1992.

4.5.3 Übereinstimmung mit internationalen Vorgaben

Es konnte kein Widerspruch im nationalen Recht gefunden werden, weshalb nun die internationalen Vorgaben geprüft werden. Neben den verbindlichen internationalen Verträgen wird auch das «soft law» miteinbezogen, da dieses trotz fehlender Durchsetzbarkeit einen grossen Einfluss auf die nationalen Gesetzgebungen hat.²⁴⁹ An erster Stelle werden die Beijing Rules näher untersucht. Die BR regeln das Ermittlungs- und Untersuchungsverfahren im zweiten Teil des Regelwerkes. Die BR verlangen dabei in Art. 13.1 BR, dass die Untersuchungshaft nur als letzte Möglichkeit und möglichst von kurzer Dauer angeordnet werden soll. Dies entspricht dem «ultima ratio» Prinzip aus Art. 27 Abs. 1 JStPO.²⁵⁰ Ein allfälliges Mindestalter ist auch dem dazugehörenden Kommentar nicht zu entnehmen.²⁵¹ Auch die Kinderrechtskonvention enthält in Art. 37 Best. b die Vorschrift, dass eine Freiheitsentziehung bei einem Kind nur als letztes Mittel und nur für die kürzeste angemessene Zeit angewendet werden darf. In den Mindestgrundsätzen der Vereinten Nationen zum Schutze inhaftierter Jugendlicher vom 14. Dez. 1990 werden die Mitgliedsstaaten in Art. 11 lit. a JDL zudem aufgefordert, ein Mindestalter für den Freiheitsentzug von Jugendlichen festzulegen.²⁵² Im «Model Law on juvenile justice» setzen die Vereinten Nationen die Untergrenze in Art. 3.2.-17 bei 15 Jahren fest. Das Bundesgericht prüfte dieses Modellgesetz im Grundsatzentscheid, bewertete es aber als «soft law» und lehnte es als Rechtsgrundlage deshalb ab.²⁵³ In einer Sitzung des Kinderrechtsausschusses vom 9. Oktober 2002 äusserte das Aufsichtskomitee der KRK Bedenken gegenüber der Rechtslage in den Vereinigten Königreichen und Nordirland, wo eine Inhaftierung von 12-Jährigen theoretisch möglich ist.²⁵⁴ Obwohl sich der Ausschluss auf den Freiheitsentzug als Sanktion bezog, könnte das tiefe Mindestalter von zehn Jahren in der Schweiz somit die Kritik des Ausschusses nach sich ziehen.²⁵⁵ Angerufen werden kann der Ausschuss mit einer Individualbeschwerde jedoch nicht und Sanktionen hat der betroffene Vertragsstaat auch nicht zu befürchten.²⁵⁶ Zudem ist es fraglich, ob ein Beschluss eines Komitees eines nicht verbindlichen Staatsvertrages eine zwingende Wirkung entfalten kann, obwohl im eigentlichen Vertrag kein Mindestalter für die Untersuchungshaft enthalten ist. Auch die Empfehlung des Europarates REC (2008) 11 und der der UNO-Pakt II enthalten kein Mindestalter für die Untersuchungshaft. Im Endergebnis liegt somit kein Verstoss gegen internationale Vorgaben vor, da die erwähnten Mindestalter in keinem verbindlichen völkerrechtlichen Übereinkommen zu finden sind.

²⁴⁹ Siehe Kap. 3.2.4.

²⁵⁰ MIKOLÁSEK, N 101.

²⁵¹ A/Res/40/33, S. 12.

²⁵² WEIDKUHN, S. 33.

²⁵³ BGE 142 IV 389 E. 4.4 S. 399.

²⁵⁴ CRC/C/15/Add.188, N 59.

²⁵⁵ WEIDKUHN, S. 214.

²⁵⁶ RIEDO, N 376 f.

4.6 Fazit

In diesem Kapitel wurde untersucht, inwiefern Art. 212 Abs. 3 StPO die Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren beeinflusst und ob die gängige Praxis sich auch mit übergeordnetem Recht vereinbaren lässt. Nachdem die verschiedenen Lehrmeinungen und der Grundsatzentscheid des Bundesgerichtes vorgestellt wurden, musste zuerst Art. 212 Abs. 3 StPO genau ausgelegt werden. Dabei konnte aufgezeigt werden, dass eben nicht nur erweiterte Freiheitsstrafen umfasst werden, sondern auch andere Sanktionen wie die Geldstrafe oder die persönliche Leistung berücksichtigt werden müssen. Darüber hinaus ist es sogar möglich, die Untersuchungshaft auf Massnahmen anzurechnen. Da Art. 212 Abs. 3 StPO im Jugendstrafverfahren direkt anwendbar ist, gilt dies auch für die Untersuchungshaft nach Art. 27 JStPO. Gestützt wird diese Argumentation zudem durch die Konzeption des JStG als dualistisch-vikariierendes System, welches eine Kombination von Strafen und Massnahmen erlaubt. Diese Punkte sprechen gegen das Verständnis von Art. 212 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 25 JStG, wonach kein Freiheitsentzug unter 15 Jahren möglich wäre. Alternativ könnte nach hier vertretener Meinung auch von Beginn an eine klare Trennlinie zwischen Umwandlungsmöglichkeiten der realen Strafe sowie Umwandlungssätzen bei der Beurteilung der Untersuchungshaft gezogen werden. Da die Untersuchungshaft keine Strafe ist, ist es fraglich, ob die Umwandlungsmöglichkeiten aus dem Strafen und Massnahmenkatalog überhaupt eine Wirkung auf Art. 212 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 27 JStPO entfalten können. Art. 212 Abs. 3 StPO soll nur anhand von Art. 431 Abs. 3 StPO bemessen werden. Geprüft wurde zudem, ob diese Praxis sich auch mit übergeordnetem Recht und den Grundsätzen des Jugendstrafprozesses vereinbaren lässt. Es konnte aufgezeigt werden, dass die Grundsätze nach Art. 4 JStPO genügend umgesetzt werden und mit Art. 27 JStPO auch eine genügende Rechtsgrundlage für den Freiheitsentzug besteht. Im Hinblick auf internationale Vorgaben präsentiert sich die Situation so, dass die meisten Normen tatsächlich nur das «ultima ratio» Prinzip hervorheben und kein eigentliches Mindestalter für die Untersuchungshaft vorschreiben. Einzig im Modellgesetz der Vereinten Nationen, dem «Model Law on juvenile justice» lässt sich eine Beschränkung beim Alter von 15 Jahren auffinden. Da dieses jedoch im «soft law» angesiedelt ist, entfaltet es keine zwingende Wirkung. Somit hält die Praxis, dass Jugendliche unter 15 Jahren inhaftiert werden können, auch im Hinblick auf die verbindlichen völkerrechtlichen Vorgaben stand.

5 Anordnungsbefugnis der Untersuchungsbehörde im Jugendstrafrecht

5.1 Einführung

Laut Art. 26 Abs. 1 lit. b JStPO ist es im Jugendstrafverfahren die Untersuchungsbehörde, welche die Untersuchungshaft anordnet. Dies nach Art. 27 Abs. 2 JStPO bis zu einer Dauer von sieben Tagen.²⁵⁷ Somit unterscheidet sich die JStPO vom Erwachsenenstrafrecht, in welchem das Zwangsmassnahmengericht für die Anordnung der Untersuchungshaft zuständig ist.²⁵⁸ Das Bundesgericht musste sich bereits mit der Frage beschäftigen, ob diese Grundsatzregelung mit den Grundrechten der BV sowie der EMRK im Einklang steht. Es hat diese Regelung in einem älteren Grundsatzentscheid zwar als grundrechtskonform bewertet, jedoch einige Bedenken dazu geäussert.²⁵⁹ Auch in der Lehre wird dieser Umstand rege diskutiert.²⁶⁰ So kritisiert z.B. AEBERSOLD, dass Jugendliche durch diese Regelung in der Untersuchungshaft wesentlich schlechter gestellt werden als Erwachsene.²⁶¹ Wie nachfolgend aufgezeigt wird, liegt er mit dieser Meinung nicht alleine. In diesem Kapitel wird deshalb die Frage behandelt, ob Jugendliche tatsächlich schlechter gestellt werden als Erwachsenen und wenn ja, ob sich diese unterschiedliche Behandlung von Jugendlichen sich allenfalls rechtfertigen lässt.

Zur Beantwortung dieser Frage wird zuerst vertieft betrachtet, welche Grundrechte überhaupt auf das Anordnungsverfahren einwirken. In einem zweiten Schritt wird untersucht, wie diese Grundrechte bezüglich der Untersuchungshaft im Jugendstrafverfahren zu berücksichtigen sind. Im Fokus stehen dabei das Beschleunigungsgebot nach Art. 5 StPO sowie das Recht auf eine unverzügliche richterliche Überprüfung nach Art. 31 Abs. 3 BV. In einem zweiten Schritt wird dann untersucht, wie die Grundrechte bezüglich der Untersuchungshaft im Jugendstrafprozess umgesetzt werden. Zudem wird geprüft, ob sich die unterschiedliche Behandlung von Jugendlichen allenfalls durch die Eigenheiten des Jugendstrafrechts rechtfertigen lassen. Die Anordnungsbefugnis der Jugendanwaltschaft wird abschliessend noch im Hinblick auf die internationalen Vorgaben bewertet. Insbesondere wird geprüft wie Art. 5 EMRK die Untersuchungshaft bei Jugendlichen regelt. Abschliessend werden noch weitere internationale Vorschriften miteinbezogen, bevor zum Schluss ein Fazit erfolgt, welches die wichtigsten Ergebnisse nochmals aufführt.

²⁵⁷ Siehe Kap. 3.2.1.

²⁵⁸ RIEDO, N 1994.

²⁵⁹ BGE 121 I 208.

²⁶⁰ RIEDO, N 1999 ff.; ENGEL, S. 32; Aebersold, N 821 ff; MIKOLÁSEK, N 955 ff.

²⁶¹ AEBERSOLD, N 822.

5.2 Einfluss der Grundrechte auf das Anordnungsverfahren

5.2.1 Überblick über die relevanten Grundrechte

Im Folgenden wird erörtert, welche Grundrechte bei der Anordnung der Untersuchungshaft beachtet werden müssen. Wird eine Untersuchungshaft angeordnet und somit der betroffenen Person die Freiheit entzogen, tangiert dies das persönliche Recht auf Freiheit nach Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 31 BV.²⁶² Art. 31 BV enthält dabei Verfahrensgarantien, welche vor allem Schutz vor ungerechtfertigten Freiheitsentzügen bieten sollen.²⁶³ Bereits in Kap. 4.5.2 wurde erläutert, welche Voraussetzungen nach Art. 31 Abs. 1 BV in Bezug auf eine genügende gesetzliche Grundlage erfüllt sein müssen. Ein Rechtssatz muss so formuliert werden, dass ein Bürger sein Verhalten danach richten kann und die Folgen seines Verhaltens mit einem den Umständen entsprechenden Grad an Gewissheit erkennen kann.²⁶⁴ Abs. 2 besagt, dass jede Person, welcher die Freiheit entzogen wird, einen Anspruch darauf hat, unverzüglich über die Gründe des Freiheitsentzugs und ihre Rechte unterrichtet zu werden. Die Informations- und Belehrungspflicht haben eine zentrale Bedeutung, da sie gewährleisten, dass die betroffene Person ihre Rechte überhaupt kennt und auch geltend machen kann.²⁶⁵ In Art. 29 Abs. 1 BV ist das Recht jeder Person enthalten, eine Beurteilung innert angemessener Frist zu erhalten, wobei Art. 31 Abs. 3 BV das Beschleunigungsgebot für Freiheitsentzüge enthält.²⁶⁶ Art. 31 Abs. 3 Satz 1 BV besagt, dass jede Person, die in Untersuchungshaft genommen wird, Anspruch darauf hat unverzüglich einem Richter vorgeführt zu werden. Jede Person hat zudem das Recht auf ein Urteil innert angemessener Frist. Nach Art. 31 Abs. 4 BV hat die inhaftierte Person zudem das Recht, jederzeit ein Gericht anrufen zu können, wenn die Freiheit nicht von einem Gericht entzogen wurde. Art. 31 Abs. 4 BV umfasst somit einen weiteren Bereich als Art. 31 Abs. 3 BV und gilt auch für den polizeilichen Gewahrsam.²⁶⁷ Zwar erfolgt die Grundrechtsprüfung seit Einführung der EMRK primär durch Art. 5 EMRK.²⁶⁸ Eine Prüfung der Verfahrensgarantien aus der Bundesverfassung drängt sich dennoch auf, da Art. 31 zwar an Art. 5 EMRK angelehnt ist, parallel dazu aber eigenständige Geltung entfaltet.²⁶⁹ Art. 5 EMRK wird zu einem späteren Zeitpunkt miteinbezogen.²⁷⁰

²⁶² DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 185.

