

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von T. Domej, G. Godenzi, U. Haas, F. Uhlmann

Timon Heinimann

**Der Haftgrund der
Ausführungsgefahr**

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XXI
Literaturverzeichnis.....	XXXI
Materialienverzeichnis.....	LVII
1. Teil: Einleitung.....	1
I. Einleitende Gedanken und Themenaufriß.....	3
II. Gang der Untersuchung.....	6
2. Teil: Entstehungsgeschichte.....	9
1. Kapitel: Rechtslage in den kantonalen Strafprozessordnungen.....	11
I. Die einzelnen kantonalen Bestimmungen.....	11
II. Folgerungen.....	12
2. Kapitel: Gesetzgeberisches Verfahren.....	15
I. Bericht der Expertenkommission.....	15
II. Vorentwurf.....	16
III. Ergebnisse des Vernehmlassungsverfahrens.....	17
IV. Entwurf und Botschaft des Bundesrates.....	18
V. Beratungen in den Kommissionen und im Parlament.....	19
VI. Folgerungen und Fazit.....	19
3. Teil: Die Merkmale von Art. 221 Abs. 2 StPO.....	21
1. Kapitel: Ratio legis und Rechtsnatur.....	23
I. Zweck der Bestimmung.....	23
II. Rechtsnatur der Bestimmung.....	23
1. Systematische Einordnung.....	23
2. Strafprozess- oder polizeirechtlicher Charakter?.....	25
A. Allgemeines.....	25

B.	Ansicht des Gesetzgebers	26
C.	Lehrmeinung	28
a.	Stand der Lehre	28
b.	Würdigung	29
D.	Fazit	30
a.	Polizeirechtlicher Kern in einer strafprozessualen Schale	30
b.	Systemwidrigkeit	32
c.	Weitere Folgerungen	33
2. Kapitel:	Die Rechtsstellung der drohenden Person	35
I.	Ausgangslage	35
II.	Zulässigkeit strafprozessualer Zwangsmassnahmen	36
1.	Tatverdacht als unzulässige Grundlage	36
2.	Unzulässige Anwendung von Art. 197 Abs. 2 StPO	37
3.	Fazit	38
III.	Rechte der drohenden Person	39
IV.	Schutzmechanismen	41
1.	Im ordentlichen Strafverfahren	41
2.	Im Präventivhaftverfahren	43
A.	Unanwendbarkeit strafprozessualer Schutzmechanismen	43
B.	Gefährlichkeitsverdacht als Gegenstück zum Tatverdacht	46
a.	Hintergrund	46
b.	Feststellung eines Gefährlichkeitsverdacht	48
c.	Auswirkungen auf die Rechtsstellung potenziell Betroffener	49
d.	Konsequenzen bei Vornahme von Beurteilungen ohne Gefährlichkeitsverdacht	50
e.	Zwischenfazit	51
C.	Ungefährlichkeitsvermutung als Gegenstück zur Unschuldsvermutung	51
a.	Hintergrund	51
b.	Grundsätzliche Bedeutung der Ungefährlichkeitsvermutung	53
c.	Beweislastregel im Präventivhaftverfahren	54
d.	Risikoverteilungsregel	55
aa.	Risiken für die beteiligten Personen	55
bb.	Im Zusammenhang mit dem retrospektiven Teil von Art. 221 Abs. 2 StPO	55

cc.	Im Zusammenhang mit dem prospektiven Teil von Art. 221 Abs. 2 StPO.....	57
e.	Zwischenfazit	57
D.	Öffentlichkeit des Präventivhaftverfahrens.....	57
V.	Fazit.....	58
3. Kapitel: Drohung		61
I.	Begriff	61
1.	Einleitende Bemerkungen	61
2.	Bezug zu Art. 180 StGB.....	61
3.	Definition des Begriffs der Drohung.....	63
A.	Gemäss RIGHETTI.....	63
B.	Nach hier vertretener Ansicht.....	66
II.	Formen	67
1.	Ausdrückliche und konkludente Drohungen.....	67
2.	Drohung durch Tatversuch.....	68
III.	Konkretheit.....	69
IV.	Vorausgesetztes Beweismass.....	70
V.	Fazit.....	70
4. Kapitel: Schweres Verbrechen		71
I.	Limitierende Funktion	71
II.	Definition „schwere Verbrechen“	71
1.	Stand der Lehre und Rechtsprechung.....	71
2.	Eingrenzung auf bestimmten Kreis von Verbrechen?	73
A.	Staatliche Schutzpflichten als Eingrenzungskriterium	73
B.	Konsequenzen für die Definition der „schweren Verbrechen“	74
3.	Grundsätzliche Abgrenzungskriterien.....	76
A.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Haftgrund der Wiederholungsgefahr.....	76
B.	Anwendung auf den Haftgrund der Ausführungsgefahr	77
4.	Berücksichtigung der Verhältnismässigkeit	77
A.	Vorbemerkungen.....	77
B.	Konkretisierung des Verhältnismässigkeitserfordernisses gemäss Art. 197 StPO	79
C.	Konkrete Abwägung der Interessen.....	79

