Reform der Untersuchungshaft

Marc Thommen

Weshalb die Haftanrechnung (Art. 51 StGB) abgeschafft werden sollte

I. Vier Begegnungen mit dem Jubilar

Im ersten Teil erzähle ich, wie Christian Schwarzenegger mich mit einer willkürlichen Prüfungsfrage zur Untersuchungshaft in die Arme des Strafrechts trieb (I.). Im zweiten Teil stelle ich vier Thesen auf, wie die Untersuchungshaft in der Schweiz reformiert werden könnte (II.). Der Beitrag endet – Spoiler Alert! – in einem Freispruch des Jubilars (III.).

A. Die Prüfung

Das erste Mal bin ich Christian Schwarzenegger im Herbst 2000 in seinem damaligen Büro an der Wilfriedstrasse 6 in Zürich begegnet. Der Anlass war meine mündliche Lizenziatsprüfung. Im materiellen Strafrecht ging es um einen Schwarzfahrer, der sich in seinem Zugabteil schlafend gestellt hatte. Im Strafprozessrecht wollte Christian Schwarzenegger wissen, mit welchen Rechtsmitteln man die Anordnung von Untersuchungshaft anfechten könne. Die Prüfung war *ein* grosses Desaster. Wir haben eine geschlagene Viertelstunde aneinander vorbeigeredet. Auf die erste Frage hatte ich ihm geantwortet, dass das Bundesgericht das Schwarzfahren nicht länger als Erschleichen einer Leistung nach Art. 150 StGB einstufe, sondern bloss noch als Verletzung von Art. 51 des Transportgesetzes[1].[2] Hören wollte er natürlich, dass das Sich-schlafend-Stellen immer noch von Art. 150 StGB erfasst sei, weil es eine täuschende Komponente umfasse.[3] Die Antwort auf die zweite Frage schien mir klar: Staatsrechtliche Beschwerde. Falsch, sagte er, es sei die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde, aber die Zeit sei nun sowieso um. Ich solle draussen warten. Bei der Eröffnung sagte er mir, das sei eine schlechte Prüfung gewesen. Ich hätte da einiges ganz grundsätzlich nicht verstanden. Er hoffe einfach, dass ich künftig nicht im Strafrecht tätig sein werde.

B. Die Debatten

Das zweite Mal bin ich Christian Schwarzenegger dann rund ein Jahr später begegnet. Nach einem kurzen Abstecher in die Anwaltspraxis trat ich im Dezember 2001 meine Assistenzstelle bei Georg Müller an. Dessen Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht befand sich ebenfalls an der Wilfriedstrasse 6. So kam es, dass ich erstmals mit Christian unter dem gleichen Dach arbeiten durfte. Man sieht sich bekanntlich immer zwei Mal im Leben, sagte ich ihm auf meiner Vorstellungsrunde. Selbstverständlich hatte er längst vergessen, dass er mich je geprüft hatte. Das Verhältnis wurde in der Folge aber rasch besser als er erfuhr, dass ich seinen Ratschlag, dem Strafrecht fernzubleiben, ignoriert und bei Kurt Seelmann ein

1 Bundesgesetz vom 4. Oktober 1985 über den Transport im öffentlichen Verkehr (Transportgesetz, TG) (SR 742.40). Dieser Erlass ist nicht länger in Kraft (ursprüngliche Fassung gemäss Referendumsvorlage).

2 BGE 117 IV 449.

3 Umstritten, dazu heute Weissenberger, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht II, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 150 N 14.

strafrechtliches Dissertationsprojekt an die Hand genommen hatte. Er gewährte mir freien Zugang zu seiner Privatbibliothek und war immer offen für strafrechtsdogmatische Debatten. So haben wir viel diskutiert über die Grenzen der Rechtfertigung bei Vertretereinwilligungen. Mit grossem Stolz erfüllte mich als jungen Doktor der Rechtswissenschaften sodann, dass er einen Interpretationsvorschlag aus meiner Dissertation in seinem Basler Kommentar zum Schwangerschaftsabbruch aufnahm.[4]

C. Das Vorsingen

Das dritte wichtige Rencontre hatten Christian und ich im Mai 2012 anlässlich meines «Vorsingens» an der Universität Zürich. Hier gab er mir mit seiner Frage, ob ich mir auch vorstellen könnte, in einer anderen Amtssprache zu unterrichten, einen Steilpass, der Kommission die Idee einer Vorlesung auf Französisch zu präsentieren. Seit 2013 sind Christian und ich Fachgruppenkollegen. Seit 2016 befinden sich unsere Lehrstühle sogar im gleichen Büro. Wobei sein Lehrstuhl hier im Wesentlichen ein Leerstuhl ist. Höhere Weihen zwingen unseren Pontifex maximus i.V. derzeit dazu, Stadt und Weltkreis den Segen der Alma Mater Turicensis zu spenden, sodass Schwarzenegger in den Büroräumlichkeiten an der Treichlerstrasse 10 nur noch in Gestalt einer lebensgrossen Pappmaché-Tafel seines Onkels zweiten Grades Arnold anzutreffen ist.

D. Der Showdown

Nach einem harzigen Start verbindet Christian und mich unterdessen ein sehr herzliches, freundschaftlich kollegiales Verhältnis. Wer hätte vor 20 Jahren gedacht, dass mich die Prüfungswillkür des Jubilars in die Arme des Strafrechts treiben würde. Weil man unter Freunden Offenheit pflegen soll, kann ich es heute zugeben: Als ich im Herbst 2000 mit dem Kohlhaas'schen Zorn des ungerecht Behandelten aus der mündlichen Prüfung stampfte, versuchte ich mich mit der Gewissheit zu beruhigen, dass der Tag für eine Richtigstellung kommen werde. Fiat justitia et pereat mundus,[5] oder wie der Terminator sagen würde: Hasta la vista, Chrigi! Die vierte Begegnung im Rahmen dieser Festschrift gibt mir nun die Gelegenheit für eine Richtigstellung: Unter der alten Zürcher Strafprozessordnung war nur ein Rechtsmittel auf Bundesebene gegen die Anordnung der Untersuchungshaft gegeben. § 62 Abs. 4 StPO ZH bestimmte: «*Der Haftrichter entscheidet endgültig*».[6] Gemeint war auf Kantonsebene endgültig. Damit schied die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde aus, möglich war nur noch die staatsrechtliche Beschwerde (Art. 84 Abs. 1 OG[7]). Darin waren sich das Zürcher Kassationsgericht, das Bundesgericht und die Lehre einig.[8] Ich hatte also Recht! Ob ich auch Recht behalten würde, wird sich abschliessend zeigen (III.).

II. Vier Thesen zur Untersuchungshaft

Natürlich war die Eingangsanekdote zur Prüfung nur der Vorwand, um an dieser Stelle ein paar seit Längerem gehegte Thesen zur Untersuchungshaft auszubreiten. «L'effet désocialisant de la détention préventive: un mal nécessaire?», fragte kürzlich der Waadtländer Staatsanwalt Laurent Contat anlässlich eines Panels, das von Christian Schwarzenegger geleitet wurde.[9] In der vor Christian Schwarzenegger mitherausgegebenen Festschrift für Stefan Trechsel warf Peter Albrecht

4 Nach wie vor Schwarzenegger/Heimgartner, in: Niggli/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Strafrecht I, 4. Aufl., Basel 2019, Art. 119 N 7 m.H.a. Thommen, Medizinische Eingriffe an Urteilsunfähigen und die Einwilligung der Vertreter, Eine strafrechtliche Analyse der stellvertretenden Einwilligung, Diss. Basel 2004, 104 ff.

5 Gerechtigkeit geschehe, möge auch die Welt darüber zugrunde gehen [eigene Übersetzung].

6 § 60 ff. Strafprozessordnung (StPO) des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919 (LS 321), in der Version der Revision vom 01.09.1991 (OS 51, 851).

7 Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege (Bundesrechtspflegegesetz [OG]) vom 16. Dezember 1943 (SR 173.110). Dieser Erlass ist nicht länger in Kraft.

8 BGer vom 07.10.1992, 1P.516 und 518/1992, auszugsweise abgedruckt in: EuGRZ 1992, 553; ferner KassGer ZH vom 19.03.1993, ZR 91/1992, 258 Nr. 71; Schmid, Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 4. Aufl., Zürich u.a. 2004, N 712c.

9 Schweizerische Arbeitsgruppe für Kriminologie (SAK), Wiedereingliederung im Kontext der Null-Risiko-Gesellschaft, Von nothing works zu something works sometimes, Tagung vom 06.-08.03.2019 in Interlaken, Nachmittags-Panel vom 07.03.2019: Strafverfahren als Entsozialisierung oder Wiedereingliederung im Strafverfahren?, Laurent Contat, L'effet désocialisant de la détention préventive : un mal nécessaire ?.

die Frage auf, ob die Untersuchungshaft eine Strafe ohne Schuldspruch sei.[10] Intuitiv möchte man die erste Frage mit ‚Nein' und die zweite mit ‚Ja' beantworten. Jede Justizepoche hat ihre dunklen Seiten. Heute schauen wir mit Empörung auf die Inquisition zurück und sonnen uns in der trügerischen Gewissheit, dass Folter, Misshandlung und Rechtlosigkeit von Untersuchungsgefangenen der Vergangenheit angehören.[11] Bereits knapp zehn Jahre nach der Einführung des «Anwalts der ersten Stunde» können wir uns kaum mehr vorstellen, dass kantonale Strafprozessordnungen den Zugang zu StrafverteidigerInnen im Ermittlungsverfahren beschränkten.[12] Meine Prognose ist, dass die Art und Weise, wie Untersuchungshaft in der schweizerischen Strafverfolgungspraxis heute angeordnet[13] und vollzogen[14] wird, von künftigen Juristengenerationen auch nur noch mit ungläubigem Kopfschütteln zur Kenntnis genommen werden wird.[15]

Gemäss dem World Prison Brief waren in der Schweiz per 31. Januar 2019 insgesamt 6'943 Personen inhaftiert. Das ergibt eine Rate von 81 Personen pro 100'000 Einwohner. Von der Gefängnispopulation sind rund 42 % in Untersuchungs- und Sicherheitshaft (pre-trial detainees),[16] was eine Rate von 34 Untersuchungsgefangenen pro 100'000 Einwohner ergibt. Die Zahlen zu den Untersuchungsgefangenen sind seit 2000 relativ stabil,[17] im internationalen Vergleich aber sehr hoch,[18] was nur schon ein Blick auf unsere Nachbarländer zeigt:[19]

10 Albrecht, Die Untersuchungshaft – eine Strafe ohne Schuldspruch?, Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht, in: Donatsch/Forster/Schwarzenegger (Hrsg.), Festschrift für Stefan Trechsel, Zürich u.a. 2002, 355 ff.