²⁶³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 352.

²⁶⁴ Siehe Kap. 4.5.2.

²⁶⁵ VEST, SG-Komm BV, N 20 zu Art. 31 BV.

²⁶⁶ WALDMANN, BSK BV, N 26 f. zu art. 29 BV.

²⁶⁷ BGE 136 I 87 E. 6.5.2 S. 108; HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 863a.

²⁶⁸ SCHÜRMAN, BSK BV, N 1 zu Art. 31 BV.

²⁶⁹ VEST, SG-Komm BV, N 2 zu Art. 31 BV.

²⁷⁰ Siehe Kap. 5.4.1.

5.2.2 Gebot der Verfahrensbeschleunigung

In diesem Kapitel wird das Gebot der Verfahrensbeschleunigung näher erläutert. Das Beschleunigungsgebot nach Art. 5 Abs. 1 StPO konkretisiert das Grundrecht aus Art. 29 Abs. 1 BV welches besagt, dass die beschuldigte Person Anspruch auf gleiche und gerechte Behandlung, sowie auf Beurteilung innert angemessener Frist hat. Daraus ergibt sich ein Verbot der Rechtsverzögerung, welches durch verfahrensspezifische Normen konkretisiert werden muss.²⁷¹ Art. 5 Abs. 1 StPO besagt, dass das Strafverfahren unverzüglich bearbeitet und ohne unbegründete Verzögerungen zum Abschluss gebracht werden muss. Das Beschleunigungsgebot beginnt ab dem Zeitpunkt, ab dem die beschuldigte Person Kenntnis vom Verfahren erhält und dauert bis zur Zustellung des letztinstanzlichen Urteils an.²⁷² Ob eine Verletzung des Gebots vorliegt, ist jeweils im Einzelfall zu bewerten.²⁷³ So müssen verschiedene Faktoren, wie z.B. die Komplexität des Verfahrens bei der Beurteilung miteinbezogen werden.²⁷⁴ Weitere relevante Kriterien zur Beurteilung der Haftdauer sind zudem das Verhalten der beschuldigten Person sowie das Verhalten der Behörden.²⁷⁵ Wird ein Verfahren verschleppt, kann dies zudem als ultima ratio bei schwerwiegenden Verstössen dazu führen, dass auf eine Strafe verzichtet oder ein Verfahren sogar gänzlich eingestellt wird.²⁷⁶ Des Weiteren kann ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot auch bloss förmlich festgestellt oder bei der Strafzumessung berücksichtigt werden.²⁷⁷ Das Beschleunigungsgebot hat noch weitere zusätzliche Ziele. So soll die Wahrheitsfindung der Strafverfolgungsbehörde erleichtert werden, da im Laufe der Zeit Beweise verschwinden, Sachverhalte nicht mehr nachvollziehbar sind und Zeugen sich z.B. schlechter erinnern können. Zudem dient ein schnelles Verfahren einer verstärkten General- und Spezialprävention.²⁷⁸ Das Beschleunigungsgebot darf aber nicht dazu führen, dass Behörden nicht mehr die gleiche Sorgfalt walten lassen sollen oder sogar andere Grundsätze in den Hintergrund gedrängt bzw. missachtet werden.²⁷⁹ Die Behörden werden einzig dazu angehalten, dass Verfahren angemessen rasch voran zu treiben.²⁸⁰ Das Beschleunigungsgebot steht somit in einem gewissen Konflikt zu anderen Verfahrensprinzipien und Grundrechten.²⁸¹

²⁷¹ STEINMANN, SG-Komm BV, N 22 f. zu Art. 29 BV.

²⁷² SUMMERS, BSK StPO, N 2 zu Art. 5 StPO.

²⁷³ RIEDO, N 1469 ff.

²⁷⁴ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 40 f.

²⁷⁵ SUMMERS, BSK StPO, N 9 ff. zu Art. 5 StPO.

²⁷⁶ RIEDO, N 1474 ff.

²⁷⁷ STEINMANN, SG-Komm BV, N 26 zu Art. 29 BV.

²⁷⁸ MIKOLÁSEK, N 273.

²⁷⁹ AEBERSOLD, N 713.

²⁸⁰ SUMMERS, BSK StPO, N 1 zu Art. 5 StPO.

²⁸¹ MIKOLÁSEK, N 294.

5.2.3 Recht auf unmittelbare Vorführung und Urteil innert angemessener Frist

Art. 31 Abs. 3 BV gibt der Person das Recht auf unverzügliche Vorführung bei einem Richter. Zudem hat jede Person nach Abs. 3 Satz 3 das Recht auf ein Urteil innert angemessener Frist. Im Unterschied zu den anderen Absätzen bezieht sich Abs. 3 explizit nur auf die Untersuchungshaft.²⁸² Hier kommt zur Geltung, dass die Freiheit bei Personen in der Untersuchungshaft besonders gefährdet ist.²⁸³ Abs. 3 enthält diverse Teilaspekte, welche nachfolgend erläutert werden. Die betroffene Person hat Anspruch auf eine unverzügliche Vorführung vor einem Haftrichter und nicht etwa vor einer zur Wahrung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person.²⁸⁴ Dies bedeutet, dass der Haftrichter über die gleiche institutionelle Unabhängigkeit wie ein ordentliches Gericht verfügen muss.²⁸⁵ Der Richter hat dabei seine Unabhängigkeit gegenüber anderen Staatsgewalten und Behörden zu wahren.²⁸⁶ Auch das Bundesgericht hat diese Anforderung bestätigt und fordert eine strikte Trennung zwischen Staatsanwaltschaft und den Zwangsmassnahmengerichten.²⁸⁷ Art. 31 Abs. 3 Satz 1 BV schreibt vor, dass die Person unverzüglich vorgeführt werden muss. Unverzüglich bedeutet, dass die Anhörung zu Beginn der Haft zu erfolgen hat, während nachfolgende Anrufungsrechte unter Art. 31 Abs. 4 BV fallen.²⁸⁸ Das Bundesgericht erachtet 48 Stunden zwischen Festnahme und Anhörung als Maximalfrist, obwohl dies keine starre Grenze bilden soll, sondern im Einzelfall aufgrund aller massgeblichen Umstände zu bewerten ist.²⁸⁹ Zu Beginn der Haft bedeutet hingegen nicht, dass die Person das Recht auf eine vorgängige Anhörung bei einem Gericht hat.²⁹⁰ In Art. 31 Abs. 3 Satz 2 StPO wird das Beschleunigungsgebot nochmals hervorgehoben. Was ein Urteil innert angemessener Frist ist, muss jeweils anhand der Komplexität des Falles und aufgrund der zu erwartenden Freiheitsstrafe bewertet werden.²⁹¹ Zu präzisieren ist zudem, auf welches Urteil sich Art. 31 Abs. 3 Satz 3 BV bezieht. Tatsächlich ist damit das Urteil des Sachrichters gemeint und nicht das Urteil des Zwangsmassnahmengerichtes. Dieses muss sich aber an das oben genannte Beschleunigungsgebot halten, welches sich aus Art. 29 Abs. 1 BV und Art. 5 Abs. 2 StPO ergibt.²⁹²

²⁸² VEST, SG-Komm BV, N 29 zu Art. 31 BV.

²⁸³ SCHÜRMAN, BSK BV, N 29 zu Art. 31 BV.

²⁸⁴ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 862.

²⁸⁵ MÜLLER/SCHEFER, N 101 f.

²⁸⁶ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 65.

²⁸⁷ BGE 131 I 66 E. 4.3 S. 68 f.; BGE 131 I 436 E. 1.3 440.

²⁸⁸ SCHÜRMAN, BSK BV, N 36 f. zu Art. 31 BV.

²⁸⁹ BGE 137 IV 92 E. 3.1 S. 96.

²⁹⁰ SCHÜRMAN, BSK BV, N 37 zu Art. 31 BV.

²⁹¹ VEST, SG-Komm BV, N 35 zu Art. 31 BV.

²⁹² SCHÜRMAN, BSK BV, N 38 zu Art. 31 BV.

5.3 Beachtung der Grundrechte im Jugendstraftprozess

5.3.1 Verschärftes Beschleunigungsgebot

Dem Beschleunigungsgebot kommt im Jugendstrafrecht eine besondere Bedeutung zu, wobei dieses Gebot im Haftverfahren besonders beachtet werden muss.²⁹³ So muss die Staatsanwaltschaft die Untersuchungshaft bei Erwachsenen nach Art. 224 Abs. 2 StPO innerhalb 48 Stunden nach der Festnahme beim Zwangsmassnahmengericht beantragen. Wie bereits im Erwachsenenstrafrecht erscheint es aufgrund der Spezialprävention im Sinne einer erzieherischen Massregelung als bedeutend, dass eine Strafe in kurzer Zeit auf das zu sanktionierende Verhalten folgt. Denn mit der Zeit verringert sich auch deren erzieherische Effekt.²⁹⁴ Das Zeitverständnis ist bei Jugendlichen und Kindern anders ausgeprägt wie bei Erwachsenen. Kinder und Jugendliche leben gewissermassen in der Gegenwart.²⁹⁵ Erfolgt die Sanktion erst nach mehreren Monaten, besteht die Gefahr, dass die betroffenen Jugendlichen keine Verbindung mehr zum sanktionierten Verhalten herstellen können.²⁹⁶ Der Jugendliche wird dann kaum lernen, die Tat nicht mehr zu begehen, womit die positive Spezialprävention jegliche Wirkung verliert.²⁹⁷ Die Neutralisierungstheorie von SYKES und MATZA besagt, dass Jugendliche versuchen, ihre Taten mit sog. Neutralisationstechniken zu verdrängen, um die damit zusammenhängenden Schuldgefühle in den Hintergrund zu schieben.²⁹⁸ Bei einem verzögerten Verfahren besteht dann die Gefahr, dass sich dieses sogar kontraproduktiv auf die Entwicklung des Jugendlichen auswirkt. Einerseits lernt der Jugendliche durch die fehlende Sanktionierung, dass das Delikt nicht geahndet wird und wird es somit eher wieder begehen. Andererseits fühlt sich der Jugendliche durch den fehlenden Konnex zur Straftat selbst ungerecht behandelt und sieht sich eher in der Opfer- als der Täterrolle.²⁹⁹ Das gleiche gilt für die Eltern des betroffenen Jugendlichen. Schreiten die Behörden erst verspätet ein, kann sich der gleiche Effekt bei den Eltern zeigen, womit die negative Haltung der Eltern das Kind zusätzlich beeinflusst.³⁰⁰ Des Weiteren ist zu beachten, dass sich Jugendliche in einer ständigen Entwicklung befinden und ein ungewisser Ausgang eines laufenden Strafverfahrens diese hemmen kann.³⁰¹ Dabei ist zum Beispiel an die Lehrstellensuche oder bei der Auswahl einer weiterführenden Schule zu denken. Das Beschleunigungsgebot ist bei der Untersuchungshaft umso mehr zu beachten, da diese einen grossen Einschnitt in die Freiheit des Jugendlichen darstellt und ihn unter Umständen sehr belastet.³⁰² Die Dauer der Untersuchungshaft ist zudem nicht von Beginn weg

²⁹³ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 862a.

²⁹⁴ MIKOLÁSEK, N 283 f.

²⁹⁵ GIRSBERGER, S. 124.

²⁹⁶ AEBERSOLD, N 714.

²⁹⁷ MIKOLÁSEK, N 286.

²⁹⁸ SYKES/MATZA, S. 664 ff.

²⁹⁹ MIKOLÁSEK, N 287.

³⁰⁰ GIRSBERGER, S. 125.

³⁰¹ MIKOLÁSEK, N 288.