D.	Berücksichtigung der mutmasslichen Tatschwere.....	80
III.	Fazit.....	81
5. Kapitel:	Ernsthafte Befürchtung des Wahrmachens.....	83
I.	Vorbemerkung.....	83
II.	Grad der geforderten Wahrscheinlichkeit.....	84
1.	Stand der Lehre und Rechtsprechung.....	84
2.	Würdigung.....	85
A.	Unzulässige Berücksichtigung der Deliktsschwere.....	85
B.	Gesteigertes Sicherheitsdenken.....	87
C.	Geringe Indizwirkung der Drohung.....	88
3.	Zwischenfazit.....	89
III.	Beurteilung der Ausführungsgefahr.....	89
1.	Überblick.....	89
2.	Beurteilung mithilfe von Gutachten im Sinne von Art. 182 ff. StPO.....	91
A.	Notwendigkeit zum Herbeizug einer sachverständigen Person.....	91
B.	Erschwernisse im Rahmen von Art. 221 Abs. 2 StPO.....	94
a.	Rechtliche Erschwernisse im Zusammenhang mit forensisch-psychiatrischen Gutachten.....	94
b.	Tatsächliche Erschwernisse.....	95
C.	Zwischenfazit.....	96
3.	Risikobeurteilungen im Rahmen kantonaler Bedrohungsmanagements.....	97
A.	Bedrohungsmanagement in der Schweiz.....	97
B.	Risikoeinschätzungsinstrumente.....	98
C.	Rechtliche Qualifikation von Risikoeinschätzungen im Rahmen eines Bedrohungsmanagements.....	99
4.	Konsequenzen.....	101
A.	Pflicht zur Vornahme einer eigenständigen Risikobeurteilung durch das Haftgericht.....	101
a.	Ausgangspunkt.....	101
b.	Massgebende Kriterien.....	101
aa.	Art und Weise der Drohung.....	101
bb.	Charakteristika der drohenden Person.....	102
cc.	Verhalten der drohenden Person.....	102
dd.	Akute Belastungsfaktoren.....	103
ee.	Weitere Kriterien.....	103

c. Zwischenfazit	103
B. Pflichten der am Haftverfahren beteiligten Parteien	104
C. Durchführung einer Haftverhandlung	104
IV. Fazit	105

4. Teil: Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht..... 107

1. Kapitel: Verstoss gegen die verfassungsmässige Kompetenzordnung? 109

I. Ausgangslage	109
II. Verfassungsrechtliche Grundlagen	110
1. Kompetenzaufteilung im Allgemeinen.....	110
2. Eruierung von Bundeskompetenzen.....	111
III. Mögliche Kompetenzgrundlagen in concreto.....	111
1. Art. 123 Abs. 1 BV.....	111
2. Art. 57 BV als Kompetenzgrundlage?	113
A. Art. 57 Abs. 1 BV	113
B. Art. 57 Abs. 2 BV	114
a. Praxis des Bundesrates	114
b. Handhabung im Parlament	114
c. Kritik der Lehre	115
d. Würdigung.....	116
3. Weitere infrage kommende Kompetenznormen.....	117
A. Explizite Bundeskompetenzen	117
B. Stillschweigende Bundeskompetenzen	117
4. Zwischenfazit	119
IV. Ausweg über verfassungskonforme Auslegung?	119
V. Fazit und Folgen für den Haftgrund der Ausführungsgefahr.....	120