11 Zu den Missständen des gemeinrechtlichen Inquisitionsverfahrens kurz, aber wie immer prägnant Wohlers, Entstehung und Funktion der Staatsanwaltschaft, ein Beitrag zu den rechtshistorischen und strukturellen Grundlagen des reformierten Strafprozesses, Diss. Hamburg 1992/1993, 54 ff.

12 Gemäss Botschaft zur Vereinheitlichung des Strafprozessrechts vom 21. Dezember 2005, BBl 2006, 1085 ff., 1193 erlaubten nur Aargau und Solothurn der Verteidigung bereits bei polizeilichen Einvernahmen anwesend zu sein. Aus heutiger Sicht kaum mehr nachvollziehbar, ist auch die Regelung von § 17 Abs. 2 StPO/ZH (Fn. 6): «*Der Untersuchungsbeamte hat dem Verteidiger Gelegenheit zu geben, an den Einvernahmen des Angeschuldigten teilzunehmen, wenn dieser es verlangt und der Zweck der Untersuchung dadurch nicht gefährdet wird. Im Kanton zugelassene Rechtsanwälte sind zur Einvernahme stets zuzulassen, sobald der Angeschuldigte vor dem Untersuchungsbeamten erstmals einlässlich ausgesagt hat oder sich seit 14 Tagen in Haft befindet.*»

13 Differenziert zur Fluchtgefahr (Art. 221 Abs. 1 lit. a StPO) Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 3. Aufl., Bern 2012, 914 ff.; m.w.H. zur überproportionalen Inhaftierung von Ausländern Manfrin, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Ein Beitrag zur Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsprinzips im Haftrecht, Diss. Luzern 2014, 62; praktisches Beispiel bei Hürlimann, In U-Haft gerät man schneller, als man denkt, NZZ-Online vom 03.09.2015; berechtigte Kritik zur pauschalen Annahme von Kollusionsgefahr (lit. b) bei Oberholzer, a.a.O., 909; für enge zeitliche Begrenzung der Haft bei Kollusionsgefahr Albrecht, Die Kollusionsgefahr als Haftgrund (unter besonderer Berücksichtigung von § 69 lit. b der revidierten baselstädtischen Strafprozessordnung), BJM 1999, 1 ff., 19; zur Wiederholungsgefahr (lit. c) zu Recht kritisch ders. (Fn. 10), 357 f.; eingehend Conte, Die Grenzen der Präventivhaft gemäss Schweizerischer Strafprozessordnung, Diss. Zürich 2018, 95 ff.; zu Recht kritisch zur Ausführungsgefahr (Abs. 2) Seelmann, Präventive Strafverfolgung – ein notwendiges Oxymoron?, in: Coninx/Ege/Mausbach (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Analysen und Perspektiven von Assistierenden des Rechtswissenschaftlichen Instituts der Universität Zürich, Zürich 2017, 107 ff.; eingehend Conte, a.a.O., 173 ff.; zu apokryphen Haftgründen Manfrin, a.a.O., 57 ff.

14 Plastisch Jositsch/Ege/Schwarzenegger, Strafrecht II, Strafen und Massnahmen, 9. Aufl., Zürich u.a. 2018, 307 ff.; kritisch zur «Grundrechtskonformität des Vollzugs der Untersuchungshaft» Tätigkeitsbericht Nationale Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF) 2014, 25 ff., insb. 45, wonach etwa mit Blick auf die Unschuldsvermutung «*Zelleneinschlüsse von mehr als zwanzig Stunden für Personen in Untersuchungshaft grundrechtswidrig sind*»; ferner Baechtold/Weber/Hostettler, Strafvollzug, Straf- und Massnahmenvollzug an Erwachsenen in der Schweiz, 3. Aufl., Bern 2016, 97 («*[…] meist Einzelhaft ohne Möglichkeit der Beschäftigung*»); Gfeller/Bigler/Bonin, Untersuchungshaft, Ein Leitfaden für die Praxis, Zürich u.a. 2017, N 20 ff.; siehe auch Feusi, U-Haft ist härter als der Strafvollzug, NZZ-Online vom 13.06.2018 («*In den Zürcher Untersuchungsgefängnissen werden die Häftlinge in der Regel 23 Stunden am Tag eingeschlossen und isoliert. Sie müssen dort auch alleine essen, der einstündige Spaziergang im Gefängnishof ist die einzige Abwechslung, und zur Monotonie kommt die Ungewissheit über die Dauer der U-Haft.*»).

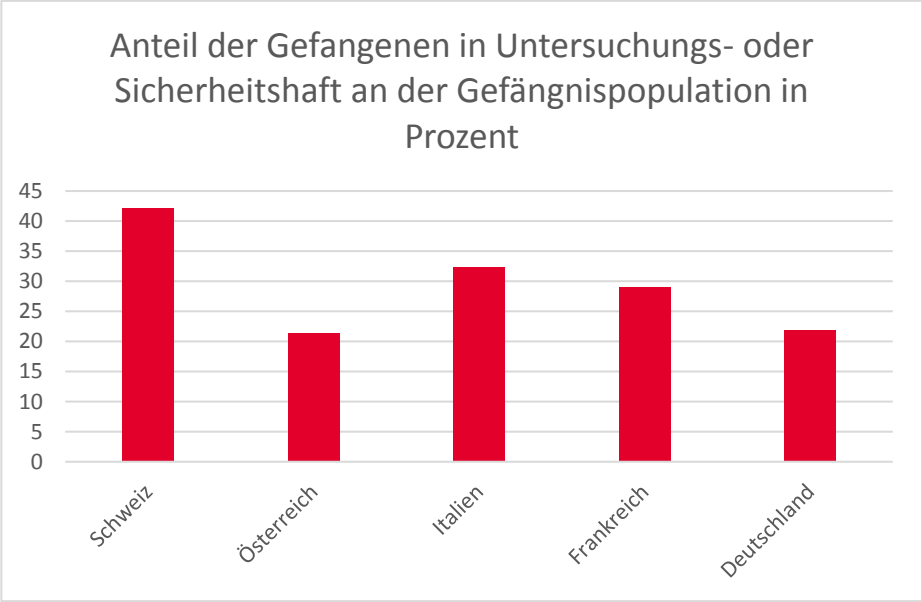
15 Riklin, Postulate zur Reform der Untersuchungshaft. Unter besonderer Berücksichtigung der Anforderungen der europäischen Menschenrechtskonventionen und des schweizerischen Verfassungsrechts, ZStrR 1987, 57 ff., 81 («*Der Vollzug der Untersuchungshaft gehört zu den dunkelsten Kapiteln des schweizerischen Haftrechts*»); siehe auch Hürlimann, Die Untersuchungshaft – ein düsteres Kapitel, NZZ-Online vom 09.09.2016.

16 World Prison Brief (WPB), Institute for Criminal Policy Research (ICPR), Birkbeck College, University of London, World Prison Brief Data for Switzerland, 31.01.2019.

17 Im Detail ('further information' on WPB [Fn. 16]): 2000 (42 % [33/100.000]), 2005 (39 % [32]), 2010 (41 % [32]), 2015 (40 % [33]).

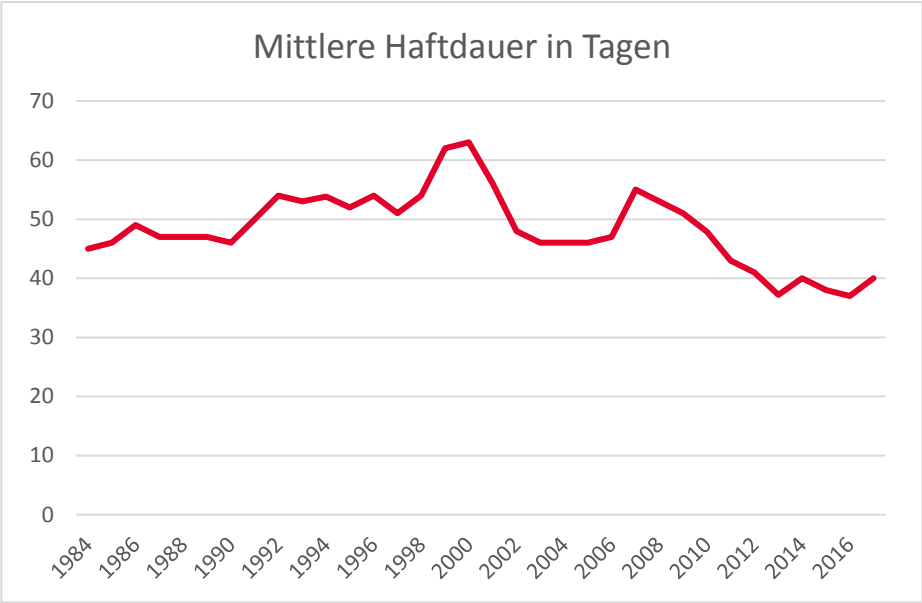
18 Gl.M. Summers, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 2. Aufl., Basel 2014, Art. 5 N 5.