³⁰² GIRSBERGER, N 125.

zeitlich festgelegt. Der ungewisse Ausgang führt beim Inhaftierten zu einem ständigen Schwanken zwischen Furcht und Hoffnung, was bei Jugendlichen mehr noch als bei Erwachsenen psychische Schäden oder Affekthandlungen hervorrufen kann. Vor allem bei psychisch labile Personen kann die Untersuchungshaft zu schweren Depressionen und zu einer dauerhaften Störung der seelischen Entwicklung führen.³⁰³ Die Dauer der Untersuchungshaft sollte deshalb möglichst kurz gehalten werden. Kritisiert wird teilweise, dass die JStPO trotz der genannten Faktoren kein konkret aufgeführtes verschärftes Beschleunigungsgebot gegenüber dem Erwachsenenstrafrecht enthält. So hätte dieses angesichts der lang andauernden Verfahren noch explizit verschärft werden müssen.³⁰⁴ Ein Blick auf die Statistik zeigt jedoch, dass im Jahre 2011 über 50% der Fälle innert 3 Monaten, und ein Viertel aller Fälle innert 3 – 6 Monaten erledigt wurden. Weniger als 5% der Fälle zogen sich mehr als ein Jahr hin.³⁰⁵ RIEDO schliesst daraus, dass in der Schweiz grundsätzlich kein Handlungsbedarf diesbezüglich bestehe.³⁰⁶

5.3.2 Fehlende unmittelbare richterliche Anhörung

Wie bereits oben erläutert, bereitet der Umgang mit Art. 31 Abs. 3 BV im Jugendstrafverfahren Schwierigkeiten. Im Erwachsenenstrafrecht ist eine unverzügliche Vorführung im Sinne von Art. 31 Abs. 3 Satz 1 BV bereits durch Art. 224 Abs. 2 StPO erfüllt. So muss die Untersuchungsbehörde die Untersuchungshaft innert 48h beim Zwangsmassnahmengericht beantragen. Das Zwangsmassnahmengericht erfüllt zudem über die nötige institutionelle Unabhängigkeit. Es ist weder gebunden an die Anträge der Staatsanwaltschaft, noch besteht eine Personalunion zwischen der Untersuchungsbehörde und dem Zwangsmassnahmengericht.³⁰⁷ Die Informationspflicht der Strafverfolgungsbehörde nach Art. 31 Abs. 2 BV wird in der StPO z.B. in Art. 158 Abs. 1 Bst. a StPO umgesetzt.³⁰⁸ So wird die Person bei der ersten Einvernahme auf ihre Rechte sowie den Grund der Eröffnung des Verfahrens hingewiesen. Zudem hat die beschuldigte Person nach Art. 159 Abs. 1 BV das Recht, dass ihre Verteidigung anwesend ist und Fragen stellen kann. Die StPO geht hier sogar über Art. 6 Ziff. 1 und Ziff. 3 lit. c EMRK hinaus, welche einen Kontakt mit der Verteidigung erst bei der Freiheitsbeschränkung vorschreibt.³⁰⁹ Da sich Art. 31 Abs. 3 BV auf jede Person bezieht, muss dieses Grundrecht auch für minderjährige Beschuldigte gelten.³¹⁰ Art. 26 Abs. 1 lit. b JStPO gibt der Untersuchungsbehörde die Befugnis, auch die Untersuchungshaft anordnen zu können. Im Gegensatz zu den Erwachsenen muss die Strafverfolgungsbehörde nicht innert kurzer Frist ein Gesuch an das

³⁰³ LANG, S. 112 f.

³⁰⁴ AEBERSOLD, N 741.

³⁰⁵ RIEDO, N 1473.

³⁰⁶ RIEDO, N 1472.

³⁰⁷ Siehe Kap. 5.2.3.

³⁰⁸ VEST, SG-Komm BV, N 20 f. zu Art. 31 BV.

³⁰⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 352.

³¹⁰ SCHÜRMAN, BSK BV, N 32 zu Art. 31 BV.

Zwangsmassnahmengericht stellen, sondern kann nach 48 Stunden in eigenem Ermessen die Untersuchungshaft bis hin zu sieben Tagen anordnen.³¹¹ Da die Untersuchungsbehörde gleichzeitig auch die urteilende Behörde ist, kann nicht mehr von einer unabhängigen richterlichen Instanz gesprochen werden, womit vom Verbot der Personalunion abgewichen wird. Eine richterliche Überprüfung, wie sie in Art. 31 Abs. 3 BV vorgeschrieben wird, findet somit erst nach sieben Tagen, resp. unter Umständen erst neun Tage nach der Inhaftierung des Jugendlichen statt. Noch nicht eingerechnet ist hier zudem die Entscheidungsfrist des Gerichtes von zusätzlichen 48 Stunden.³¹² In dieser Zeit befindet sich der Jugendliche noch immer in Haft, weshalb sich die Haftzeit bis zu 11 Tage hin erstreckt. Eine unverzügliche Vorführung innert 48 Stunden, die das Bundesgericht als genügend erachtet hatte, kann somit nicht gewährleistet werden.³¹³ Rein systematisch betrachtet, sind beide Teilaspekte aus Art. 31 Abs. 3 Satz 1 BV nicht erfüllt. Sowohl eine Trennung von Untersuchungsbehörde und urteilende Instanz als auch das Erfordernis der «unverzöglichen» Vorführung können nicht gewährleistet werden. Jugendliche werden aus rein systematischer Sicht also schlechter gestellt als Erwachsene.

5.3.3 Rechtfertigungsgründe für eine unterschiedliche Behandlung

In diesem Unterkapitel soll untersucht werden, ob sich die Schlechterstellung von Jugendlichen gegenüber Erwachsenen allenfalls durch die Eigenheiten des Jugendstrafrechts rechtfertigen lässt. Ein Argument für diese Regelung ist, dass die Behörden die persönlichen Verhältnisse des Jugendlichen sowie den Fall am besten kennen würden und deshalb auch besser geeignet seien einen Entscheid bez. der Untersuchungshaft zu Fällen, als dies bei einem Zwangsmassnahmengericht der Fall wäre.³¹⁴ So soll der Jugendliche von juristisch und psychologisch versierten Personen beurteilt werden, welche sich bereits mit dem Fall befasst haben und eine fachgerechte Betreuung sicherstellen können. Es soll vermieden werden, dass der Jugendliche sich vor «fremden» nicht spezialisierten Richtern verantworten muss.³¹⁵ Der Gesetzgeber argumentierte zudem, dass es gerade die Untersuchungsbehörde sei, welche sich vor allen anderen Aufgaben dazu verpflichte, die Kinder und Jugendlichen, deren Freiheit und Rechte zu schützen.³¹⁶ Der Kanton Aargau liess in einer Stellungnahme sogar verlauten, dass der Moment der Anordnung der Untersuchungshaft ein wichtiger Moment sei, der besondere pädagogische Chancen ermögliche.³¹⁷ Nach hier vertretener Meinung ist dieser Auffassung aber strikte zu widersprechen. Der Sinn einer Untersuchungshaft liegt darin, Beweise

³¹¹ Siehe Kap. 3.2.1.

³¹² Siehe Kap. 2.2.2.

³¹³ BGE 137 IV 92 E. 3.1 S. 96.

³¹⁴ LANG 267 f; MIKOLÁSEK, N 958.

³¹⁵ BGE 121 I 208 E. 4b.

³¹⁶ Begleitbericht VE JStPO, N 75.

³¹⁷ AEBERSOLD, N 829.

und die beschuldigte Person zu sichern und somit die Vorverfahrensziele zu erreichen.³¹⁸ Pädagogische Überlegungen sollten bezüglich der Anordnung der Untersuchungshaft keine Rolle spielen.³¹⁹ Es ist deshalb AEBERSOLD zuzustimmen, wenn er die Befürchtung äussert, dass die Untersuchungshaft dann bereits als Ersatzstrafe missbraucht werden könnte.³²⁰ Das Argument der Beziehungskontinuität wird teilweise kritisiert. So bestehe die Gefahr, dass eine Anordnung durch die Untersuchungsbehörde dem Vertrauensverhältnis zwischen Behörden und dem beschuldigten Jugendlichen schaden und den Widerstand des Jugendlichen verstärken könnte.³²¹ Interessanterweise schien es früher genau umgekehrt zu sein. So wurde es als Mangel empfunden, wenn die Untersuchungsbehörde nicht für die Anordnung der Untersuchungshaft zuständig war.³²² Im Gesamten spricht die Spezialisierung der Untersuchungsbehörden nach hier vertretener Meinung für die Zuständigkeit der Untersuchungsbehörde. Beachtet werden muss zudem, dass die Fristen aufgrund des Beschleunigungsgebotes wohl nur in Ausnahmefällen völlig ausgeschöpft werden dürfen. Dauert die Untersuchungshaft zu lange, würde dies wiederum den Zielen des Verfahrens entgegenwirken, welche das Beschleunigungsgebot zu gewährleisten versucht.³²³ Man könnte nun argumentieren, dass eine Überprüfung der Haft nach Art. 31 Abs. 3 BV somit eigentlich gewährleistet wird, da der Jugendliche nach Art. 39 Abs. 2 lit. d JStPO gegen den Entschied der Untersuchungsbehörde Beschwerde erheben kann. Zusätzlich kann er auch jederzeit ein Gesuch auf Haftentlassung nach Art. 27 Abs. 4 JStPO stellen.³²⁴ Die Beschwerde ist dabei beim spezialisierten Zwangsmassnahmengericht zu erheben.³²⁵ Für Beschwerden nach Art. 397 StPO bestehen aber keine Erledigungsfristen, womit ein Entscheid wohl kaum innert kurzer Zeit gefällt wird.³²⁶ Wie oben aufgezeigt, fällt das Anrufungsrecht aus Art. 27 Abs. 4 JStPO zudem unter Art. 31 Abs. 4 BV.³²⁷ Dieses Verfahren kann sich nach den Fristen aus Art. 228 StPO aber bis zu 11 Tage hinziehen. Beide Möglichkeiten bringen somit keine wesentliche Beschleunigung ins Verfahren. Nach hier vertretener Meinung kann es zudem nicht im Sinne von Art. 31 Abs. 3 BV sein, dass eine inhaftierte Person im Untersuchungsverfahren zuerst einen Antrag stellen muss, damit sie überhaupt in den Genuss eines gerichtlichen Überprüfungsverfahrens kommt. Eine richterliche Haftprüfung muss automatisch, also von Amtes wegen erfolgen.³²⁸ Fakt ist somit, Jugendliche werden tatsächlich schlechter gestellt als Erwachsene. Die unterschiedliche Behandlung stützt sich primär auf die Spezialität des Jugendstrafverfahrens. Hierbei wird aber ausgeblendet,

³¹⁸ Siehe Kap. 2.1.

³¹⁹ HUG, S. 226.

³²⁰ AEBERSOLD, N 829.

³²¹ ENGEL, N 33.

³²² LANG 267; GIRSBERGER, S. 127.

³²³ Siehe Kap. 5.3.1.

³²⁴ HUG/SCHLÄFLI, BSK StPO, N 7 zu Art. 27 JStPO.

³²⁵ MIKOLÁSEK, N 1049.

³²⁶ ENGEL, N 32.

³²⁷ Siehe Kap. 5.2.1.

³²⁸ MÜLLER/SCHEFER, S. 101.

dass keine verfassungsmässige Grundlage für eine solche Differenzierung besteht. Es scheint problematisch, dass sich die unterschiedliche Behandlung von Jugendlichen nur auf die Grundsätze des Jugendstrafverfahrens stützt, jedoch keine verfassungsrechtliche Grundlage für eine Abweichung von Art. 31 Abs. 3 BV besteht. Auch das Bundesgericht äusserte hierzu Bedenken.³²⁹ Nach hier vertretener Meinung ist den kritischen Stimmen aus der Lehre beizupflichten, wenn sie diesen Umstand als Mangel empfinden, obwohl eine unterschiedliche Behandlung aufgrund der Spezialität des Jugendstrafrechtes gerechtfertigt erscheint.

5.4 Vereinbarkeit mit internationalem Recht und Standards

5.4.1 EMRK Vorschriften

Art. 5 Abs. 1 EMRK enthält eine abschliessende Liste von Gründen, auf welche eine Freiheitsentziehung gestützt werden kann.³³⁰ Art. 5 Abs. 3 EMRK besagt, dass jede Person, die nach Abs. 1 lit. c von einem Freiheitsentzug betroffen ist, ein Recht hat auf unverzügliche Haftprüfung durch einen Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person.³³¹ Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK zählt die Gründe auf, unter welchen Umständen und zu welchem Zweck eine Person inhaftiert werden darf und umfasst dabei auch die Untersuchungshaft. Der Begriff «unverzüglich» wird vom europäischen Menschenengerichtshof so definiert, dass innerhalb von vier Tagen eine Vorführung beim Haftrichter erfolgen muss.³³² Die Inhaftierung von Jugendlichen ist jedoch in Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK eigenständig geregelt. So wird festgelegt, dass Minderjährigen inhaftiert werden dürfen, wenn die Inhaftierung dem Zweck der überwachten Erziehung oder zur Vorführung vor die zuständige Behörde dient. Lit d. fordert somit keine gerichtliche Entscheidung, sondern lässt auch eine behördlich angeordnete Unterbringung zu.³³³ Aus dieser systematischen Unterscheidung schloss das Bundesgericht darauf, dass die Untersuchungshaft für Jugendliche nicht unter Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK fällt, sondern von lit. d als *lex specialis* verdrängt wird.³³⁴ Art. 5 Abs. 3 EMRK kommt auch nach ELBERLING ausschliesslich bei der Untersuchungshaft nach lit. c zur Anwendung.³³⁵ Es wird deshalb umso wichtiger sein, dass aufgrund des fehlenden Anspruches auf die unverzügliche Haftprüfung, wenigstens Art. 5 Ziff. 4 EMRK genügend Rechnung getragen wird, Jugendliche also ein Recht auf Anrufung eines Richters haben.³³⁶ In einem Punkt scheinen sich die Lehrmeinungen somit einig zu sein: Art. 5 Abs. 3 EMRK erfasst die Untersuchungshaft im

³²⁹ RIEDO, N 1998; BGE 121 I 208 4d S. 216; AEBERSOLD, N 823.