2. Kapitel: Zulässigkeit im Lichte der Europäischen Menschenrechtskonvention..... 123

I. Vorbemerkungen	123
II. Grundlegendes zur Europäischen Menschenrechtskonvention	125
III. Vereinbarkeit von Art. 221 StPO mit Art. 5 EMRK.....	126
1. Übersicht	126
2. Vorliegen eines Haftgrundes gemäss Art. 5 Abs. 1 EMRK.....	127
A. Art. 5 Abs. 1 lit. b EMRK.....	127

a.	Normgehalt	127
b.	Konsequenzen für den Haftgrund der Ausführungsgefahr.....	128
B.	Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK.....	129
a.	Normgehalt im Allgemeinen	129
b.	Haft zur Verhinderung einer Straftat als eigenständiger Haftgrund?.....	131
aa.	Nach der Teildoktrin und der zwischenzeitlichen Rechtsprechung des EGMR	131
bb.	Auffassung der übrigen Doktrin, frühere Rechtsprechung des EGMR sowie der Entscheid „S., V. und A. gegen Dänemark“	132
cc.	Zwischenfazit	134
c.	Konsequenz für den Haftgrund der Ausführungsgefahr.....	134
aa.	Vereinbarkeit des Haftgrunds der Ausführungsgefahr mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK im Lichte der früheren EGMR-Rechtsprechung	134
bb.	Vereinbarkeit des Haftgrunds der Ausführungsgefahr mit Art. 5 Abs. 1 lit. c EMRK mit Blick auf die neue EGMR-Rechtsprechung	136
3.	Weitergehende Voraussetzungen	137
A.	Im Zusammenhang mit Art. 5 Abs. 1 EMRK.....	137
B.	Verhältnismässigkeit und Rechtmässigkeit des Freiheitsentzugs.....	137
C.	Verfahrensgarantien gemäss Art. 5 Abs. 2–4 EMRK	139
IV.	Fazit.....	140

5. Teil: Abgrenzungen 143

I. Kapitel: Haftgrund der Wiederholungsgefahr..... 145

I.	Einleitende Bemerkungen.....	145
II.	Voraussetzungen von Art. 221 Abs. 1 lit. c StPO.....	145
1.	Dringender Tatverdacht.....	145
2.	Verübung früherer gleichartiger Straftaten.....	146
A.	Regelfall	146
B.	Ausnahmsweiser Verzicht auf Vortaten.....	148
a.	Gesetzgeberischer Hintergrund	148
b.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung	148
c.	Würdigung.....	149

3.	Ernsthafte Befürchtung	150
4.	Erhebliche Gefährdung Sicherheit anderer durch schweres Verbrechen oder Vergehen.....	151
	A. Auslegungsstreit	151
	B. Konkret zu berücksichtigende Delikte	153
III.	Verhältnis zu Art. 221 Abs. 2 StPO	154
	1. Abgrenzungsschwierigkeiten	154
	2. Unterschiede zwischen den Haftgründen.....	155
	A. Zweckbezogene Unterschiede.....	155
	B. Tatverdachtserfordernis	156
	C. Vortatenerfordernis	158
	D. Geforderter Wahrscheinlichkeitsgrad.....	158
	E. Mittels Haft zu verhindernde Delikte.....	161
	3. Anwendungsbereiche der jeweiligen Haftgründe	161
IV.	Revision der Strafprozessordnung.....	163
	1. Vorgesehene Änderungen in Bezug auf den Haftgrund der Wiederholungsgefahr	163
	2. Würdigung.....	165
	A. Einführung eines Haftgrunds der qualifizierten Wiederholungsgefahr im Allgemeinen	165
	B. Zu enger Wortlaut von Art. 221 Abs. 1 ^{bis} E-RevStPO	165
V.	Fazit.....	167
	2. Kapitel: Polizeilicher Gewahrsam	169
I.	Ausgangslage	169
II.	Kollisionsregeln der Bundesverfassung	170
	1. Die Regel von Art. 49 Abs. 1 BV	170
	2. Einschränkung und Relativierung derselben.....	171
III.	Konsequenzen und Fazit.....	172
	3. Kapitel: Polizeiliche Massnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus.....	175
I.	Ausgangslage	175
II.	Verhältnis zu Art. 221 Abs. 2 StPO	175
III.	Fazit.....	177
	4. Kapitel: Friedensbürgschaft nach Art. 66 StGB.....	179
I.	Merkmale von Art. 66 StGB und Gemeinsamkeiten mit Art. 221 Abs. 2 StPO	179