19 Quelle: WPB (Fn. 16), (Stand 13.06.2019).



Was die Dauer der Untersucungshaft anbelangt, so weist die Statistik zur Anrechnung von Untersuchungshaft für das Jahr 2017 total 19'995 Urteile (i.e. 18,5 % aller 107'932 erfassten Urteile) aus, in denen Haft angerechnet wurde. Dabei wurde in 14'896 Fällen bis 2 Tage, in 1'396 Fällen 3 Tage bis 1 Monat, in 1'297 Fällen 1-3 Monate, in 1069 Fällen 3-6 Monate, in 822 Fällen 6-12 Monate und in 515 Fällen mehr als ein Jahr Haft angerechnet. Die mittlere Haftdauer lag 2017 bei 40 Tagen, wo sie sich nach einem Hoch um die Jahrtausendwende nun einzupendeln scheint:[20]

20 Bundesamt für Statistik (BFS), Kriminalität und Strafrecht, Tabelle Nr. je-d-19.03.03.02.01.05.02 (veröffentlicht: 24.06.2019; online: https://www.bfs.admin.ch/asset/de/je-d-19.03.03.02.01.05.02), allerdings mit Einschränkungen zur Aussagekraft insb. von Urteilen mit schweren Straftaten sowie zum Begriff der Untersuchungshaft: Die Statistik bezieht sich auf Art. 51 StGB und berücksichtigt daher (wohl) jede in einem Strafverfahren verhängte Haft, d.h. neben der Untersuchungshaft gemäss Art. 220 ff. StPO wohl auch Sicherheits- und Auslieferungshaft sowie andere Einschränkungen der Bewegungsfreiheit von mind. 3 Stunden (siehe Art. 110 Abs. 7 StGB; Mettler/Spichtin, BSK StGB I (Fn. 4), Art. 51 N 13 ff.). Einschlägige Daten zur Dauer der von den Zwangsmassnahmengerichten angeordneten Untersuchungshaft liegen bedauerlicherweise keine vor.



Laurent Contat hat ferner aufgezeigt, dass im Kanton Waadt die Summe aller Untersuchungshafttage allein in den vergangenen 4 Jahren um 27.5 % zugenommen hat, von 74'434 im Jahr 2015 auf 102'615 im Jahr 2018 und dies obwohl 2015 sogar noch etwas mehr Personen (1'489) inhaftiert waren als 2018 (1'439).[21]

Soweit ersichtlich fehlen für die Schweiz umfassende empirische Erhebungen zur Untersuchungshaft. Doch nur schon der im internationalen Vergleich hohe Anteil von Untersuchungshäftlingen an der gesamten Gefängnispopulation lässt vermuten, dass in der Schweiz die Repression eher in der Untersuchung als im Urteil und im Vollzug gesucht wird. Bei den in Strafurteilen auszufällenden Sanktionen (Geldstrafe, bedingter Strafvollzug, electronic monitoring, gemeinnützige Arbeit etc.) wird sehr darauf geachtet, den Betroffenen nicht unnötig zu desozialisieren.[22] Auch in der Vollzugsphase wird hierzulande viel Gewicht auf Resozialisierung gelegt.[23] Im Vergleich dazu scheinen die Untersuchungsbehörden eher zurückhaltend von Ersatzmassnahmen Gebrauch zu machen.[24] Im Folgenden möchte ich deshalb vier Thesen zu Diskussion stellen, wie die Untersuchungshaft reformiert werden könnte.

A. 1. These: Alles in eine Hand

Meine erste These lautet, dass *Haftanordnung* und *Haftentlassung* in einer Hand vereinigt sein sollten. Damit meine ich nicht die Rückkehr zu den früheren Zürcher Verhältnissen. Vor 1990 lagen diese beiden Befugnisse in den Händen der Bezirksanwälte.[25] Diese Regelung hat Strassburg bekanntlich für konventionswidrig erklärt.[26] In der Folge mussten deshalb unabhängige Haftrichter geschaffen werden,[27] die über die *Anordnung* von Untersuchungshaft zu entscheiden hatten.[28] Die Befugnis zur jederzeitigen *Haftentlassung* blieb allerdings weiterhin beim Bezirksanwalt.[29] Diese Regelung fand auch Eingang in die schweizerische Strafprozessordnung. Die Untersuchungshaft wird durch das Zwangsmassnahmengericht angeordnet.[30] Die Haftentlassung kann die Staatsanwaltschaft jederzeit in eigener Regie oder auf Gesuch der inhaftieren Person verfügen. Erst wenn die Staatsanwaltschaft diesem Gesuch nicht entspricht, entscheidet das Zwangsmassnahmengericht über die Haftentlassung.[31] Auf den ersten Blick ist diese Regelung sinnvoll: Die Anordnung von Haft ist ein gravierender Eingriff in die persönliche Freiheit. Dieser Entscheid soll von einer Person gefällt werden, die nicht durch ihre eigene Untersuchungshypothese voreingenommen ist und deshalb

21 Contat (Fn. 9).

22 Art. 34 Abs. 2 StGB; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 14), 131 («*Weiter darf die Geldstrafe den Gedanken der Resozialisierung nicht aus den Augen verlieren*»).

23 Art. 75 StGB; BGE 124 IV 246 E. 2b; Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 14), 20 («*Bei der Vollstreckung der Strafen rückt schliesslich der Resozialisierungsgedanke ganz ins Zentrum*»).

24 Manfrin, Ersatzmassnahmen für Untersuchungshaft – Bedeutungsloses Verhältnismässigkeitsprinzip in der Haftpraxis?, in: Mona/Riklin (Hrsg.), Rechtswidrige Zustände?, Untersuchungshaft in der Kritik – Contraire à la loi?, La détention provisoire sous la loupe, 63 ff.; Materialien der Fachgruppe Reform im Strafwesen, Band 10, Bern 2017, 63 ff., der aufzeigt, dass von den am Bezirksgericht Winterthur in den Jahren 2009-2015 behandelten ca. 1'000 Haftfällen nur 90 Mal von der Staatsanwaltschaft ausschliesslich Ersatznahmen beantragt wurden.

25 Vgl. § 49 Gesetz betreffend den Strafprozeß (Strafprozeßordnung) des Kantons Zürich vom 4. Mai 1919, OS 31, 327 ff.; vgl. dazu Schmid, Strafprozessrecht, Zürich 1989, N 712 f.

26 EGMR vom 23.10.1990, Affaire Huber v. Suisse (Requête No 12794/87), § 42 f.; siehe auch zusammenfassend BGE 131 I 36 E. 2.3 m.w.H.

27 § 24a Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 (LS 211.1), in der Version der Revision vom 03.03.1991; noch skeptisch dazu Schmid, Strafprozessrecht, Eine Einführung auf der Grundlage des Strafprozessrechtes des Kantons Zürich und des Bundes, 2. Aufl., Zürich 1993, N 696, wonach fundierte Untersuchungen darüber fehlten, «*ob diese Gesetzesänderung die Stellung des verhafteten Angeschuldigten wirklich oder nur formal zu verbessern vermochte*».

28 § 60 Abs. 2 StPO/ZH (Fn. 6).

29 § 64 Abs. 3 StPO/ZH (Fn. 6); Donatsch, in: Donatsch/Schmid (Hrsg.), Kommentar zur Strafprozessordnung des Kantons Zürich, 2. Lieferung, Zürich 1998, § 64 N 21 («*Der Untersuchungsbeamte kann zum einen dem Gesuch Folge geben und den Angesch. entlassen…*»); in EGMR vom 04.12.1979, i.S. Schiesser v. die Schweiz (App.No. 7710/76), Ziff. 31, der die Haftbefugnisse der Zürcher Bezirksanwaltschaft betraf, forderte der EGMR, dass der Untersuchungsbeamte («officer»), der die erste Einvernahme durchführt, die Befugnis haben soll, den Beschuldigten zu entlassen, wenn keine Haftgründe gegeben sind.

30 Art. 226 StPO; Botschaft StPO (Fn. 12), 1230; kritisch zur Unabhängigkeit des Zwangsmassnahmengerichts im Haftverfahren Roos/Fingerhuth, Fairness im Haftverfahren aus Sicht der Verteidigung, zur Publikation vorgesehen in: forumpoenale, Heft 6, Kapitel III. Struktur des Haftverfahrens.

31 Art. 228 StPO; Forster, BSK StPO (Fn. 18), Art. 228 N 2 ff.

Gefahr läuft, die Haft als Druckmittel einzusetzen. Die Haftentlassung hingegen gibt der betroffenen Person ihre Freiheit zurück; dieser Entscheid erscheint unverdächtig.