³³⁰ ELBERLING, Komm EMRK, N 28 zu Art. 5 EMRK.

³³¹ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 196.

³³² VEST, SG-Komm BV, N 34 zu Art. 31 BV.

³³³ ELBERLING, Komm EMRK, N 58 zu Art. 5 EMRK.

³³⁴ BGE 121 I 208 4c S. 215.

³³⁵ ELBERLING, Komm EMRK, N 109 zu Art. 5 EMRK.

³³⁶ JOSITSCH ET AL., Komm JStPO, N 4 zu Art. 26 JStPO.

Jugendstrafverfahren nicht, womit Jugendliche keinen Anspruch auf eine unverzügliche Vorführung vor einem Richter haben. Nach der EMRK wäre die heutige Regelung im Jugendstrafverfahren somit zulässig.

5.4.2 Völkerrechtskonforme Auslegung von Art. 31 Abs. 3 BV

Es ist zu beachten, dass sich der BGE 121 I 208 noch auf die alte Bundesverfassung bezieht und sowohl das JStG als auch die JStPO in dieser Form noch nicht existierten.³³⁷ Das Bundesgericht äusserte jedoch nicht nur seine Bedenken zur Praxis, sondern stellte die Möglichkeit in den Raum, einen Schutz vor missbräuchlicher Freiheitsentziehung allenfalls aus dem ungeschriebenen Verfassungsrecht der persönlichen Freiheit abzuleiten. Da der Beschwerdeführer sich jedoch nicht auf die persönliche Freiheit stützte, führte das Bundesgericht seine Idee nicht weiter aus.³³⁸ Spannend wäre es nun, wie das Bundesgericht die Situation unter Einbezug von Art. 31 Abs. 3 BV bewerten würde, da die Anordnungsbefugnis der Untersuchungsbehörde nach Art. 31 Abs. 3 BV nicht mehr zulässig ist. Seit 1999 ist jedoch kein Bundesgerichtsentscheid gefallen, der sich mit dieser Fragestellung beschäftigt hätte. Es stehen sich nun Art. 5 EMRK und Art. 31 Abs. 3 BV gegenüber. Es ist deshalb zu prüfen, ob der Konflikt zwischen Landes- und Völkerrecht allenfalls durch völkerrechtskonforme Auslegung beseitigt werden kann. Die völkerrechtskonforme Auslegung kann anerkannter Weise auch bei Normen auf Verfassungsstufe angewendet werden.³³⁹ In der Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996 wurde der Freiheitsentzug in Art. 27 VE-BV in der heute existierenden Form vorgestellt. Tatsächlich lehnt sich Art. 27 VE-BV an die damals schon bestehende Regelung der EMRK an, bzw. wird explizit die Absicht geäussert, Art. 5 EMRK in die Bundesverfassung zu übernehmen.³⁴⁰ Nach hier vertretener Meinung könnte dem Gesetzgeber bei der Übernahme von Art. 5 EMRK ins nationale Recht ein Fehler unterlaufen sein, in dem der Sinngehalt aus Art. 5 Abs. 3 EMRK nicht vollständig übernommen wurde. So ging die Ausnahme nach Art. 5 Abs. 1 lit. d EMRK wahrscheinlich unter. Ein Versehen wird deshalb angenommen, da in den Materialien keine Absicht geäussert worden ist, am Sinngehalt von Art. 5 Abs. 3 EMRK etwas zu ändern. Wenn AEBERSOLD kritisiert, dass die EMRK-Regelung unhinterfragt übernommen worden sei, stützt dies die hier geäusserte Vermutung, dass der Gesetzgeber am Sinngehalt von Art. 5 Abs. 3 EMRK hat festhalten wollen.³⁴¹ Dies beinhaltet aber auch, dass Jugendliche von dieser Regelung ausgenommen sind. Zudem ist aus Art. 4 JStPO klar ersichtlich, dass Jugendliche anders behandelt werden sollten. Nach hier vertretener Meinung ist Art. 31 Abs. 3 BV im Lichte von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. c und d

³³⁷ AEBERSOLD, N 823.

³³⁸ BGE 121 I 208 4d S. 216.

³³⁹ HÄFELIN/HALLER/KELLER, N 162.

³⁴⁰ BBI 1997 I 1 ff., S. 185.

³⁴¹ AEBERSOLD, N 823.

EMRK dahingehend auszulegen, dass Art. 31 Abs. 3 BV eine unterschiedliche Behandlung von Jugendlichen nicht verbietet.

5.4.3 Weitere internationale Übereinkommen

Abschliessend soll noch geprüft werden, ob die Anordnungsbefugnis der Untersuchungsbehörde allenfalls gegen andere internationale Vorschriften verstösst. Als Grundlagen für die unverzügliche Haftprüfung kommen Art. 37 lit. d KRK sowie Nr. 10.2 der Beijing-Regeln in Frage.³⁴² Art. 37 lit. d KRK besagt, dass jedes Kind die Möglichkeit haben soll, die Rechtmässigkeit der Freiheitsentziehung bei einem Gericht anfechten zu können. Nach hier vertretener Meinung bezieht sich Art. 37 lit. d KRK jedoch nicht auf die unverzügliche Haftprüfung nach Art. 31 Abs. 3 BV sondern ist im Sinne von Art. 31 Abs. 4 BV zu verstehen. So spricht Art. 37 lit. d KRK vom Recht des Kindes, die Haft anfechten zu können. Diese Wortwahl verdeutlicht, dass dem Kind vor allem die Möglichkeit offenstehen soll, aktiv eine Haftprüfung herbeizuführen, wie dies in Art. 27 Abs. 4 JStPO vorgesehen ist. Nr. 10.2 der Beijing-Regeln schreiben vor, dass ein Richter oder eine andere zuständige Amtsperson unverzüglich eine Haftprüfung vorzunehmen hat, wenn Jugendliche nach Nr. 10.1 der Beijing-Regeln festgenommen werden. Der Begriff der «anderen zuständigen Amtsperson» ist weit zu verstehen und umfasst auch kommunale Gremien oder Polizeibehörden, welche zur Freilassung eines Verhafteten befugt sind.³⁴³ Bezogen auf die Schweiz kann es sich bei Nr. 10.1 der Beijing-Regeln eigentlich nur um die vorläufige Festnahme durch die Polizei handeln. Nr. 10.2 der Beijing-Regeln würde dann bereits auch die Prüfung der Haftvoraussetzungen durch die Untersuchungsbehörde umfassen, welche die beschuldigte Person nach Art. 224 Abs. 3 StPO auch freilassen kann. Wiederum im «Model Law on juvenile justice» ist in Art. 3.2-2 die Aufforderung enthalten, ein inhaftierter Jugendlicher müsse nach 24 Stunden in der vorläufigen Haft vor einer gerichtlich zuständigen Behörde vorgeführt werden. Diese würde dann über die Anordnung der Untersuchungshaft entscheiden. Auch die Empfehlung Rec (2006) 13 des Europarates stellt in Art. 14 Ziff. 2 die Regel auf, dass zwischen Verhaftung und Vorführung vor der gerichtlichen Behörde nicht mehr als 48 Stunden liegen sollen.³⁴⁴ Wie auch das «Model Law on juvenile justice» sind die Empfehlungen des Europarates «soft law» und somit nicht verbindlich.³⁴⁵ Es liegt somit kein Verstoß gegen verbindliche internationale Normen vor.

³⁴² AEBERSOLD, N 827.

³⁴³ A/RES/40/33, S. 9 f.

³⁴⁴ AEBERSOLD, N 827.

³⁴⁵ RIEDO, N 399.

5.5 Fazit

In diesem Kapitel konnte aufgezeigt werden, dass die Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft für die Untersuchungshaft bis zu sieben Tagen nicht das Recht auf eine unverzügliche Haftprüfung durch eine richterliche Instanz verletzt. Zuerst wurde ein kurzer Überblick über die relevanten Grundrechte gegeben, bevor näher auf das Gebot der Verfahrensbeschleunigung und das Recht auf unmittelbare richterliche Haftprüfung eingegangen wurde. Beide Grundrechte sind in Art. 31 Abs. 3 BV enthalten. In einem zweiten Schritt wurde dann aufgezeigt, wie beide Aspekte im Jugendstrafprozess umgesetzt werden. Dabei zeigte sich, dass Art. 31 Abs. 3 BV im Jugendstrafprozess verletzt wird und Jugendliche somit rein systematisch schlechter gestellt werden als Erwachsene. Es wurde dann untersucht, ob es allenfalls Rechtfertigungsgründe gibt für eine solche Regelung. Es zeigte sich nach Abwägung der pros und contras, dass die Personalunion von Untersuchungsbehörde und anordnenden Behörde sich durch die Spezialität des Jugendstrafrechtes zwar rechtfertigen lässt, eine gesetzliche Grundlage auf Verfassungsstufe jedoch fehlt. Im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit internationalem Recht wurde zuerst Art. 5 EMRK geprüft. Da die Haft nach Art. 5 EMRK bei Jugendlichen erlaubt ist, aber Art. 31 Abs. 3 BV widerspricht, besteht auf den ersten Blick ein Normkonflikt. Deshalb wurde Art. 31 Abs. 3 BV per völkerrechtliche Auslegung versucht mit der EMRK in Einklang zu bringen. Durch Betrachtung der Materialien des Gesetzgebers konnte eruiert werden, dass dieser Art. 5 EMRK bei der neuen Bundesverfassung eigentlich sinngemäss übernehmen wollte. Dabei muss nach hier vertretener Meinung versehentlich die Ausnahme für Jugendliche vergessen worden sein. Aus den Materialien lassen sich keine anderen Schlüsse ziehen. Art. 31 Abs. 3 BV ist somit im Lichte von Art. 5 EMRK so zu verstehen, dass eine unterschiedliche Behandlung von Jugendlichen nicht verboten wird. Zwar werden im «Model Law of juvenile justice» und der Empfehlung des Europarates die Anordnung der Untersuchungshaft restriktiver gehandhabt. Da sie aber «soft law» darstellen, sind sie nicht verbindlich, womit die Anordnungsbefugnis der Staatsanwaltschaft nach Art. 26 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 27 Abs. 2 JStPO auch einer Prüfung durch internationales Recht standhält.

6 Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft im Zwangsmassnahmenverfahren

6.1 Derzeitige Gesetzeslage

Art. 222 StPO besagt, dass die verhaftete Person Entscheide über die Anordnung, die Verlängerung und die Aufhebung der Untersuchungshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten kann. Das Bundesgericht hat, obwohl es im Wortlaut nicht enthalten ist, ein Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft bejaht und mehrmals bestätigt.³⁴⁶ Rein vom Wortlaut her würde die Beschwerde nämlich nur der verhafteten Person zustehen.³⁴⁷ Die Praxis des Bundesgerichtes ist deshalb nicht unumstritten und wurde in der Lehre kritisiert.³⁴⁸ Dies und andere Probleme in der Praxis führten dazu, dass am 15.05.2014 die Kommissionen für Rechtsfragen die Motion 14.3383 einreichten mit dem Begehren, der Bundesrat müsse eine Prüfung der Praxistauglichkeit der StPO durchführen und erforderliche Anpassungen bis Ende 2018 dem Parlament vorlegen. Die Motion wurde durch Ständerat und Nationalrat am 22.04.2014 resp. 11.03.2015 angenommen.³⁴⁹ Nach der Prüfung hat der Bundesrat einen Vorentwurf ausgearbeitet und am 1. Dezember 2017 ein Vernehmlassungsverfahren in Auftrag gegeben, dessen Frist am 14. März 2018 abgelaufen ist.³⁵⁰ Im Vorentwurf zur angepassten StPO findet sich neu auch eine gesetzliche Grundlage für die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft. Die Stellungnahmen zeigen, dass die neuen Änderungen aufgrund höheren Kosten bei den Kantonen nicht durchgehend gut ankommen, die neu gesetzlich verankerte Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft aber begrüsst und nur teilweise kritisiert wird.³⁵¹ In diesem Kapitel soll die bisher ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtes analysiert werden und geprüft werden, ob sich durch die Revision die bisherigen Probleme beheben lassen und welche mögliche Auswirkungen sie im Erwachsenen- und Jugendstrafverfahren haben könnte.