II.	Unterschiede zu Art. 221 Abs. 2 StPO	180
III.	Selbstständiges Massnahmeverfahren im Besonderen	181
1.	Die Regelung von Art. 372 Abs. 2 StPO	181
2.	Haft im Sinne von Art. 373 Abs. 5 StPO	182
IV.	Fazit	183
5. Kapitel: Fürsorgerische Unterbringung nach Art. 426 ZGB.....		185
I.	Einleitende Bemerkungen.....	185
II.	Wesen der fürsorgerischen Unterbringung.....	185
1.	Im Allgemeinen.....	185
2.	Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Besonderen.....	186
A.	Unter altem Erwachsenenschutzrecht.....	186
a.	Frühere Rechtsprechung und BGE 138 III 593.....	186
b.	Kritik der Lehre	187
B.	Unter neuem Erwachsenenschutzrecht.....	188
a.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung bis zum Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	188
b.	Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	189
c.	Bundesgerichtliche Rechtsprechung seit dem Entscheid des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.....	190
C.	Auswirkung auf das Verhältnis zu Art. 221 Abs. 2 StPO	191
III.	Verhältnis zu Art. 221 Abs. 2 StPO	192
1.	Fürsorgerische Unterbringung als weiterführende Massnahme?	192
2.	Gleichzeitiges Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 221 Abs. 2 StPO und Art. 426 Abs. 1 ZGB.....	194
IV.	Fazit	196
6. Teil: Der Haftgrund der Ausführungsgefahr im System der Untersuchungshaft		197
1. Kapitel: Vorbemerkungen.....		199
2. Kapitel: Modalitäten der Haft wegen Ausführungsgefahr		201
I.	Verwirklichung der Deliktsverhinderung.....	201
1.	Notwendigkeit zur Reduktion der Ausführungsgefahr.....	201
2.	Eingeschränkte Möglichkeiten zur spezialpräventiven Einwirkung.....	202

A.	Legitimation des Staates zur spezialpräventiven Einwirkung im polizei-präventiven Bereich	202
B.	Folgen für den Haftgrund der Ausführungsgefahr	204
3.	Verbleibende gefahrvermindernde Aspekte	204
A.	De lege lata	204
B.	Modifizierte Gefährderansprache als ergänzende Massnahme?.....	206
a.	Begriff und Anwendung der Gefährderansprache in der Schweiz	206
b.	Chancen und Grenzen einer Gefährderansprache	207
c.	Mögliche Anwendung im Bereich der Ausführungsgefahr	208
4.	Fazit.....	209
II.	Haftanordnungsverfahren	210
1.	Nach geltender Praxis.....	210
2.	Würdigung.....	211
A.	Verhandlung vor dem Zwangsmassnahmengericht.....	211
B.	Dauer zwischen Festnahme und Haftentscheid.....	212
a.	Anforderungen gemäss Art. 5 Abs. 3 EMRK.....	212
aa.	Im Allgemeinen	212
bb.	Bei Präventivhaft im Besonderen.....	213
b.	Konsequenzen in Bezug auf Art. 221 Abs. 2 StPO	214
3.	Fazit.....	216
III.	Vollzug	216
1.	Handhabung de lege lata	216
2.	Würdigung.....	218
A.	Berücksichtigung des allgemeinen Vollzugsgrundsatzes	218
a.	Vollzugsgrundsatz als Messgrösse für die Angemessenheit einer Vollzugsform	218
b.	Aspekt „Haftzweck“	218
c.	Aspekt „Ordnung und Sicherheit in der Haftanstalt“	219
B.	Unter Berücksichtigung der Auswirkungen auf die drohende Person...	219
C.	Zwischenfazit	221
3.	Alternative Vollzugsform	221
A.	Hausarrest analog zu Art. 230 Abs. 1 lit. a BWIS?	221
B.	Administrativhaft.....	222
4.	Fazit.....	223