Selbstverständlich soll die Staatsanwaltschaft Beschuldigte nach einer Festnahme weiterhin sofort auf freien Fuss setzen können, wenn keine Haftgründe gegeben sind. Sobald aber Untersuchungshaft angeordnet wird, birgt die personelle Trennung von Haftanordnung und -entlassung die Gefahr, dass sich die Akteure die Verantwortung für die persönliche Freiheit des Inhaftierten gegenseitig zuschieben.[32] Obwohl die Zwangsmassnahmengerichte gesetzlich verpflichtet sind, stets die mildeste Massnahme auszufällen (Art. 196 Abs. 1 lit. c StPO), gehen sie in der Praxis wohl nicht zuletzt aus Effizienzgründen häufig an die Grenze des gesetzlich Erlaubten und ordnen 3 Monate Untersuchungshaft (Art. 227 Abs. 1 Satz 2 StPO[33]) an.[34]

Die ZwangsmassnahmenrichterInnen können sich damit beruhigen, dass es der Staatsanwaltschaft, die ja näher an den Fakten des Falls dran ist, jederzeit freistehe, den Beschuldigten wieder auf freien Fuss zu setzen. Die Staatsanwaltschaft auf der anderen Seite kann sich sagen, dass das gesetzlich dem Verhältnismässigkeitsprinzip verpflichtete Gericht nach Einsicht aller verfügbaren Fakten eine Haftdauer von 3 Monaten abgesegnet hat. Das Problem der Verantwortungsdelegation wird auch nicht dadurch behoben, dass das Zwangsmassnahmengericht letztlich für von der Staatsanwaltschaft abgelehnte Haftentlassungsgesuche zuständig bleibt (Art. 228 Abs. 2 StPO). Die Zwangsmassnahmengerichte können sich auch hier sagen, dass die mit den Umständen des Falles vertraute Staatsanwaltschaft dem Gesuch gerade nicht entsprochen hat und sie ausserdem die Möglichkeit hat, die beschuldigte Person auch ohne Gesuch jederzeit freizulassen. Die Staatsanwaltschaft kann sich demgegenüber darauf stützen, dass ihrem negativen Haftentlassungsentscheid keine endgültige Wirkung zukommt und die Zwangsmassnahmengerichte letztlich darüber entscheiden.

Hinzu kommt, dass die Befugnis, den Inhaftierten jederzeit zu entlassen, der Staatsanwaltschaft ein mit Blick auf die Selbstbelastungsfreiheit mächtiges (Geständnis-)Druckmittel in die Hände gibt.[35] Selbst wenn sich die Strafbehörden bemühen, verantwortungsvoll mit ihren Machtbefugnissen umzugehen,[36] wohnen der personellen Trennung von Haftanordnung und -entlassung somit systemische Gefahren inne, die es de lege ferenda zu überdenken gilt. Eine Möglichkeit wäre, die Anordnung von Untersuchungshaft und die Entlassung aus einer einmal angeordneten Haft beim Zwangsmassnahmengericht in einer Hand zu vereinen. Damit liesse sich der positive Effekt der alten

32 Vgl. dazu Interview mit Käser und Heeb, «Die Untersuchungshaft wird missbraucht», pläd 5/2015, 8 ff., 12 («[Heeb]: *Gerichte denken sich, der Staatsanwalt werde schon gute Gründe für die Untersuchungshaft haben. Gleichzeitig sagen die Staatsanwälte, sie würden ja nur den Antrag stellen, schliesslich entscheide das Gericht. Das ist eine Situation, in der faktisch niemand die Verantwortung für die Inhaftierung übernimmt.*»).

33 Hug/Scheidegger, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), 2. Aufl., Zürich u.a. 2014, Art. 227 N 10.

34 Implizit wohl Schnell/Steffen, Schweizerisches Strafprozessrecht in der Praxis, Theorie, Rechtsprechung und Musterdokumente, Bern 2019, 257, wonach im Haftanordnungsverfahren «*nicht* von einer Normaldauer von drei Monaten auszugehen» sei. Die Wahrnehmung, dass die Zwangsmassnahmengerichte die Dauer der Untersuchungshaft bei der Anordnung sehr selten begrenzen, wird auch von verschiedenen Praktikern geteilt, so die an dieser Stelle zu verdankenden persönlichen Einschätzungen von Laurent Contat, Ministère public de l›arrondissement de Lausanne (Mail vom 21.06.2019), Dr. Titus Graf, Ersatzoberrichter und Gerichtsschreiber, Obergericht des Kantons Zürich (Mail vom 21.06.2019), Bezirksrichter lic. iur. Hans-Jürg Zatti, Bezirksgericht Zürich (mündliche Auskunft vom 25.06.2019) sowie Dr. Fabio Manfrin, Gerichtsschreiber am Obergericht des Kantons Zürich und Ersatzrichter am Bezirksgericht Zürich (mündliche Auskunft vom 19.06.2019). Letzterem verdanke ich auch den Hinweis auf das Ressourcenproblem. Er plädiert für eine institutionelle und personelle Stärkung der Zwangsmassnahmengerichte, ferner dafür, dass die heute schon möglichen Befristungen und Verfahrensanweisungen häufiger ausgesprochen werden sowie dafür, dass mehr Anhörungen vor dem Zwangsmassnahmengericht stattfinden und die Staatsanwaltschaft stets vorgeladen werde.

35 Manfrin (Fn. 13), 55 ff. m.w.H; zu diesem «Gesteh und Geh» eingängig auch Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 14), N 5 und 26, wo sogar von einem «gewünschten Geständnisdruck» ausgegangen wird; ferner Stern, Verteidigung in Mord- und Totschlagsverfahren, 3. Aufl., Heidelberg 2013, N 2128, wonach längst bekannt sei, dass die Androhung von Untersuchungshaft Geständniszwang erzeuge.

36 So Staatsanwalt Ulrich Weder, in: Hürlimann, «U-Haft dient auch präventiven Zwecken», NZZ-Online vom 30.12.2015; dagegen Strafverteidigerin Knodel, in: Hürlimann (Fn, 13).

Regelung, dass mit dem Untersuchungsbeamten eine Person alleine für die Haftanordnung und -entlassung verantwortlich war,[37] auf die heutige Zuständigkeitsregelung übertragen. Allerdings müsste hierzu sichergestellt sein, dass nicht bloss das Zwangsmassnahmengericht als Institution, sondern die gleiche Zwangsmassnahmenrichterin, welche die Haft angeordnet hat, auch für die Entlassung zuständig bleibt. Ansonsten verlagert sich das Problem der Verantwortungsdelegation einfach in das Zwangsmassnahmengericht.[38]

B. 2. These: Maximal sechs Monate

Meine zweite These lautet, dass die Dauer der Untersuchungshaft auf maximal sechs Monate zu beschränken ist. In der schweizerischen Strafprozessordnung gibt es keine absolute Begrenzung der Haftdauer,[39] sondern bloss eine periodische Überprüfung (Art. 227 Abs. 1 StPO).[40] Die Untersuchungshaft kann beliebig oft um drei oder sogar sechs Monate verlängert werden (Abs. 7).[41] Auch die Strassburger Rechtsprechung kennt keine wirksamen Obergrenzen. So wurde im Fall Shabani gegen die Schweiz eine fünfjährige Untersuchungshaft für noch konventionskonform (Art. 5 Ziff. 3 EMRK) erklärt.[42] In den Jahren 2010-2016 wurde jeweils in über 1'000 Fällen Untersuchungshaft von über sechs Monaten an die Strafe angerechnet.[43]

Absolute Haftdauerbeschränkungen sind ein Ceterum Censeo der Prozessrechtsdoktrin.[44] Bereits Martin Schubarth hat darauf hingewiesen, dass eine starre Haftbegrenzung einen wesentlich stärkeren Zwang auf die Untersuchungsorgane ausübe, zielstrebig zum Urteil zu kommen, als erstreckbare Haftfristen.[45] Nach Peter Albrecht sind absolute Haftfristen ein Gebot der Verhältnismässigkeit: «*Eine solche Frist dürfte für die Fälle von Fluchtgefahr im Bereiche von etwa zwei Jahren, bei blosser Kollusionsgefahr hingegen wesentlich tiefer anzusetzen sein.*»[46] Für eine Begrenzung sprechen nicht zuletzt die Kosten.[47] Der grösste Vorteil einer absoluten Beschränkung liegt aber darin, dass die Beschuldigten über die Dauer der Haft nicht länger im Ungewissen sind. Gegen Höchstgrenzen spreche gemäss Andreas Keller etwa für den Bereich der organisierten Kriminalität, dass die «*vielfältigen Möglichkeiten missbräuchlicher Verfahrensverzögerungen etwa durch Einflussnahme auf Zeugen (besonders auf solche im Ausland) Strafverfahren geradezu ins Leere laufen lassen*».[48] Dieses Argu-

37 Hierzu Strafverteidiger Ottiger, in: von Däniken, LUZERN: Vorwurf der Strafverteidiger: Zu lange U-Haft-Dauer, Luzerner Zeitung-Online vom 08.09.2014.

38 Diesen Hinweis verdanke ich einer mündlichen Auskunft vom 11.04.2019 von Bezirksrichter lic. iur. Thomas Fleischer des Bezirksgerichts Zürich.

39 Das ist vom Gesetzgeber wohl so gewollt, zumal eine absolute Beschränkung der Untersuchungshaftdauer nicht diskutiert wurde; vgl. schon Bundesamt für Justiz, Begleitbericht zum Vorentwurf für eine Schweizerischen Strafprozessordnung, Bern 2001, 163 ff.; Botschaft StPO (Fn. 12), 1231 ff.; Härri, Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf das Recht der Untersuchungshaft, AJP 2006, 1217 ff. 1225 («*keine absolute, in keinem Fall verlängerbare Haftfrist*»).

40 Früher gab es in vielen Kantonen nicht einmal die periodische Überprüfung, vgl. Riklin (Fn. 15), 70 f.

41 Zu Recht kritisch Pieth, Schweizerisches Strafprozessrecht, 3. Aufl., Basel 2016, 147 («*Art. 227 Abs. 7 fordert den Missbrauch geradezu heraus*»).