Als erstes wird hierfür die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur noch geltenden Gesetzeslage analysiert und kritische Lehrmeinungen den einzelnen Argumentationssträngen gegenübergestellt. In einem zweiten Schritt wird der neue Gesetzestext aus dem Vorentwurf präsentiert und auf die Verbesserung hinsichtlich der bisherigen Probleme geprüft. Im Anschluss werden noch die möglichen Auswirkungen analysiert. Abschliessend erfolgt ein Fazit, welches die wichtigsten Erkenntnisse zusammenfassen soll.

³⁴⁶ BGE 137 IV 22; BGE 137 IV 240; BGE 137 IV 87; BGE 139 IV 314.

³⁴⁷ SCHMID/JOSITSCH, StPO Praxiskommentar, N 4 zu Art. 222 StPO.

³⁴⁸ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 198 ff; OBERHOLZER, S. 157; RIEDO/FIOLKA/NIGGLI, N 1648; THOMMEN/GOLDSCHMID, S. 144 f.; PIETH, S. 260.

³⁴⁹ Amtl. Bull. SR 2014, S. 879 f.; Amtl. Bull. NR 2015, S. 289.

³⁵⁰ EJPD, Begleitbrief, S. 1.

³⁵¹ Kantone, Vernehmlassung 2018 Teil 1; Kantone, Vernehmlassung 2018 Teil 2; Parteien, Vernehmlassung 2018.

6.2 Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung

6.2.1 Qualifiziertes Schweigen versus echte Gesetzeslücke

Der erste Bundesgerichtentscheid, welcher sich mit der Frage befasste, ob die Staatsanwaltschaft vor dem Zwangsmassnahmengericht beschwerdelegitimiert sei, war BGE 137 IV 22. Das Bundesgericht musste sich damit auseinandersetzen, ob es sich beim Fehlen der Staatsanwaltschaft in Art. 222 StPO um ein qualifiziertes Schweigen handle oder es auf einem Versehen des Gesetzgebers beruht. Diese Unterscheidung ist insofern von Bedeutung, da bei einem qualifizierten Schweigen keine Gesetzeslücke mehr vorliegen würde, welche durch Richterrecht geschlossen werden könnte.³⁵² Das Bundesgericht entschied sich zugunsten eines Versehens des Gesetzgebers, da die Materialien keine Indizien dazu enthalten würden, dass die Staatsanwaltschaft bewusst von der Beschwerdemöglichkeit ausgeschlossen sein soll.³⁵³ Nur aufgrund dieser Entscheidung konnte das Bundesgericht überhaupt mit der Lückenfüllung beginnen. Tatsächlich wird die Staatsanwaltschaft in den Erläuterungen der Botschaft mit keinem Wort erwähnt.³⁵⁴ Einzig in einem Begleitbericht zum StPO-Vorentwurf aus dem Jahre 2001 wurde die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft grundsätzlich noch befürwortet.³⁵⁵ Dies spricht für die Theorie des Bundesgerichtes, welches das Schweigen dahingehend interpretiert, dass die Staatsanwaltschaft im abschliessenden Gesetzestext vergessen worden sei.³⁵⁶ Andererseits besteht aber auch die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber diese Entscheidung den Gerichten überlassen wollte und die Fragestellung deshalb nicht behandeln wollte.³⁵⁷ Für die Theorie des Vergessens spricht der Umstand, dass in der Botschaft bez. Art. 222 StPO nur noch erläutert wurde, dass eine beschuldigte Person bereits auf kantonaler Ebene Haftentscheide über die Untersuchungshaft anfechten kann. So wurde eine Beschränkung der Beschwerdemöglichkeit auf Fälle ab 3 Monaten Untersuchungshaft verworfen.³⁵⁸ Die historische Entstehungsgeschichte von Art. 222 StPO könnte aber auch anders interpretiert werden. So ist nach Art. 221 Abs. 1 VE-StPO jegliche Beschwerdemöglichkeiten ausgeschlossen und nach Abs. 2 kann nur die verhaftete Person unter speziellen Umständen eine Beschwerde erheben.³⁵⁹ Der Gesetzesentwurf hatte sich bis ins Jahr 2008 nun so geändert, dass die verhaftete Person nun das Recht haben soll, alle Entscheide bei der Beschwerdeinstanz anfechten zu können. Dies spricht dafür, dass in Art. 222 StPO nur die verhaftete Person zur Beschwerde berechtigt ist, da nur das Beschwerderecht der inhaftierten Person in

³⁵² KRAMER, S. 224.

³⁵³ BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 23 f.

³⁵⁴ BBI 2008 8125 ff., S. 8184.

³⁵⁵ Begleitbericht VE StPO 2001, S. 165; FORSTER, BSK StPO, N 6 zu Art. 222 StPO.

³⁵⁶ BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 23 f.

³⁵⁷ FORSTER, S. 335 f.

³⁵⁸ BBI 2008 8125 ff., S. 8184.

³⁵⁹ THOMMEN/GOLDSCHMID, S. 143.

zeitlicher Hinsicht ausgebaut wurde.³⁶⁰ Ein weiterer Punkt für die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft ist, dass im Gesetzestext auch gegen die Aufhebung der Untersuchungshaft Beschwerde erhoben werden kann. Eine Beschwerde, welche nach Bundesgericht nur für die Staatsanwaltschaft Sinn machen würde.³⁶¹ Andererseits könnte der Gesetzgeber hierbei auch an den Fall gedacht haben, dass eine inhaftierte Person einen Haftentlassungsentscheid anfecht, da dieser noch an Ersatzmassnahmen geknüpft ist.³⁶² Die Argumente beider Positionen wiegen in etwa gleich auf, dennoch ist nach hier vertretener Meinung eine echte Gesetzeslücke anzunehmen, unabhängig davon ob das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft versehentlich oder mit Absicht nicht erwähnt wird, da die Problematik im Vorfeld bereits bekannt war. Zudem lagen auch schon bundesgerichtliche Entscheide vor, welche der Staatsanwaltschaft die Beschwerdebefugnis einräumten.³⁶³ Auch in der Lehre wurde teils schon vor dem Bundesgerichtsentscheid in Erwägung gezogen, die Staatsanwaltschaft über den Wortlaut von Art. 222 StPO hinaus als beschwerdelegitimierte Partei anzuerkennen.³⁶⁴

6.2.2 Einheit des Verfahrens

Art. 111 Abs. 1 BGG besagt, dass wer zur Beschwerde ans Bundesgericht berechtigt sei, sich auch am Verfahren vor den kantonalen Behörden beteiligen können muss. Art. 111 BGG soll gewährleisten, dass ein bundesgerichtliches Verfahren nahtlos an die kantonalen Rechtsinstanzen anknüpft.³⁶⁵ Art. 111 BGG statuiert zudem den wichtigen Grundsatz des doppelten Instanzenzuges sowie der Einheit und Kohärenz des Strafverfahrens.³⁶⁶ Wenn eine Partei schon zur Beschwerde an das Bundesgericht legitimiert sei, so soll sie auch an allen kantonalen Instanzen ein Beschwerderecht haben. Die Staatsanwaltschaft ist nach Art. 81 Abs. 1 lit. c Ziff. 3 BGG berechtigt, gegen Haftentscheide vor Bundesgericht Beschwerde führen zu können.³⁶⁷ Das Bundesgericht schlussfolgerte daraus, dass aufgrund der Einheit des Verfahrens nach Art. 111 BGG, die Staatsanwaltschaft bereits auf kantonaler Ebene ein Beschwerderecht haben müsse.³⁶⁸ Für diese Regelung spricht zudem, dass die Staatsanwaltschaft nach Art. 381 Abs. 1 StPO Beschwerde zugunsten oder zuungunsten der beschuldigten oder verurteilten Person erheben kann.³⁶⁹ Es wäre unschön, wenn die Staatsanwaltschaft am Bundesgericht Beschwerde einreichen und sich die beschuldigte Person im gleichen Verfahren bei der kantonalen Instanz zur Wehr setzen müsste. Somit soll eine Gabelung des Rechtsmittelzuges

³⁶⁰ OBERHOLZER, S. 157.

³⁶¹ BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 23 f.

³⁶² THOMMEN/GOLDSCHMID, S. 143 f.

³⁶³ FORSTER, S. 335 f.; BGE 130 I 234 E. 3.1 S. 237; BGE 130 IV 154 E. 1.2 S. 155 f.

³⁶⁴ HUG, Komm StPO 2010, N 7 zu Art. 222 StPO.

³⁶⁵ EHRENZELLER, BSK BGG, N 1 zu Art. 111 BGG.

³⁶⁶ BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 23 f.

³⁶⁷ HUG/SCHIEDEGGER, Komm StPO 2014, N 11 zu Art. 222 StPO.

³⁶⁸ BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 23 f.

³⁶⁹ FORSTER, S. 337.

verhindert werden.³⁷⁰ Dies birgt die Gefahr von sich widersprechenden Entscheiden und einer grossen Rechtsunsicherheit.³⁷¹ Diese Argumentation setzt aber voraus, dass das Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft als zwingend angesehen wird, was die Kritiker aber verneinen.³⁷² Bereits aufgeführt wurde das Argument der Garantie auf einen doppelten Instanzenzug. RASELLI/DOLD sprechen hierbei von der Nachachtung des Grundsatzes der Verfahrenseinheit und bekräftigen die bundesgerichtliche Rechtsprechung.³⁷³ Tatsächlich spricht dies für eine Beschwerdemöglichkeit der Staatsanwaltschaft vor einer kantonalen Instanz. Dies führt aber zu einem Normkonflikt. So steht die Praxis des Bundesgerichtes zwar mit Art. 111 BGG im Einklang, jedoch nicht mit Art. 222 StPO.³⁷⁴ Dieser Widerspruch lässt sich dadurch erklären, dass die einheitliche Strafprozessordnung erst später in Kraft getreten ist. Beide Gesetze wurden in der Folge zu wenig aufeinander abgestimmt, weshalb es zu dieser Konstellation kam.³⁷⁵

6.2.3 Parteistellung im Vorverfahren

Im Entscheid BGE 137 IV 87 musste sich das Bundesgericht mit der Kritik der Anklagekammer des Kantons St. Gallen auseinandersetzen, welche der Staatsanwaltschaft im Zwangsmassnahmenverfahren die Parteistellung entsagte.³⁷⁶ Auch in der Lehre wird dieses Argument vorgebracht. So nehme die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren nicht als Partei teil, sondern als Verfahrensleiterin.³⁷⁷ Dies ergebe sich aus Art. 104 Abs. 1 lit. c StPO, nach welcher die Staatsanwaltschaft nämlich nur im Haupt- und Rechtsmittelverfahren eine Parteistellung zukomme.³⁷⁸ Zudem entscheide das Zwangsmassnahmengericht sozusagen anstelle der Staatsanwaltschaft, wobei die Verfahrensleitung bei der Staatsanwaltschaft verbleibe.³⁷⁹ Zudem wird argumentiert, dass der Entscheid des Zwangsmassnahmengerichts für die Staatsanwaltschaft nicht verbindlich sei.³⁸⁰ Diese Argumentation vermag jedoch nicht zu überzeugen. Es stimmt zwar, dass die Staatsanwaltschaft im Vorverfahren die Verfahrensleitung innehat, dies jedoch nur bis zu dem Punkt, wo ihre Leitungsbefugnisse enden. Danach entscheidet das Zwangsmassnahmengericht über die Anordnung der Untersuchungshaft und die Staatsanwaltschaft übernimmt die Rolle der anklagenden Partei, sie hat somit also eine sog. materielle Parteistellung. Es scheint des Weiteren auch nicht einleuchtend, dass der Entscheid für die

³⁷⁰ BGE 137 IV 87 E. 3.1 S. 88 f.

³⁷¹ BGE 137 IV 22 E. 1.3 S. 23 f.

³⁷² THOMMEN/GOLDSCHMID, S. 145.

³⁷³ RASELLI/DOLD, S. 449.

³⁷⁴ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199.

³⁷⁵ DOLGE, Praxiskommentar BGG, N 2 zu Art. 111 BGG.

³⁷⁶ BGE 137 IV 87, E. 3.2 S. 90 f.

³⁷⁷ PIETH, S. 260; OBERHOLZER, S. 158 f.

³⁷⁸ THOMMEN/GOLDSCHMID, S. 145.