IV.	Zulässige Haftdauer	224
1.	Fragestellung	224
2.	Aufhebung der Haft wegen Ausführungsgefahr.....	224
A.	Im Allgemeinen	224
B.	Wegfall der Voraussetzungen im Besonderen	225
3.	Maximal zulässige Haftdauer.....	227
A.	Notwendigkeit einer zeitlichen Begrenzung	227
B.	Zeitliche Begrenzung nach Lehre und Rechtsprechung.....	228
a.	Bei Vorliegen einer „konnexen“ Straftat	228
b.	Im Falle von „reiner“ Ausführungsgefahr	229
C.	Würdigung.....	230
a.	Zur Begrenzung anhand von Art. 212 Abs. 3 StPO.....	230
aa.	Verletzung der Unschuldsvermutung und Vorwegnahme einer Strafe	230
bb.	Strafe aus „konnexer“ Straftat als sachfremde Bemessungsgrösse.....	231
cc.	Übermass an polizei-präventiv motiviertem Freiheitsentzug	233
dd.	Ungleichbehandlung zwischen beschuldigter und nicht-beschuldigter drohender Person	233
ee.	Zwischenfazit	234
b.	Zu den Begrenzungstheorien der Lehre	235
aa.	Zur Begrenzung auf zwei Monate aufgrund der bundesgerichtlichen Rechtsprechung	235
bb.	Zur Analogie zur Friedensbürgschaft	236
cc.	Zur analogen Anwendung von Art. 212 Abs. 3 StPO.....	237
dd.	Zur Bemessung anhand der Dauer bis zum Vorliegen des Gutachtens.....	237
ee.	Zum Abstellen auf die Schwere der zu befürchtenden Tat..	238
c.	Zwischenfazit	239
D.	Eigene Auffassung.....	239
a.	Grundsätzliches	239
b.	Zu berücksichtigende Aspekte.....	239
aa.	Schwere der zu befürchtenden Tat	239
bb.	Wahrscheinlichkeit der Tatbegehung.....	241

cc.	Berücksichtigung der gefährlichkeitsindizierenden Umstände.....	242
dd.	Zusammenhang zwischen Haftdauer und Eintritt der gefahrmindernden Wirkung.....	243
ee.	Höchstdauer des Polizeigewahrsams nach kantonalem Recht.....	243
c.	Konklusion	244
aa.	Maximale Dauer an kantonalem Polizeigewahrsam als Orientierungshilfe.....	244
bb.	Fehlende Gründe zum Abrücken von den kantonally vorgesehenen Höchstdauern.....	245
cc.	Beschränkung der Haft wegen Ausführungsgefahr auf 14 Tage	247
E.	Bemerkungen zur maximalen Dauer der Haft wegen Wiederholungsgefahr.....	247
4.	Fazit.....	249
V.	Verhältnis zu den Haftgründen der Flucht- und Kollusionsgefahr	249
3.	Kapitel: Ersatzmassnahmen	253
I.	Anwendbarkeit von Art. 237 StPO.....	253
1.	In grundsätzlicher Hinsicht	253
2.	Eignung zur Verhinderung des angedrohten Delikts.....	253
A.	Stand der Lehre und Rechtsprechung.....	253
B.	Würdigung.....	256
a.	Massgebende Aspekte für die Beurteilung der Geeignetheit	256
b.	Tiefere Anforderungen an die Annahme von Ausführungsgefahr im Rahmen der Ersatzmassnahmen?.....	257
aa.	Auslegung contra legem.....	257
bb.	Verfassungswidrigkeit aufgrund fehlender gesetzlicher Grundlage	259
cc.	Verfassungswidrigkeit infolge Verletzung der kantonalen Rechtsetzungskompetenzen?.....	260
dd.	Zwischenfazit	261
c.	Erwartungshaltung gegenüber Ersatzmassnahmen	261
C.	Folgerungen und Fazit.....	262
II.	Verhältnis zu kantonalen Massnahmen	263
III.	Zulässige Dauer von Ersatzmassnahmen und Anordnung derselben nach Ablauf der zulässigen Haftdauer?.....	263

1. Fragestellung	264
2. Handhabung nach geltender Praxis	264
3. Folgerungen für Art. 221 Abs. 2 StPO	265
4. Kapitel: Entschädigung	267
I. Fragestellung	267
II. Entschädigungssystem der Strafprozessordnung	267
1. Bei ungerechtfertigter Haft	267
2. Bei rechtswidriger Haft	268
III. Bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Entschädigung bei Haft wegen Ausführungsgefahr	270
IV. Würdigung	270
V. Fazit	273
7. Teil: Zusammenfassung der Ergebnisse und Schlussüberlegungen	275
1. Kapitel: Zusammenfassung der Ergebnisse	277
I. Ergebnisse des 2. Teils „Entstehungsgeschichte“	277
II. Ergebnisse des 3. Teils „Die Merkmale von Art. 221 Abs. 2 StPO“	278
III. Ergebnisse des 4. Teils „Vereinbarkeit mit übergeordnetem Recht“	280
IV. Ergebnisse des 5. Teils „Abgrenzungen“	281
V. Ergebnisse des 6. Teils „Der Haftgrund der Ausführungsgefahr im System der Untersuchungshaft“	283
2. Kapitel: Schlussüberlegungen	285