42 EGMR vom 05.11.2009, i.S. Shabani v. die Schweiz (App. No. 29044/06), § 69.

43 BFS (Fn. 20).

44 Vgl. schon Schubarth, Die Rechte des Beschuldigten im Untersuchungsverfahren, besonders bei Untersuchungshaft, Eine Analyse der schweizerischen Strafprozessgesetze unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten, Bern 1973, 149 f.; Binswanger/W. Brandenberger, Zum Problem langandauernder Untersuchungshaft, ZStrR 1975, 406 ff., 419; Riklin (Fn. 15), 71 («*zu erwägen wäre ferner die Festlegung absoluter Haftfristen*»); Härri (Fn. 39), 1224 («*Unterstützung verdient der Vorschlag des Arbeitskreises Strafprozessreform, die absolute Haftfrist auf zwei Jahre festzusetzen*»); Noll, Bemerkungen zu Nr. 5 Bundesgericht, I. öffentlich-rechtliche Abteilung, Urteil vom 5. August 2011 i.S. X gegen die Staatsanwaltschaft IV des Kantons Zürich - 1B_381/2011, fp 2012, 11 ff. 15; Summers, BSK StPO (Fn. 18), Art. 5 N 5; a.M. Keller, Untersuchungshaft im Kanton St. Gallen – vom alten zum neuen Strafprozessgesetz, AJP 2000, 936 ff., 942.

45 Schubarth (Fn. 44), 149 f.; skeptisch gegenüber der Beschleunigungswirkung von § 121 der deutschen Strafprozessordnung, der die Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monaten nur bei Vorliegen wichtiger Gründe erlaubt Prüllage, Zur Dauer der Untersuchungshaft, DRiZ 1979,278 f.

46 Albrecht (Fn. 10), 372.

47 So illustrativ für die Ausschaffungshaft Grierson, Time limit on detaining immigrants could save £35m a year, says study, The Guardian vom 07.05.2019.

48 Keller (Fn. 44), 942 mit Hinweis auf EGMR vom 26.01.1993, i.S. W. v. Switzerland (App. No. 14379/88), § 42, wo eine vierjährige Untersuchungshaft nicht als EMRK-widrig eingestuft worden sei.

ment überzeugt nicht. Gerade bei kriminellen Organisationen ändert die Inhaftierung einzelner Mitglieder nichts an der generellen Gefährdung von Zeugen. Diese müssen über das Strafverfahren hinaus geschützt werden.[49] Der Gefahr der *Beeinflussung* von Zeugen ist zu begegnen, indem man sie möglichst rasch befragt.

Während Deutschland, wie die Schweiz, keine absolute Haftbegrenzung kennt,[50] zeigt sich in der österreichischen Heimat unseres Jubilars ein anderes Bild. Dort bestimmt § 178 der Strafprozeßordnung unter dem Titel ‚Höchstdauer der Untersuchungshaft', dass die Untersuchungshaft bis zum Beginn der Hauptverhandlung bestimmte Fristen nicht übersteigen darf: Wenn der Beschuldigte nur aus dem Grunde der Verdunkelungsgefahr inhaftiert ist, beträgt die maximale Frist zwei Monate. Bei allen anderen Haftgründen sind es sechs Monate, wenn der Beschuldigte wegen des Verdachts eines Vergehens angehalten wird; ein Jahr bei Verdacht auf ein Verbrechen; und zwei Jahre bei Verdacht auf ein Verbrechen, das mit einer fünf Jahre übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht ist.[51] Überzeugend ist, dass die Maximaldauer der Haft bei Kollusionsgefahr tiefer sein muss. Hier liegt es in den Händen der Strafbehörden, diese rasch zu beseitigen. Im Übrigen ist eine Maximaldauer von 2 Jahren mit Blick auf das Haftregime immer noch deutlich zu lang. Hier könnte man sich zum Beispiel an Schottland orientieren, wo die ‚pretrial detention', also Untersuchungs- und Sicherheitshaft, sogar in Fällen von Schwerstkriminalität in der Zuständigkeit von High Courts 140 Tage nicht übersteigen darf.[52]

Man braucht kein Prophet zu sein, um vorherzusehen, dass Staatsanwaltschaften und Gerichte diesen Vorschlag als Hirngespinst eines praxisfernen Wolkenschiebers verwerfen werden. Sie werden wohl vorbringen, dass sich komplexe Untersuchungen z.B. in Wirtschaftsstraffällen nicht in sechs Monaten zu Ende führen liessen. Dieser Einwand ist mit einem Verweis auf das reichhaltige Ersatzmassnahmen-Repertoire der Strafprozessordnung[53] noch

49 Zum prozessualen Zeugenschutz Wehrenberg, BSK StPO (Fn. 18), Art. 149 N 4, zum ausserprozessualen Zeugenschutz op.cit., Art. 156 N 1 ff.; ferner Bundesgesetz über den ausserprozessualen Zeugenschutz (ZeugSG) vom 23. Dezember 2011.

50 Böhm, in: Knauer, Kudlich, Schneider (Hrsg.), Münchner Kommentar StPO, München 2014, § 121 N 1 («*Zwar kennt das deutsche Recht keine absolute zeitliche Begrenzung im Sinn einer Höchstdauer, Zweck der Norm ist es jedoch, die Strafverfolgungsorgane anzuhalten, die Ermittlungen und das sich anschließende Gerichtsverfahren beschleunigt durchzuführen.*»); § 113 Abs. 1 der deutschen Strafprozeßordnung sieht immerhin vor, dass bei Taten, die mit einer Freiheitsstrafe von bis zu 6 Monaten bedroht sind, keine Untersuchungshaft angeordnet werden, wenn einzig der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr vorliegt; s. dazu auch Roos/Fingerhuth (Fn. 30), Kapitel VI. Entscheid – Wo ist die Verhältnismässigkeit geblieben?.

51 S. zur Regelung in Österreich auch Roos/Fingerhuth (Fn. 30), Kapitel VI. Entscheid – Wo ist die Verhältnismässigkeit geblieben?; eine ähnliche Regelung kennt *Spanien* in Articulo 504 Ley de Enjuiciamiento Criminal(14.09.1882): Maximalhaft von einem Jahr bei einer Strafdrohung von bis zu drei Jahren Freiheitsstrafe, Maximalhaft von 2 Jahren bei einer Strafdrohung von über drei Jahren Freiheitsstrafe (Ziff. 2), die Untersuchungshaft wegen Kollusionsgefahr ist begrenzt auf sechs Monate (Ziff. 3), bei Strafandrohungen von unter zwei Jahren Freiheitsstrafe darf in der Regel keine Untersuchungshaft angeordnet werden, es sei denn der Betroffene habe nicht gelöschte Vorstrafen [!] (Articulo 503 Ziff. 1); vgl. dazu bereits Noll, Praxis der Untersuchungshaft in der Schweiz, Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots *de lege ferenda*, in: Kuhn et al. (Hrsg.), Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht aus internationaler Perspektive, Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, 1055 ff., 1070.

52 In *Schottland* beträgt die maximale Untersuchungshaft in «solemn proceedings» 110 [Sheriff Court] oder 140 [High Court] Tage, vgl. Criminal Procedure [Scotland] Act 1995 section 65 subsection 4. In «summary proceedings» (summarischen Verfahren) beträgt sie 40 Tage, s. section 147 subsection 1, a.a.O.; dazu Bahtiyar/Lambertina/van der Linden/Rozel, Chapter 28, United Kingdom, in: van Kalmthout/Knapen/Morgenstern (Hrsg.), Pre-trial Detention in the European Union, An Analysis of Minimum Standards in Pre-trial Detention and the Grounds for Regular Review in the Member States of the EU, Tilburg 2009, 931 ff., 974.

53 Manfrin (Fn. 24), 63 ff., (für die reine Vortragsversion siehe https://perma.cc/KU8L-EBBR); siehe auch Manfrin (Fn. 13), 100 f. und 163, wo er zu Recht darauf hinweist, dass Ersatzmassnahmen *Haftsurrogate* sind, die von denselben Voraussetzungen abhängen wie die Haft. Die Anordnungsvoraussetzungen dürfen deshalb entgegen der Rechtsprechung (z.B. BGE 133 I 27 E. 3.3) nicht mit dem Hinweis auf die milderen Auswirkungen der Ersatzmassnahmen gelockert werden.

verhältnismässig leicht zu kontern. Schwieriger wird es in Kapitalfällen, man denke etwa an den Vierfachmord von Rupperswil.[54] Hier würde wohl geltend gemacht, dass eine Freilassung vor der Gerichtshandlung nicht zu verantworten und eine seriöse Begutachtung innert sechs Monaten nicht zu erhalten ist. Die Lösung könnte darin liegen, innerhalb von sechs Monaten ein Tat- oder Schuldinterlokut (Art. 342 StPO)[55] zu erwirken und die Massnahmenfrage zu vertagen.

C. 3. These: Doppelte Anrechnung

Möglicherweise lassen sich die Strafbehörden aber auch durch eine Besserstellung der Beschuldigten motivieren, mässiger mit der Untersuchungshaft umzugehen. Eine dritte These könnte somit lauten, die Untersuchungshaft künftig *doppelt* anzurechnen.[56] Gemäss Art. 51 StGB rechnet das Gericht die Untersuchungshaft, die der Täter (sic!) während dieses oder eines anderen Verfahrens ausgestanden hat, auf die Strafe an (Satz 1). Ein Tag Haft entspricht einem Tag Freiheitsstrafe bzw. einem Tagessatz Geldstrafe (Satz 2).[57] Früher galt bei der Haftanrechnung der Grundsatz der Tatidentität. Danach konnte die Untersuchungshaft nur auf die Strafe für diejenige Tat angerechnet werden, für die sie ursprünglich angeordnet wurde.[58] Bei der AT-Revision wollte der Bundesrat als Begrenzung noch eine Verfahrensidentität einführen.[59] Heute ist umfassend anzurechnen. Zu entziehende Freiheit ist, wenn immer möglich, mit bereits entzogener Freiheit zu kompensieren.[60]

Für die doppelte Anrechnung spricht, dass die Untersuchungshaft in ihren Vollzugsmodalitäten (Einzelhaft, 23 Stunden Einschliessung, Kontakteinschränkungen etc.) selbst gegenüber dem Vollzug in einer geschlossenen Anstalt[61] wohl mindestens doppelt so hart ist.[62] Bei lockereren Vollzugsformen, wie dem offenen Strafvollzug, dem Arbeits- und/oder Wohnexternat oder dem electronic monitoring ist dieses Verhältnis noch augenscheinlicher.[63] Am deutlichsten ist der Unterschied, wenn die Untersuchungshaft an eine Freiheits- oder Geldstrafe angerechnet wird, für die der be-

54 Zusammenfassung zum Sachverhalt BGer vom 21.05.2019, 6B_237/2019.

55 Siehe auch Hauri/Venetz, BSK StPO (Fn. 18), Art. 342 N 3, wonach die «*Zweiteilung der Hauptverhandlung der Verfahrensökonomie dienen*» kann. Beim Tatinterlokut stellt sich die Frage, ob die Unschuldsvermutung danach weiter gilt. Bei einem noch in Bezug auf eine Massnahme zu begutachtenden Beschuldigten könnte ein Schuldinterlokut dann zu einer Verfahrensverkürzung führen, wenn die Begutachtung zunächst strikt auf die Frage beschränkt wird, ob der Beschuldigte zur Tatzeit schuldunfähig war.