³⁷⁹ OBERHOLZER, Rechtsmittelsystem, S. 43.

³⁸⁰ BGE 137 IV 87 E. 3.2 S. 90 f.

Staatsanwaltschaft nicht verbindlich sei, auch wenn das Zwangsmassnahmengericht bei geänderten Umständen auf Antrag der Staatsanwaltschaft den Entscheid abändern kann.³⁸¹ Vereinzelt wurde hierzu kritisiert, dass der Privatklägerschaft, bei welcher in gewissem Masse gleich wie bei der Staatsanwaltschaft argumentiert werden könne, kein Beschwerderecht zugesprochen wurde.³⁸² Die Privatklägerschaft kann im Haftverfahren jedoch nicht mit der Staatsanwaltschaft gleichgestellt werden. Da der Haftentscheid keine Auswirkungen auf die Zivilforderungen des Privatklägers hat, ist dieser nicht beschwerdelegitimiert vor Bundesgericht nach Art. 81 Abs. 1 lit. b Ziff. 5 BGG.³⁸³ Das Bundesgericht sieht zudem die Gefahr, dass die Person über die positive Schutzpflicht hinaus weiterhin inhaftiert bleiben würden und lehnte ein Beschwerderecht der Privatklägerschaft ab.³⁸⁴ Es scheint gerechtfertigt, dass die Staatsanwaltschaft aufgrund ihrer speziellen Parteistellung im Zwangsmassnahmenverfahren eine Beschwerde gegen Entscheide des Zwangsmassnahmengerichtes führen kann. Die materielle Parteistellung im Vorverfahren spricht somit für eine Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft.

6.2.4 Weitere Argumente

Mehrfach erwähnte das Bundesgericht in seinen Entscheiden, dass es im öffentliche Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz sowie einer guten Rechtspflege liege, dass die Staatsanwaltschaft ein Beschwerderecht bei Aufhebungen der Untersuchungshaft habe.³⁸⁵ Dieser Standpunkt wird so überwiegend auch in der Lehre vertreten.³⁸⁶ In Kritik steht hingegen die Argumentation, dass das Beschwerderecht zwingend sei, da ansonsten die Fortführung des Strafverfahrens erschwert oder gar vereitelt würde.³⁸⁷ So erschwert dies gewiss die Strafverfolgung, mit dieser Argumentation könnte der Staatsanwaltschaft aber jegliche Kompetenzen zugestanden werden.³⁸⁸ Zudem stellt sich die Frage, ob die Verantwortung für eine richtige Rechtsanwendung nicht in den Händen der Gerichte liegen sollte.³⁸⁹ Hier muss sich das Bundesgericht zu Recht vorhalten lassen, dass die Rechtsprechung von einem gewissen Misstrauen gegenüber den Zwangsmassnahmengerichten, ein sachgerechtes Urteil zu fällen, geprägt ist.³⁹⁰ Völlig unbegründet ist die Angst vor ungerechtfertigten Haftentlassungen jedoch nicht, denn vor allem in Fällen von besonders hoher Flucht-, Verdunklungs-, oder Wiederholungsgefahr drohen besonders schwere Konsequenzen. Es geht hierbei nicht nur um eine

³⁸¹ BGE 137 IV 87 E. 3.3.2 S. 91 f.

³⁸² DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199.

³⁸³ THOMMEN/GOLDSCHMID, S. 145.

³⁸⁴ BGE 139 IV 121 E. 4.7.

³⁸⁵ RASELLI/DOLD, S. 454; BGE 137 IV 22 E. 1.4 S. 24 f.; BGE 137 IV 230 E. 1 S. 232.

³⁸⁶ HUG, Komm StPO 2014, N 7 ff. zu Art. 222 StPO; FORSTER, BSK StPO, N 6 zu Art. 222 StPO; a.M. OBERHOLZER, S. 156 f.

³⁸⁷ BGE 137 IV 230 E. 1 S. 232.

³⁸⁸ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199.

³⁸⁹ THOMMEN/GOLDSCHMID, S. 145.

³⁹⁰ OBERHOLZER, S. 160.

«Erschwerung» des Strafverfahrens, sondern auch darum, hochwertige Rechtsgüter zu schützen.³⁹¹ Das Argument des öffentlichen Interesses an einer funktionierenden Strafjustiz und die Vermeidung von einer unnötigen Erschwerung der Strafverfolgung hat also durchaus seine Berechtigung. Als letztes Argument des Bundesgerichtes wird aufgeführt, dass sich die Beschwerdelegitimation schon nur aus dem Grund ergebe, da das Haftprüfungsverfahren kontradiktorisch ausgestaltet sei, also die Beteiligung von mindestens zweier Verfahrensparteien voraussetzt.³⁹² Obwohl nicht ganz klar ist, wie der Wortlaut von Art. 222 StPO nun tatsächlich auszulegen ist, überwiegen die Argumente für eine Annahme der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft bei Haftentlassungsentscheiden. Vor allem das öffentliche Interesse an einer funktionierenden Strafjustiz, die in der Lehre unbestrittene kontradiktorische Ausgestaltung des Haftprüfungsverfahrens und das Erfordernis der Einheit des Verfahrens sprechen für die Beschwerdebefugnis. Der Autor schliesst sich somit der Meinung des Bundesgerichtes und der überwiegenden Lehre an.

6.3 Folgeprobleme

6.3.1 Hafterstreckung im Beschwerdeverfahren

Der Entscheid des Bundesgerichtes brachte aber weitere Folgeprobleme mit sich. Erfolgt nun auf einen Haftentlassungsentscheid die Beschwerde der Staatsanwaltschaft, muss die Person weiterhin in Haft behalten werden. Die Person müsste aufgrund des Entscheides des Zwangsmassnahmengerichtes eigentlich entlassen werden. Bereits an früherer Stelle wurde erläutert, dass der Freiheitsentzug nach Art. 31 Abs. 1 BV nur auf eine gesetzliche vorgeschriebene Art entzogen werden kann.³⁹³ Zudem würde eine weitere Festhaltung der Person gegen Art. 226 Abs. 5 StPO verstossen, welche besagt, dass wenn die Untersuchungshaft nicht angeordnet wird, die beschuldigte Person unverzüglich freigelassen werden muss. Unverzüglich bedeutet dabei, dass die Entlassung nach Eröffnung des Entscheides zu erfolgen hat.³⁹⁴ Ausnahmen hiervon begründen z. B. Situation, in denen nach der zusätzlichen Anordnung von Ersatzmassnahmen, diese noch zu treffen sind, bevor die Freilassung erfolgen kann.³⁹⁵ Wird eine Person unverzüglich freigelassen, wäre die Beschwerde praktisch unwirksam.³⁹⁶ Das Bundesgericht sah sich deshalb gezwungen, praeter legem ein System zu entwickeln, welches es erlaubt, die inhaftierte Person bis zum Entscheid über die Beschwerde der Staatsanwaltschaft festzuhalten.³⁹⁷ Wie bereits der ursprüngliche Entscheid über die eigentliche Beschwerdelegitimation

³⁹¹ FORSTER, S. 336 f.

³⁹² BGE 137 IV 87 E. 3.3.2 S. 92.

³⁹³ Siehe Kap. 4.5.2.

³⁹⁴ HUG/SCHIEDEGGER, Komm StPO 2014, N 14 zu Art. 226 StPO.

³⁹⁵ FORSTER, BSK StPO, N 13 zu Art. 226 StPO.

³⁹⁶ RASELLI/DOLD, S. 449.

³⁹⁷ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199.

der Staatsanwaltschaft, stand auch das Lösungsmodell des Bundesgerichtes zu diesem Problem in Kritik.³⁹⁸

6.3.2 Lösungssystematik

Bereits fünf Monate nach dem ersten Entscheid über die Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft musste sich das Bundesgericht mit der oben beschriebenen Problemstellung beschäftigen. Dabei lag der Fokus darauf, sowohl dem Rechtsschutz der Staatsanwaltschaft als auch dem Anspruch der beschuldigten Person auf sofortige Haftentlassung, Genüge zu tun.³⁹⁹

Das Bundesgericht beschäftigte sich zuerst mit der Frage, ob der Beschwerde der Staatsanwaltschaft eine aufschiebende Wirkung zukommt. So haben Rechtsmittel nach Art. 387 StPO generell keine aufschiebende Wirkung, unter Vorbehalt von abweichenden Bestimmungen der StPO sowie der Anordnungen durch die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz.⁴⁰⁰ Eine solche Ausnahme besteht unter anderem bei der Berufung, welche nach Art. 402 StPO eine aufschiebende Wirkung hat.⁴⁰¹ Eine weitere solche Ausnahme sah das Bundesgericht in Art. 388 lit. b StPO.⁴⁰² Dieser Artikel besagt, dass die Verfahrensleitung der Rechtsmittelinstanz alle notwendigen und unaufschiebbaren verfahrensleitenden und vorsorglichen Massnahmen zu treffen hat, so unter anderem nach lit. b die Haft. Lit. b wiederholt zwar den Inhalt aus Art. 62 StPO zur Verfahrensleitung sowie anderer Spezialbestimmungen wie z.B. Art. 231 f. StPO betreffend der Sicherheitshaft,⁴⁰³ laut Bundesgericht kann diese Bestimmung jedoch auch bei der Untersuchungshaft angewendet werden. Dies führt jedoch zu einem Widerspruch mit Art. 226 Abs. 5 StPO.⁴⁰⁴ Im Folgenden wird auf die Variante eingegangen, auf welche sich das Bundesgericht schlussendlich auch stützte. Zentral ist dabei, dass eine mündliche Haftverhandlung stattfindet, wenn entweder das Zwangsmassnahmengericht eine Haftentlassung für wahrscheinlich hält oder die Staatsanwaltschaft eine voraussichtliche Haftentlassung nicht akzeptieren will.⁴⁰⁵ Die Staatsanwaltschaft muss die Beschwerde kurz nach Eröffnung des Urteils mündlich ankündigen.⁴⁰⁶ Das Zwangsmassnahmengericht leitet die Ankündigung der Staatsanwaltschaft unverzüglich an die Beschwerdeinstanz weiter, damit sich diese auf die zu erwartende Beschwerde vorbereiten kann.⁴⁰⁷ Die Staatsanwaltschaft muss danach unmittelbar Beschwerde bei der Beschwerdeinstanz erheben.⁴⁰⁸ Die Frist für die schriftliche Beschwerde wurde vom Bundesgericht bei drei Stunden festgesetzt.⁴⁰⁹ Die Beschwerdeinstanz muss über

³⁹⁸ OBERHOLZER, S. 158 ff.; DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199 f.

³⁹⁹ FORSTER, S. 345.

⁴⁰⁰ BGE 137 IV 230 E. 2.2 S. 233 f.

⁴⁰¹ ZIEGLER/KELLER, BSK StPO, N 1a zu Art. 387 StPO.

⁴⁰² BGE 137 IV 230 E. 2.2 S. 233 f.

⁴⁰³ ZIEGLER/KELLER, BSK StPO, N 1 zu Art. 388 StPO.

⁴⁰⁴ BGE 137 IV 230 E. 2.2 S. 233 f.

⁴⁰⁵ FORSTER, S. 345.

⁴⁰⁶ RASELLI/DOLD, S. 449.

⁴⁰⁷ FORSTER, S. 346 f.

⁴⁰⁸ BGE 137 IV 237 E. 2.4 S. 244.