56 Vgl. bereits etwas vorsichtiger Härri (Fn. 39), 1220, der forderte, die «*Untersuchungshaft sollte mit einem Faktor von über eins zu Buche schlagen.*»

57 Im Detail Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 14), 144 ff.

58 BGer vom 27.10.2016, 6B_747/2016, E. 3.5.1; Mettler/Spichtin, BSK StGB I (Fn. 20), Art. 51 N 42.

59 BGE 133 IV 150 E. 5.1; vgl. hierzu den beim Schubarth, Anrechnung von Untersuchungshaft auf eine ausgesprochene Strafe oder Entschädigung für ungerechtfertigte Untersuchungshaft?, ZStrR 1998, 112 f., 112, referenzierte Abschreibungsbeschluss BGer vom 29.09.1997, 4C.558/1996: «*X. hatte in einem Strafverfahren wegen Mordverdachts 257 Tage in Untersuchungshaft verbracht. Das Verfahren wurde am 9. Dezember 1994 eingestellt. In einem anderen Verfahren wurde er dagegen am 13. September 1996 zu fünf Jahren Zuchthaus verurteilt. In der Folge verlangte er mit einer direkten Klage vor Bundesgericht vom betreffenden Kanton Haftentschädigung für 257 Tage ungerechtfertigterweise verbüsste Untersuchungshaft. Das Verfahren endete mit einem Vergleich. Die 257 Tage Untersuchungshaft, die X. im früheren Verfahren verbüsst hatte, werden danach auf die Strafe angerechnet, die X. gegenwärtig verbüsst*».

60 Erstmals BGer vom 23.03.2006, 6S.421/2005, E. 3.2.4; sodann BGE 133 IV 150 Regeste.

61 Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 14), 308.

62 Das Schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) kam im Rahmen einer Studie im Jahr 2015 zum Schluss, dass die Untersuchungshaftbedingungen in der Schweiz in mehreren Bereichen erhebliche Defizite aufweisen. Beispielsweise wurden die schweizweit üblichen Zelleneinschlusszeiten von über 20 Stunden als rechtswidrig eingestuft (Künzli/Frei/Schultheiss, Untersuchungshaft, Menschliche Standards und ihre Umsetzung in der Schweiz, SKMR, Bern 11. Mai 2015, 51). Derzeit laufen in den Kantonen Bern und Zürich Bestrebungen für die Einführung eines Zwei-Phasen-Modells, das bei Fehlen oder nach Wegfall der Kollusionsgefahr weniger strikte Haftbedingungen vorsieht. Im Kanton Zürich soll das Modell erstmals im Juli 2019 im Gefängnis Limmattal getestet werden (Koponen, Ein Gefängnis wie eine forensische Klinik, NZZ-Online vom 01.03.2019; Moser, Weniger harte Haft für womöglich Unschuldige, Der Bund-Online vom 20.09.2017.

63 Zu den verschiedenen Vollzugsformen vgl. Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 14), 126 ff.

dingte Vollzug gewährt wird.[64] Gerade die letztgenannte Konstellation zeigt, dass es für einen beschuldigten Ersttäter, der mit einer bedingten Strafe rechnen darf, attraktiver sein kann, die Vorwürfe von Anfang an einzugestehen und so die Untersuchungshaft zu vermeiden. Das gilt selbst für den zu Unrecht Beschuldigten. Denn insbesondere nach länger andauernder Untersuchungshaft vermag ihn auch ein Freispruch oftmals nicht mehr sozial zu rehabilitieren.[65] Bei einer Verurteilung zu einer bedingten Strafe schlägt Martin Schubarth eine bedingte Haftentschädigung vor.[66]

Mit der doppelten Anrechnung würden die ausserordentlich harten Haftbedingungen während der Untersuchung angemessener abgegolten. Ferner nähme man damit apokryphen Haftgründen,[67] wie dem legendären «Weil es ihm gut tut»[68], den Wind aus den Segeln, weil Beschuldigte nur noch halb so lange inhaftiert bleiben könnten. Gegen eine doppelte Anrechnung sprechen – a fortiori – all diejenigen Einwände, die gegen die geltende einfache Haftanrechnung (Art. 51 StGB) vorgetragen werden:[69] Die Untersuchungshaft dient der Verfahrenssicherung und nicht der Bestrafung. Ihre Anrechnung verletzt die Unschuldsvermutung. Würde Haft doppelt angerechnet, entstünde der Eindruck, dass sie eine besonders harte Form der Bestrafung ist. Die Verkennung der Untersuchungshaft als vorgezogene Strafe würde damit nur noch akzentuiert.

D. 4. These: Keine Anrechnung

Meine vierte These ist deshalb, die geltende Regelung zur Anrechnung der Untersuchungshaft abzuschaffen. Die umfassende Anrechnung der Untersuchungshaft ist im Strafverfolgungsalltag unterdessen vollkommener Courant normal. Wie immer, wenn sich der bleierne Mantel der Gewohnheit über eine Praxis gelegt hat, wird sie nicht mehr hinterfragt. Stoff für Kontroversen ist indes vorhanden: *Für* die Haftanrechnung spricht zunächst, dass sie prozessgeschichtlich eine Errungenschaft war.[70] Früher wurde Untersuchungshaft nur angerechnet, «*soweit der Täter die Untersuchungshaft nicht durch sein Verhalten nach der Tat herbeigeführt oder verlängert hat*».[71] Nach Bundesgericht war sogar das Leugnen der Tat ein Grund für die Nichtanrechnung![72] Die umfassende Haftanrechnung unabhängig von Verhalten, Tat- und Verfahrensidentität war insoweit ein Gewinn. Für die Haftanrechnung spricht weiter, dass gerade das besonders harte Untersuchungshaftregime vom Betroffenen subjektiv

64 Vgl. Bezirksgerichts Aarau vom 30.05.2018, Präsidium des Strafgerichts, ST.2018[...] (volle Prozessnummer nicht bekannt gegeben), in dem ein marokkanischer Beschuldigter wegen eines Ladendiebstahls (gemäss Anklageschrift: Herrenjacke, Pullover, Jeanshose, Gesamtwert Fr. 479.60) und eines Wohnungseinbruchs in Holderbank zu 160 Tagessätzen bedingter Geldstrafe verurteilt wurde, unter Anrechnung einer Untersuchungshaft von 155 Tagen; differenziert zur Anordnung von U-Haft bei erwartetem bedingten Strafvollzug Schmid/Jositsch, Schweizerische Strafprozessordnung, Praxiskommentar, 3. Aufl., Zürich u.a. 2018, Art. 212 N 10; nach Bigler/Bonin/Gfeller, Berücksichtigung von drohenden bedingten Strafen im Haftrecht, AJP 2018, 149 ff., 153 f., ist Haft (wohl) unzulässig, wenn nur bedingte Strafen drohen.

65 Sehr plastisch Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 14), N 7 («*Untersuchungshaft reisst den Menschen nämlich aus seinem Leben und dies mit teils verheerenden Folgen. Beziehungen gehen in die Brüche. Unter Umständen werden die Arbeitsstelle oder die Wohnung gekündigt. Demgegenüber können kooperative Ersttäter regelmässig mit bedingten Strafen rechnen. Ein negatives Urteil kann somit weit weniger spürbar sein, als ein freisprechendes Urteil mit vorangehender Untersuchungshaft. Wer in Untersuchungshaft war, wird von den Nachbarn kritisch beäugt. Es ist völlig unerheblich, ob er freigesprochen wird. Denn während im Strafrecht der Grundsatz der Unschuldsvermutung gilt, hat dieser im öffentlichen Leben keine Bedeutung. Hier gilt nicht selten die Vermutung: Wo Rauch ist, ist auch Feuer.*»); schon Schubarth (Fn. 44), 49.

66 Schubarth (Fn. 44), 211 («*Schliesslich kann man sich fragen, ob mit der bedingten Freiheitsstrafe, auf die [...] die Haftdauer anzurechnen ist, auch eine bedingte Haftentschädigung auszurichten ist, die im Fall der Bewährung nach Ablauf der Probezeit auszubezahlen wäre. Denn nur so liesse sich der Vorwurf entkräften, durch die Anordnung von Untersuchungshaft trotz zu erwartender bedingter Freiheitsstrafe sei der Betroffene schlechter gestellt worden, als wenn man ihn auf freiem Fuss gelassen hätte*»).

67 Apokryphen (vom Altgriechischen: ἀπόκρυφος [apokryphos], versteckt, verborgen) sind die nicht in den biblischen Kanon aufgenommen Schriften. Entsprechend sind apokryphe Haftgründe solche, die nicht im Gesetz erfasst sind.

68 Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 14), N 61 et passim zu weiteren apokryphen Haftgründen.