⁴⁰⁹ FORSTER, S. 347.

die aufschiebende Wirkung superprovisorisch, also ohne vorherige Anhörung der betroffenen Person und noch vor Entlassung des Beschuldigten, entscheiden.⁴¹⁰ Die Beschwerdeinstanz hat danach im üblichen Rahmen Zeit um die Beschwerde zu prüfen, dies dauert in der Regel einige Tage bis wenige Wochen an.⁴¹¹

6.3.3 Kritik am Lösungsschema

Die Lösung des Bundesgerichtes mit der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde der Staatsanwaltschaft stiess nicht überall in der Lehre auf Zustimmung. Das Bundesgericht stützte sich bei seiner Entscheidung auf Art. 388 lit. b StPO, welches der Rechtsmittelinstanz die Möglichkeit gibt, unaufschiebbare vorsorgliche Haftmassnahmen zu erlassen.⁴¹² Nach DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS verkannte das Bundesgericht jedoch, dass Art. 388 StPO die *lex generalis* darstellt, während Art. 226 Abs. 5 StPO sich nur auf die Untersuchungshaft bezieht und deshalb als *lex specialis* zum Zuge kommt.⁴¹³ Tatsächlich findet sich Art. 388 StPO unter den allgemeinen Bestimmungen zu den Rechtsmitteln, während Art. 226 Abs. 5 StPO sich wie erwähnt explizit auf die Untersuchungshaft bezieht. Zudem wurde kritisiert, dass die superprovisorische Entscheidung der beschuldigten Person das Recht auf eine persönliche Anhörung vor Gericht nach Art. 5 EMRK und Art. 31 BV nicht gewährt.⁴¹⁴ Als grösster Kritikpunkt – und diese Diskrepanz konnte das Bundesgericht auch nicht gänzlich überwinden – stellt sich die Missachtung von Art. 31 BV und Art. 5 EMRK dar.⁴¹⁵ In keinem Entscheid wurde dieses Regelsystem hinsichtlich der Konformität mit Art. 31 Abs. 3 BV sowie Art. 5 Ziff. 3 EMRK überprüft.⁴¹⁶ Denn ohne gesetzliche Grundlage darf einer Person nur nach Art. 36 BV die Freiheit entzogen werden.⁴¹⁷ Das Bundesgericht versuchte dieses Problem mit der Argumentation zu lösen, dass nur mit einer aufschiebenden Wirkung dem Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft eine genügende Wirkung zukommen kann und die aufschiebende Wirkung somit Teil des Beschwerderechts der Staatsanwaltschaft sei, auch wenn sie zeitlich begrenzt ist.⁴¹⁸ Die Probleme sind aber nicht nur auf die rechtliche Legitimation zu begrenzen, sondern brachten auch praktische Schwierigkeiten mit sich. So standen gegen alle diese Entscheide noch die Strafrechtsbeschwerde an das Bundesgericht offen, womit die Gefahr bestand, so OBERHOLZER, dass dieses zum einzigen Zwangsmassnahmengericht der Schweiz mutieren würde.⁴¹⁹ Das Bundesgericht sah die Problematik und entschied, dass die Staatsanwaltschaft

⁴¹⁰ BGE 137 IV 237 E. 2.2.1 S. 242.

⁴¹¹ FORSTER, S. 347 f.

⁴¹² Siehe Kap. 6.3.2.

⁴¹³ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199.

⁴¹⁴ OBERHOLZER, S. 161.

⁴¹⁵ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199 f.

⁴¹⁶ OBERHOLZER, S. 160.

⁴¹⁷ DONATSCH/SCHWARZENEGGER/WOHLERS, Strafprozessrecht, S. 199 f.

⁴¹⁸ BGE 137 IV 237 E. 2.4 f. S. 244.

⁴¹⁹ OBERHOLZER, S. 159.

gegen einen für sie negativen provisorischen oder superprovisorischen Massnahmenentscheid nach Art. 388 lit. b StPO keine Beschwerde beim Bundesgericht erheben könne. Ist bei der Beschwerdeinstanz der definitive Entscheid noch hängig, würde der Weiterzug des Massnahmenentscheides and das Bundesgericht zu einem parallelen Verfahren mit allenfalls widersprüchlichem Ausgang führen.⁴²⁰ Zudem droht die Gefahr, dass das Bundesgericht als höchstes Gericht des Landes als erste gerichtliche Instanz über die Inhaftierung einer beschuldigten Person zu entscheiden hätte.⁴²¹ Dies hätte auch praktische Schwierigkeiten zur Folge, da das Bundesgericht zuerst zu den Akten und dem Hauptdossier gelangen und dann aufgrund der knappen Zeit einen Entscheid auf Basis von wenigen Informationen fällen müsste.⁴²² Gegen die aufschiebende Wirkung kann somit vor Bundesgericht, bevor der Sachentscheid der Beschwerdeinstanz gefällt wurde, keine Beschwerde erhoben werden.⁴²³

⁴²⁰ BGE 138 IV 92 E. 2 S. 95 f.

⁴²¹ OBERHOLZER, S. 159.

⁴²² BGE 138 IV 92 E. 2 S. 95 f.

⁴²³ FORSTER, S. 348.

6.4 Beschwerderecht der Staatsanwaltschaft im Vorentwurf

6.4.1 Gesetzestext

Aufgrund der Motion 14.3383, welche die Kommissionen für Rechtsfragen eingereicht hatte, führte der Bundesrat eine Prüfung der Praxistauglichkeit der StPO durch und präsentierte im Dezember 2017 den Vorentwurf zur Anpassung der StPO. Darin enthalten waren zudem zwei Artikel bezüglich der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft.⁴²⁴

Art. 222 Abs. 2

² Die Staatsanwaltschaft kann Entscheide über die Nichtanordnung, die Nichtverlängerung und die Aufhebung der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten.

Abbildung 1: Art. 222 Abs. 2 VE-StPO

Art. 228a Beschwerde der Staatsanwaltschaft und Verfahren

¹ Die Staatsanwaltschaft hat die Beschwerde gegen einen Haftentscheid unverzüglich nach der Eröffnung des Entscheides schriftlich oder mündlich zu Protokoll dem Zwangsmassnahmengericht anzumelden. In diesem Fall bleibt die beschuldigte Person bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Haft.

² Die Staatsanwaltschaft reicht innert dreier Stunden seit der Eröffnung des Entscheides eine schriftlich begründete Beschwerde beim Zwangsmassnahmengericht zuhanden der Beschwerdeinstanz ein.

³ Das Zwangsmassnahmengericht übermittelt die Beschwerde sowie die Begründung des Entscheides zusammen mit den Akten unverzüglich der Beschwerdeinstanz.

⁴ Das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz richtet sich sinngemäss nach den Artikeln 225 und 226 Absätze 1–5.

Abbildung 2: Art. 228a VE-StPO

6.4.2 Erläuterungen

Es werden nachfolgend die wichtigsten Äusserungen aus dem erläuternden Bericht vorgestellt. Wie bereits in Art. 222 Abs. 2 VE-StPO ersichtlich, hat sich der Gesetzgeber bewusst für die Lösung des Bundesgerichtes entschieden und nimmt diese in die StPO auf.⁴²⁵ Nach Art. 222 Abs. 2 VE-StPO kann die Staatsanwaltschaft Entscheide über die Nichtanordnung, die Nichtverlängerung sowie die Aufhebung der Untersuchung- und Sicherheitshaft bei der Beschwerdeinstanz anfechten. Der Gesetzgeber bestätigt somit den Grundsatz des «doppelten Instanzenzuges». Dies zur Entlastung des Bundesgerichtes, welches als höchstes Gericht

⁴²⁴ Beide Abbildungen stammen aus dem Vorentwurf zur Strafprozessordnung, welcher am 1. Dezember 2017 in die Vernehmlassung gegeben wurde. <https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2914/Strafprozessordnung_Vorentwurf_de.pdf> (besucht am 21.05.2018).

⁴²⁵ Bericht VE StPO 2017, Ziff. 1.3.8.

letztinstanzliche Rechtsfragen beantworten soll.⁴²⁶ Dazu gehört auch, dass Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts von der Staatsanwaltschaft angefochten werden können.⁴²⁷ Dabei erfolgt die Beschwerde der Staatsanwaltschaft aufgrund der zeitlichen Vorgaben aus Völker- und Verfassungsrecht aber nicht in einem ordentlichen, sondern einem beschleunigten Beschwerdeverfahren.⁴²⁸ Ausführlich erläutert wird zudem der neue Art. 228a VE-StPO. Nach Abs. 1 hat die Staatsanwaltschaft die Beschwerde unverzüglich vorzubringen, womit die beschuldigte Person bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens in Haft bleibt. Dies stellt ein Unterschied zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung dar, bei welcher die provisorische Wirkung erst durch die Beschwerdeinstanz angeordnet wurde.⁴²⁹ Der Bundesrat erachtet es hierzu als sinnvoll, wenn das Zwangsmassnahmengericht in Fällen, bei welchen eine Haftentlassung in Erwägung gezogen wird, eine für die Staatsanwaltschaft obligatorische mündliche Verhandlung ansetzt. Findet keine mündliche Verhandlung statt, muss der Entscheid der Staatsanwaltschaft möglichst schnell eröffnet werden, z.B. per Vorab-Fax.⁴³⁰ Nach Abs. 2 muss die Beschwerde der Staatsanwaltschaft dann innert 3 Stunden seit Eröffnung des Entscheides schriftlich eingereicht werden. Die Beschwerde wird dann nach Abs. 3 an die Beschwerdeinstanz weitergereicht. Abs. 4 besagt, dass das Verfahren vor der Beschwerdeinstanz sich danach sinngemäss nach Art. 225 und Art. 226 Abs. 1–5 VE-StPO richtet. Die Beschwerdeinstanz hat nach Art. 226 Abs. 1 StPO somit nur noch 48 Stunden Zeit um über die Beschwerde zu entscheiden. In der Praxis des Bundesgerichtes hatte die Beschwerdeinstanz noch einige Tage bis wenige Wochen Zeit um einen Entscheid zu fällen.⁴³¹ Das vom Bundesgericht praeter legem entwickelte Lösungsschema wird also im Wesentlichen in die StPO aufgenommen.⁴³²

6.4.3 Auswirkungen der neuen Gesetzesnormen

Es soll nun erörtert werden, welche der in Kap. 6.2 und 6.3 aufgeführten Probleme durch den neuen Gesetzestext gelöst werden und welche Auswirkungen sich aus daraus sonst noch für das Erwachsenen- als auch für das Jugendstrafverfahren ergeben können. Da das Lösungsschema des Bundesgerichtes nun in den Gesetzestext aufgenommen wird, erübrigen sich die meisten Probleme. Überflüssig wird dank der Gesetzesanpassung z.B. die Diskussion, ob es sich bei Art. 222 StPO nun um ein qualifiziertes Schweigen oder ein Versehen des Gesetzgebers handelt. Des Weiteren wird der Widerspruch zwischen Art. 111 BGG und Art. 222 StPO endgültig aufgelöst. Auch andere Argumentationsstränge, wie z.B. die materielle Parteistellung der Staatsanwaltschaft, das Abstützen auf das öffentliche Interesse an einer funktionierenden

⁴²⁶ Bericht VE StPO 2017, Ziff. 1.3.2.

⁴²⁷ Bericht VE StPO 2017, Ziff. 1.3.8.

⁴²⁸ Bericht VE StPO 2017, Ziff. 1.3.8.

⁴²⁹ Siehe Kap. 6.3.2.

⁴³⁰ Bericht VE StPO 2017, Ziff. 2.1.30.

⁴³¹ Siehe Kap. 6.3.2.

⁴³² Bericht VE StPO 2017, Ziff. 1.3.8.

Strafrechtspflege, die Erschwerung des Strafverfahrens und die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens als kontradiktorisch, werden obsolet.⁴³³ Besonders erfreulich ist zudem, dass auch die Folgeprobleme dank der gesetzlichen Regelung behoben werden konnten. Es besteht nun endlich eine gesetzliche Grundlage nach Art. 31 Abs. 3 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK für die Inhaftierung von Personen bei Beschwerden der Staatsanwaltschaft im Zwangsmassnahmenverfahren. In den Erläuterungen wurde zudem ausführlich über die Problematik des beschleunigten Verfahrens sowie dem Recht auf unverzügliche Vorführung bei einer gerichtlichen Instanz diskutiert. Der Bundesrat prüfte die Vereinbarkeit der neuen Regelung mit der EMRK und kam zum Schluss, dass der Vorentwurf die internationalen Vorschriften erfüllt.⁴³⁴ Vereinzelt wird in der Vernehmlassung bemängelt, dass die neuen Regelungen erhebliche Mehrkosten mit sich bringen würden, da die Zwangsmassnahmengerichte aufgrund des Verweises auf Art. 226 Abs. 1 StPO in Art. 228a Abs. 4 VE-StPO für jedes Wochenende einen Pikettdienst einführen müssten. Zudem würde die Neuregelung mit der 48 Stunden Entscheidungsfrist für die Beschwerdeinstanz unnötigerweise über die Anforderungen der EMRK hinausgehen.⁴³⁵ Es ist aus Sicht der Kantone verständlich, dass sie die Mehrkosten scheuen. Der Autor stellt sich hier jedoch die Frage, ob die Neuregelung überhaupt Mehrkosten verursachen würden. Denn auch in der derzeitigen Praxis des Bundesgerichtes muss ein Entscheid über die provisorische Wirkung innert 3 Stunden gefällt werden.⁴³⁶ Die Problematik des Pikettdienstes war deshalb schon zu Beginn der Praxis des Bundesgerichtes bekannt. Das Bundesgericht schlug den Zwangsmassnahmengerichten deshalb vor, Haftentlassungsentscheide an Vortagen von arbeitsfreien Tagen jeweils am Vormittag zu treffen, damit am Abend bereits superprovisorisch über die aufschiebende Wirkung entschieden werden kann.⁴³⁷ Im Jugendstrafverfahren könnte dieses Verfahren auch angewandt werden, da Art. 27 JStPO bezüglich dem Verfahren für Beschwerden bei Zwangsmassnahmenentscheide auf Art. 222 StPO verweist.⁴³⁸ Der Anwendung im Jugendstrafverfahren steht aufgrund der oben genannten Argumente grundsätzlich nichts entgegen. Dennoch sollte die Beschwerde der Staatsanwaltschaft bei einem Haftentlassungsentscheid des Zwangsmassnahmengerichtes nur äusserst zurückhalten und nur in Ausnahmefällen erhoben werden. Wie bereits in Kap. 5.3.1 erläutert, hat die unbestimmte Länge und der ungewisse Ausgang der Untersuchungshaft ein grosses Schädigungspotential bei Jugendlichen.⁴³⁹ Dieser Effekt dürfte sich noch verstärken, wenn der Jugendliche vor der gerichtlichen Instanz erleben muss, wie zuerst seine Haftentlassung angeordnet wird, er aufgrund der Beschwerde der Untersuchungsbehörde aber nochmals zur Rückkehr in seine

⁴³³ Siehe Kap. 6.2.

⁴³⁴ Bericht VE StPO 2017, Ziff. 2.1.30.

⁴³⁵ Kantone, Vernehmlassung 2018 Teil 1, S. 69; Kantone, Vernehmlassung 2018 Teil 1, S. 137.

⁴³⁶ Siehe Kap. 6.3.2.

⁴³⁷ BGE 138 IV 92 E. 3. S. 99; FORSTER, S. 348.

⁴³⁸ Siehe Kap. 3.2.2.

⁴³⁹ Lang, S. 112 f.

Zelle gezwungen ist. Der Autor weist deshalb darauf hin, dass in diesen Fällen der Entscheid der Beschwerdeinstanz möglichst frühzeitig erfolgen muss, um dem verschärften Beschleunigungsgebot im Jugendstrafverfahren gerecht zu werden. Zudem muss der Jugendliche in der provisorischen Haft von einer psychologisch geschulten Person besonders intensiv betreut werden, um allfällige Kurzschlussreaktionen und nachhaltige Schädigungen zu vermeiden. Zudem kann das Vertrauensverhältnis zwischen der Behörde und dem Jugendlichen bei einer derartigen Beschwerde der Untersuchungsbehörde nachhaltig geschädigt werden. Eine Lösung zur Umgehung dieser Problematik wäre bei der Urteilsfällung eine Verknüpfung mit allfälligen mildereren Ersatzmassnahmen, damit keine Beschwerde erhoben werden muss. Somit könnten die Verfahrensziele eventuell trotzdem erreicht, eine mögliche Schädigung des inhaftierten Jugendlichen vermieden und das Vertrauensverhältnis aufrechterhalten werden.

6.5 Fazit

In diesem Kapitel wurde aufgezeigt, dass es weniger die eigentliche Frage nach der Beschwerdelegitimation der Staatsanwalt war, welche der Lehre und dem Bundesgericht Kopfzerbrechen bereitete, sondern demgegenüber die Folgefragen, welche sich stellten. Das Bundesgericht musste sich zuerst mit dem eigentlichen Beschwerderecht befassen. Kritisch hinterfragt wurde vor allem die Auslegung des Gesetzestextes. In der Folge ergaben sich in der Praxis weitere Probleme, womit sich das Bundesgericht gezwungen sah, ein ganzes Regelwerk einzuführen. Trotz einiger Kritik aus der Lehre, bewährte sich die Praxis des Bundesgerichtes bis heute.⁴⁴⁰ Dennoch erscheint es vor allem im Hinblick auf den nicht gänzlich gelösten Widerspruch mit übergeordneten Garantien wie Art. 31 Abs. 1 BV und Art. 5 EMRK richtig, dass dieses Regelsystem in den Gesetzestext übernommen wird. Somit können praktisch alle umstrittenen Punkte der derzeitigen Praxis gelöst werden. Wie aufgezeigt wurde, gibt es einige kleinere Abweichungen, welche in den Vernehmlassungen teilweise kritisiert wurden, dies entweder aus finanziellen oder praktischen Gründen. Diese Kritik ist jedoch nicht ganz verständlich, da bereits heute ein praktisch identischer Aufwand betrieben werden muss, um die Praxis des Bundesgerichtes umsetzen zu können. Im Jugendstrafrecht sollte diese Vorgehensweise nach hier vertretener Meinung jedoch nur sehr zurückhaltend angewendet werden. Zu gross scheint die Gefahr vor einer psychischen Schädigung des Jugendlichen und dem nachhaltig gestörten Vertrauensverhältnis zu den Behörden. Sollte die Untersuchungsbehörde dennoch eine Beschwerde gegen den Zwangsmassnahmenentscheid erheben, ist sicherzustellen, dass die negativen Einflüsse auf den Jugendlichen durch eine intensivierete Betreuung abgeschwächt werden. Insgesamt ist die neue Regelung jedoch zu begrüßen, wobei vor allem im Erwachsenenstrafrecht die Vorteile klar überwiegen.

⁴⁴⁰ Bericht VE StPO 2017, Ziff. 2.1.28.

7 Schlusswort

In dieser Arbeit wurden drei Problemkreise diskutiert. Nach einem theoretischen Einstieg in die Thematik wurde an erster Stelle die Frage aufgeworfen, inwiefern Art. 212 Abs. 3 StPO einen Einfluss auf das Mindestalter bei der Anordnung der Untersuchungshaft bei jugendlichen Straftätern haben kann. Zusätzlich wurde untersucht, ob die Praxis, auch unter 15-Jährige zu inhaftieren, mit übergeordnetem Recht im Einklang steht. Es wurde aufgezeigt, dass Art. 212 Abs. 3 StPO weit mehr umfasst, als nur Freiheitsstrafen. So können auch andere Sanktionen und sogar Massnahmen bei der Bemessung der Untersuchungshaft miteinbezogen werden. Das Argument, dass Art. 212 Abs. 3 StPO i.V.m. Art. 25 JStG ein Mindestalter für die Untersuchungshaft statuieren würde, wurde widerlegt. Nach hier vertretener Meinung muss zudem beachtet werden, dass Art. 212 Abs. 3 StPO keinen Zusammenhang mit dem Strafen- und Massnahmenkatalog aufweist und nur anhand von Art. 431 Abs. 3 StPO und den Umwandlungssätzen bemessen wird. Dennoch kommt man auch mit dieser Argumentation auf das gleiche Ergebnis wie die bundesgerichtliche Rechtsprechung. Abschliessend wurde aufgezeigt, dass diese Regelung auch im Einklang mit internationalen Vorgaben steht.

Als zweites Problem wurde betrachtet, inwiefern sich die unterschiedliche Behandlung von Jugendlichen gegenüber Erwachsenen bei der Anordnung der Untersuchungshaft legitimieren lässt. Da die Anordnung im Erwachsenenstrafrecht durch das Zwangsmassnahmengericht erfolgt, bei Jugendlichen aber die untersuchende Behörde hierzu zuständig ist, könnte das Recht auf eine unverzügliche gerichtliche Haftprüfung verletzt sein. Es zeigte sich, dass Art. 31 Abs. 3 BV tatsächlich verletzt wird, da eine verfassungsmässige Grundlage für eine Abweichung bei Jugendlichen nicht besteht. Der Autor ist aber der Meinung, dass Art. 31 Abs. 3 BV aus entstehungsgeschichtlichen Gründen im Lichte von Art. 5 EMRK ausgelegt werden muss. Art. 5 EMRK erlaubt eine spezielle Behandlung von Jugendlichen, womit die in Art. 5 Abs. 3 EMRK vorgeschriebene unverzügliche gerichtliche Haftprüfung bei Jugendlichen nicht erfolgen muss. Bei der Übernahme von Art. 5 EMRK in die neue Bundesverfassung muss diese Ausnahme wohl vergessen worden sein, da sich den Materialien keine Absicht des Gesetzgebers entnehmen lässt, eine Änderung am Sinngehalt von Art. 5 EMRK vorzunehmen. Jugendliche haben somit nach der völkerrechtlichen Auslegung von Art. 31 Abs. 3 BV keinen Anspruch auf unverzügliche richterliche Überprüfung der Haft.

Als drittes und letztes Problem wurde die Praxis des Bundesgerichtes untersucht, nach welcher die Staatsanwaltschaft, entgegen dem Wortlaut von Art. 222 StPO, bei Entscheiden des Zwangsmassnahmengerichtes ein Beschwerderecht hat. Dabei wurde ersichtlich, dass die Brisanz dieser Entscheidung nicht in erster Linie bei der Frage der Legitimation lag, sondern bei den daraus resultierenden Folgen in der Praxis. Das Bundesgericht hat deshalb praeter legem ein Lösungssystem eingeführt, welches in der Lehre teilweise Kritik steht. Obwohl das

Lösungssystem des Bundesgerichtes gefestigt ist, sollte es zur Bereinigung der verschiedenen Problemstellen in den Gesetzestext aufgenommen werden. Praktisch alle umstrittenen Punkte liessen sich dadurch beheben. Der Kritik der Kantone betreffend der Mehrkosten sowie den praktischen Problemen der Gerichtsorganisation ist entgegenzuhalten, dass die Unterschiede zur bisherigen Praxis keine Auswirkungen auf die Organisation der Behörden haben, da der Pikettdienst bisher auch hat gewährleistet werden müssen. Der Autor begrüsst deshalb den Vorentwurf, da die Vorteile des vorgeschlagenen Gesetzestextes klar überwiegen. Einzig im Jugendstrafverfahren sollten die Untersuchungsbehörden bei der Beschwerde gegen Entschiede des Zwangsmassnahmengerichtes grösste Zurückhaltung üben. Dies Aufgrund der Gefahr psychischer Schäden des Jugendlichen und dem Risiko eines nachhaltig geschädigten Verhältnisses zu den Behörden. Wird trotzdem Beschwerde erhoben, ist sicherzustellen, dass die negativen Einflüsse durch intensive Betreuung abgeschwächt werden. Es bleibt abzuwarten, ob der Gesetzestext aufgrund der Kritik der Kantone nochmals angepasst wird. Die bisherigen Normen betreffend der Beschwerdelegitimation der Staatsanwaltschaft und dem Beschwerdeverfahren sind jedoch sehr zu begrüssen. Bei der Diskussion um das Fehlen eines Mindestalters und die fehlende unverzügliche gerichtliche Haftüberprüfung, wurde ersichtlich, dass eigentlich nur gewisse Regeln im «soft law» mit der Praxis in der Schweiz im Konflikt stehen. Es wird sich in Zukunft zeigen, wie die internationale Gemeinschaft mit beiden Themen umgehen wird und ob konkrete Regelungen nicht doch noch ins «hard law» übernommen werden. Je nach Vorschriften müsste die Schweiz dann Anpassungen am Gesetzestext vornehmen.

Eigenständigkeitserklärung

"Ich erkläre hiermit,

- dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig, ohne fremde Hilfe und ohne Verwendung anderer als der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe;
- dass ich sämtliche verwendeten Quellen erwähnt und gemäss gängigen wissenschaftlichen Zitierregeln korrekt zitiert habe;
- dass das Thema, die Arbeit oder Teile davon nicht bereits Gegenstand eines Leistungsnachweises einer anderen Veranstaltung oder Courses waren, sofern dies nicht ausdrücklich mit dem Referenten /der Referentin im Voraus vereinbart wurde und in der Arbeit ausgewiesen wird;
- dass ich ohne schriftliche Zustimmung der Universität keine Kopien dieser Arbeit an Dritte aushändigen oder veröffentlichen werde, wenn ein direkter Bezug zur Universität St. Gallen oder ihrer Dozierenden hergestellt werden kann;
- dass ich mir bewusst bin, dass meine Arbeit elektronisch auf Plagiate überprüft werden kann und ich hiermit der Universität St. Gallen laut Prüfungsordnung das Urheberrecht soweit einräume, wie es für die Verwaltungshandlungen notwendig ist;
- dass ich mir bewusst bin, dass die Universität einen Verstoss gegen diese Eigenständigkeitserklärung sowie insbesondere die Inanspruchnahme eines Ghostwriter-Service verfolgt und dass daraus disziplinarische wie auch strafrechtliche Folgen resultieren können, welche zum Ausschluss von der Universität resp. zur Titelaberkennung führen können."

Datum und Unterschrift

.....

Mit Einreichung der schriftlichen Arbeit stimme ich mit konkludentem Handeln zu, die Eigenständigkeitserklärung abzugeben, diese gelesen sowie verstanden zu haben und, dass sie der Wahrheit entspricht.