69 Dazu sogleich im Detail unten «D. 4. These: Keine Anrechnung».

70 Zu den Etappen Mettler, BSK StGB I (Fn. 4), Art. 69 N 32 ff.; Schubarth (Fn. 44), 187.

71 Art. 69 StGB in der Version vom 21. Dezember 1937 (AS 54 757), in Kraft bis zum 31. 12. 2006.

72 BGE 73 IV 90 Regeste; zu Recht kritisch Heim, JdT 1964 IV 40 ff.; ders., JdT 1965 IV 34 ff., 37. In BGE 103 IV 8 E. 3, hat dann auch das BGer erkannt, dass die Nichtanrechnung bei Leugnen das Recht verletzt, sich nicht selber belasten zu müssen.

eindeutig als Strafe empfunden wird. Ein nach erlittener Untersuchungshaft in vollem Umfang abzusitzender Strafvollzug würde von den Betroffenen als doppelte Bestrafung empfunden. Thomas Manhart, der Leiter des Amts für Justizvollzug des Kantons Zürich, hat mir deshalb anlässlich des erwähnten Panels auch vorgeworfen, meine These sei menschenverachtend. Darauf ist zurückzukommen.

Mindestens drei gewichtige Gründe sprechen *gegen* eine unbesehene Haftanrechnung:

1. Dass sich Untersuchungshaft und Strafvollzug in ihrer freiheitsentziehenden Wirkung gleichen, täuscht über fundamentale Unterschiede hinweg, die diese beiden Institute kennzeichnen. Gegen eine Haftanrechnung spricht somit erstens, dass Untersuchungshaft und Strafvollzug vollkommen unterschiedlichen Zwecken dienen. Jene soll die Durchführung des Strafverfahrens erleichtern, indem die beschuldigte Person jederzeit auf Abruf bereit steht und keine Zeugen beeinflussen kann.[73] Der Strafvollzug dient primär[74] der Vergeltung schuldhaft verwirkten Unrechts.[75] Die Untersuchungshaft richtet sich von Gesetzes wegen gegen Unschuldige.[76] Sie ist ein Sonderopfer,[77] das im Dienste der Verfahrenseffizienz zu erdulden ist. Der Strafvollzug richtet sich von Gesetzes wegen gegen Schuldige. Neben der Haftentschädigung bei einem Freispruch ist die Haftanrechnung eine von zwei Kompensationsmechanismen für dieses Sonderopfer;[78]

2. Zweitens vermittelt die Haftanrechnung den Eindruck, die Untersuchungshaft sei eine antizipierte Strafe für bloss noch formell Unschuldige. Art. 51 StGB lässt sich insoweit nicht mit der verfassungsmässig garantierten Unschuldsvermutung vereinbaren (Art. 32 Abs. 1 BV).[79] Dass der Gesetzgeber die Unschuldsvermutung im Haftrecht geringschätzt, zeigt er mit entwaffnender Offenheit in Art. 212 Abs. 3 StPO. Danach dürfen Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht länger dauern als die zu erwartende Freiheitsstrafe. Diese Bestimmung bringt noch deutlicher als die Haftanrechnung zum Ausdruck, dass die Untersuchungshaft in der Sache nichts anderes ist als eine vorweggenommene Strafe.[80] Das Gleiche gilt für den vorzeitigen Strafvollzug (Art. 236 StPO). Auch dieses Institut vermengt Verfahrenssicherung mit Vergeltung und verletzt so die Unschuldsvermutung;[81]

3. Schwer wiegt drittens auch die Dynamik, die Art. 51 StGB in den Köpfen der Strafbehörden in Gang setzt: Haft und Strafe werden gleichgestellt. Die Haft wird mithin sogar *als* Strafe eingesetzt. Und sie präjudiziert – quasi als Gipfel dieser Fehlkonzeption – die Strafe. Es gilt als erwiesen, dass in der Praxis nicht die Länge der Untersuchungshaft an die erwartete Dauer der

73 Vgl. Art. 196 lit. a und b sowie Art. 221 Abs. 1 lit. a und b StPO; dazu Manfrin (Fn. 13), 14 f.

74 Zu Recht aber auch Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. Aufl., Bern 2006, Einleitung N 2, wonach Sanktionen «*nicht länger nur als ‚gerechte' Vergeltung*» zu begründen sind. Grundlegend zur Strafe als reiner Schuldausgleich ders., Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 2 N 3 ff.

75 Art. 47 Abs. 1 StGB; schon Albrecht (Fn. 13), 18 («*Im übrigen muss man sich vergegenwärtigen, dass die Untersuchungshaft zwar ähnlich wie die Gefängnis- oder Zuchthausstrafe einen Freiheitsentzug bewirkt, aber auf einem ganz anderen Rechtsgrund beruht. Währenddem es bei der Strafe vorwiegend um Schuldvergeltung gegenüber dem Verurteilten geht (Art. 63 StGB), dient die Kollusionshaft gegenüber dem Verdächtigen als Zwang zur Sicherung der Strafuntersuchung vor Beweisvereitelung.*»); ferner Härri (Fn. 39), 1219.

76 Jositsch/Ege/Schwarzenegger (Fn. 14), 144 ff.; Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 14), N 26.

77 Pieth (Fn. 41), 287.

78 Manfrin (Fn. 13), 25 f., wonach der Sonderopfergedanke aus dem polizeilichen Störerprinzip abgeleitet werde.

79 Gl. M. Noll (Fn. 51), 1062.

80 Mit Recht sehr kritisch Manfrin (Fn. 13), 194 («*Nach der skizzierten Praxis wird die beschuldigte inhaftierte Person indes schlechter gestellt als der mit Schuldspruch verurteilte Straftäter, welchem in aller Regel nach Verbüssung von zwei Dritteln der Strafe die bedingte Entlassung zugestanden wird (Art. 86 StGB). Vor diesem Hintergrund ist eine Dauer der Untersuchungshaft bis in die Nähe der zu erwartenden Strafe nicht haltbar, stützt sich die prozessuale Haft doch auf eine weit schwächere Legitimationsbasis (hier in erster Linie auf den Tatverdacht) als die Freiheitsstrafe (dort auf den Schuldspruch).*»); siehe auch Härri (Fn. 39), 1223.

81 Zusammenfassend statt vieler Härri (Fn. 39), 1221 f.

Strafe angepasst, sondern umgekehrt die auszufällende Strafe auf die bereits erlittene Untersuchungshaft abstimmt wird.[82] Nur so lassen sich die in der Praxis der Strafjustiz zu beobachtenden «mirakulösen Punktlandungen» erklären, bei denen die ausgesprochene Strafe genau der Dauer der Untersuchungshaft entspricht.[83]

Als Zwischenfazit ist die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe eine historisch erkämpfte «Rechtswohltat», auf die wohl kein Verurteilter verzichten möchte. Zu hart sind die Entbehrungen, die mit der Untersuchungshaft verbunden sind.[84] Auch wenn die Anrechnung prozessgeschichtlich eine Errungenschaft war, hat sie sich unterdessen zu einem Übel gewandelt, indem sie fatale Anreize für die Strafbehörden schafft. Ein kalt berechnender Staatsanwalt, der sich z.B. aufgrund eines Drogenfunds sicher ist, vor Gericht eine mindestens einjährige Freiheitsstrafe durchsetzen zu können, braucht sich über eine rasche Entlassung aus der Untersuchungshaft ebenso wenig Gedanken zu machen wie über eine zügige Anklageerhebung. Er kann sich vielmehr damit beruhigen, dass die Haft ohnehin an die Strafe angerechnet wird.

Was ist nun aber mit dem Einwand von Thomas Manhart, dass der Verzicht auf Haftanrechnung menschenverachtend sei? Auf den ersten Blick entsteht tatsächlich der Eindruck, dass Beschuldigte instrumentalisiert werden, wenn ihnen die Anrechnung nur versagt wird, *um* die Strafbehörden dazu zu bringen, Untersuchungshaft nicht länger als antizipierte Bestrafung einzusetzen. Sie würden so zu einem ausserhalb ihrer selbst liegenden Zweck, nämlich zur Konditionierung von Strafbehörden, missbraucht. Ein näheres Hinsehen zeigt indes, dass die Haft den Beschuldigten in jedem Fall zum Objekt herabwürdigt. Offiziell dient sie dazu, ihn für die Untersuchungszwecke der Strafbehörden zur Verfügung zu halten, inoffiziell auch dazu, ihn mit Blick auf ein Geständnis «weichzukochen».[85] Der Vorteil der Nichtanrechnung besteht darin, dass die Instrumentalisierung wenigstens zum Vorteil des Beschuldigten erfolgt: Seine Haft soll bedeutend kürzer werden. Im bestehenden System hat die Anrechnung – wie das Beispiel mit dem berechnenden Staatsanwalt zeigt – die verstörende Folge, dass sich die Strafbehörden de facto sehr lange keine Sorgen über die Haftdauer machen müssen.

Eine Gefahr dieses Lösungsvorschlags liegt auf der Hand. Wird Untersuchungshaft nicht angerechnet, hat sie ein noch grösseres Geständ-

82 BGE 133 I 168 Regeste; Robert, La détention préventive en Suisse romande et notamment à Genève, Genf 1972, 128, hat die Korrelation zwischen Dauer der Untersuchungshaft und Strafe empirisch untersucht und eine «sehr signifikante» Korrelation nachgewiesen («*le rapport de corrélation n1 est compris pour cinq cantons entre 0.696 et 0.925*»); ferner Albrecht (Fn. 10), 360 («*Bei den Gerichten besteht nämlich nicht selten die bedenkliche Tendenz, die Höhe der ausgesprochenen Strafe so anzusetzen, dass sie die Dauer der ausgesprochenen Strafe zumindest nicht unterschreitet*»); Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 14), N 26; St. Trechsel, Die europäische Menschenrechtskonvention, Ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Habil. Bern 1974, 262, wonach die Haftdauer eine «*magnetische Wirkung auf das Strafmass*» ausübe; Binswanger/Brandenberger (Fn. 44), 414 («*langandauernde Untersuchungshaft, die eine vorurteilslose Strafzumessung durch den Richter behindert, wenn nicht gar unmöglich macht*»); siehe für D die Studie von Langer, Kein Rauch ohne Feuer. Die präjudizierende Wirkung der Untersuchungshaft auf die richterliche Strafzumessungsentscheidung, Zeitschrift für Rechtssoziologie 1997, 53 ff, 83.

83 Prominentestes Beispiel aus der Schweizer Strafjustizgeschichte ist hier wohl Werner K. Rey., der am 14.06.2000 vom Kassationshof des Kantons Bern wegen diverser Vermögensdelikte «*zu vier Jahren Zuchthaus, unter Anrechnung der ausgestandenen Auslieferungs-, Untersuchungs- und Sicherheitshaft von 1545 Tagen (Dispositiv Ziff. IV/1)*» verurteilt wurde (BGer vom 06.12.2001, 6P.101/2000, lit. C.); ähnlicher Sachverhalt aus Bezirksgericht Aarau vom 30.05.2018 (Fn. 64); siehe auch OG ZH vom 07.07.2017, SB160393-O/U/cw, in dem der Beschuldigte wegen Betäubungsmitteldelikten und Geldwäscherei bestraft wurde («*3. […] mit 30 Monaten Freiheitsstrafe, wovon 808 Tage durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden sind. 4. Der Vollzug der Freiheitsstrafe wird im Umfang von 21 Monaten aufgeschoben und die Probezeit auf 2 Jahre festgesetzt. Im Übrigen (9 Monate) wird die Freiheitsstrafe vollzogen. Es wird festgestellt, dass der vollziehbare Strafteil bereits vollständig durch Untersuchungs- und Sicherheitshaft erstanden ist*»). [Diese Hinweise verdanke ich Fürsprecher und Notar, lic. iur. Konrad Jeker, und Rechtsanwalt Dr. iur. Stefan Meichssner]; vgl. bereits Beispiel bei Schubarth (Fn. 44), 51; ferner Baechtold/Weber/Hostettler (Fn. 14), 96, wonach die Anrechnung «*dazu führen kann, dass für den Vollzug einer Freiheitsstrafe bloss noch eine kurze Strafdauer (im Extremfall überhaupt keine mehr) offen bleibt*».

84 Zu den Auswirkungen langandauernder Untersuchungshaft eindrücklich bereits Binswanger/Brandenberger (Fn. 44), 414 f.

85 So explizit Zeyer, Wenn ein Staatsanwalt rot sieht, Der Fall Vincenz oder Die Verluderung des Rechtsstaats, Basler Zeitung-Online vom 04.04.2018; dagegen die Replik von Melzl, Der Rechtsstaat Schweiz funktioniert, Basler Zeitung-Online vom 06.04.2018; zum Geständnisdruck Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 14), N 52.

nisdruck-Potential. Als flankierende Massnahme zur Abschaffung der Anrechnung müsste die Untersuchungshaft deshalb unabhängig vom Verfahrensausgang, also auch bei Verurteilung, entschädigt werden.[86] Bei einer Verurteilung könnte die Entschädigung dann mit den Verfahrenskosten verrechnet werden.[87] Damit dies aber für den Betroffenen nicht zum Nullsummenspiel wird, müsste die Haftentschädigung um ein Vielfaches höher sein als die heute üblichen CHF 200.00.[88] Den Strafbehörden wären so auch monetäre Anreize dafür gesetzt, die Untersuchungshaft möglich kurz zu halten.

E. Synthese

Es wurde gezeigt, dass im schweizerischen Haftrecht mehrere Faktoren bestehen, die langandauernde Untersuchungshaft begünstigen. Die auf verschiedene Institutionen verteilte Zuständigkeit für die Haftanordnung und -entlassung führt zu einem «*System der kollektiven Verantwortungslosigkeit*».[89] Es wurde deshalb vorgeschlagen, die Haftanordnung und -entlassung in einer Hand zu vereinen (A). Weiter wurde für eine absolute Haftdauer von sechs Monaten geworben, weil sich sowohl das Verhältnismässigkeitsprinzip als auch der Grundsatz, dass die Haft nicht länger als die zu erwartende Strafe dauern darf (Art. 212 Abs. 3 StPO), als zahnlose Tiger im Kampf gegen zu lange Untersuchungshaft erwiesen haben (B). Die Untersuchungshaft ist in ihren Vollzugsmodalitäten ausserordentlich hart. Das spricht auf den ersten Blick dafür, sie bei der Anrechnung an die Strafe doppelt zu gewichten (C). Mit diesem Vorschlag würden allerdings zwei bestehende Probleme akzentuiert: Erstens schafft die Anrechnung einen grossen Anreiz, die Haft als vorgezogene Strafe zu missbrauchen. Hinzu kommt zweitens eine hoch signifikante Korrelation zwischen Haftdauer und Strafhöhe.[90] Haft begrenzt die Strafe nicht, sondern bestimmt sie. Eine doppelte Haftanrechnung könnte somit zu noch höheren Strafen führen. Die Anrechnung der Untersuchungshaft an die Strafe (Art. 51 StGB) ist deshalb aufzugeben (D).

III. Freispruch

Einleitend habe ich dargelegt, wie mich die Prüfungswillkür des Jubilars in die Arme des Strafrechts trieb. Es ging um die Rechtsmittel gegen Haftanordnungen. Entgegen seiner Annahme gab es kein kantonales Rechtsmittel. Darin waren sich Lehre und Bundesgericht einig. Immerhin ist ihm zuzugestehen, dass sich das Bundesgericht mit der Entscheidung ausserordentlich schwertat. Es bezeichnete die Auffassung des Zürcher Obergerichts, dass gegen die Entscheide des Zürcher Haftrichters keine kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen werden könne, als «*aus verfassungsrechtlicher Sicht trotz der geäusserten Bedenken nicht geradezu unhaltbar*».[91] Offenbar fasste man es auf dem Mon Repos als eigentliche Majestätsbeleidigung auf, direkt mit Haftbeschwerden aus dem erstinstanzlichen Zürcher Unterholz befasst zu werden. Die Frage, ob das Zürcher Haftrichterregime als grundrechtskonform angesehen werden könne, hänge von der künftigen Rechtsanwendung durch die Zürcher Behörden ab. Angesichts der dargelegten Bedenken und Schwachstellen sei deshalb für die Zukunft nicht ausgeschlossen, dass eine Rekursinstanz eingeführt werden müsse.[92]

Die Skepsis des Bundesgerichts gegenüber einem bloss einstufigen Haftprüfungsverfahren ist

86 Nach geltendem Recht wird Haft bei einer Verurteilung nur entschädigt, wenn sie rechtswidrig angeordnet wurde (Wehrenberg/Frank, BSK StPO (Fn. 18), Art. 429 N 6 und Art. 431 N 3).

87 Das geht natürlich nur unter der Hypothese, dass die Haftanordnung rechtmässig war. Genugtuungsansprüche für rechtswidrige Haft können nicht mit Verfahrenskosten verrechnet werden (Wehrenberg/Frank, BSK StPO [Fn. 18], Art. 431 N 8).

88 Vgl. dazu etwa BGer vom 31.01.2011, 6B_574/2010, E. 2.3 mit dem Hinweis auf die absurde Praxis, wonach der Tagessatz bei längerer Untersuchungshaft in der Regel zu senken sei, siehe etwa BGer vom 12.11.2009, 6B_745/2009, E. 7.1.

89 Schmid/Schuhmacher, „Die Untersuchungshaft wird missbraucht" [Interview mit Thomas Heeb und Hans-Jürg Käser], pläd 5/2015, 8 ff., 12.

90 Robert (Fn. 82), 128.

91 BGer vom 07.10.1992, 1P.516 und 518/1992, E. 2d, auszugsweise abgedruckt in: EuGRZ 1992, 553.

92 BGer vom 07.10.1992, 1P.516 und 518/1992, E. 3c (Fn. 91).

in der Folge in den Gesetzgebungsprozess zur schweizerischen Strafprozessordnung eingeflossen. Während Art. 221 E-StPO/2005 zunächst noch vorsah, dass die Anordnung der Untersuchungshaft nicht (Abs. 1) bzw. erst nach drei Monaten (Abs. 2) anfechtbar sein sollte,[93] konnten nach Art. 222 Abs. 1 E-StPO/2008 neu alle Haftanordnungsentscheide an die Beschwerdeinstanz weitergezogen werden.[94] Noch vor Inkrafttreten der schweizerischen Strafprozessordnung konnte das Bundesgericht seinen Standpunkt in Bern somit durchsetzen. Man hört den Mon Repos förmlich im Hintergrund einflüstern, wenn man in der Botschaft liest: *«Eine direkte Beschwerdemöglichkeit ans Bundesgericht für kurze Haftstrafen ist nicht stufengerecht und wird zu einer erheblichen und nicht funktionsgerechten Belastung des Bundesgerichts führen.»*[95] Für das heutige Recht steht somit fest, dass die Haftanordnungen durch das Zwangsmassnahmengericht immer zuerst kantonsintern an die Beschwerdeinstanz gehen.[96] Nun höre ich den Jubilar aus dem Off frohlocken:

«Die Geschichte hat mich freigesprochen!»

93 Entwurf zur Schweizerischen Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO), BBl 2006 1389, 1454; Botschaft StPO (Fn. 12), 1312.

94 Entwurf zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG), BBl 2008, 8189 8212 (Änderung von Art. 222 StPO).

95 Botschaft zum Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 10. September 2008, BBl 8125 8184.

96 Forster, BSK StPO (Fn. 18), Art. 222 N 4 und für die Bundes(straf)gerichtsbarkeit N 5.