

# Apokryphe Haftgründe und ihre Problematik

Diego R. Gfeller/Adrian Bigler/Duri Bonin

**Hinter den vorgeschobenen gesetzlichen Haftgründen stehen mitunter verheimlichte tatsächliche Gründe.**

**Ernst Ferstls Aphorismus, wonach der Unterschied zwischen Theorie und Praxis in der Praxis weit höher sei, als in der Theorie, bewahrheitet sich im Haftrecht in besonderem Masse: Während Lehre und Gesetzgebungsgeschichte Untersuchungshaft nur sehr restriktiv angewandt wissen wollen, hat die Praxis die Zurückhaltung weitestgehend abgelegt. Die Autoren setzen sich in ihrem Beitrag mit den sogenannten apokryphen Haftgründen auseinander, mithin den verborgenen tatsächlichen Haftgründen. Ferner zeigen sie auf, weshalb Untersuchungshaft aufgrund der Anreizstruktur zu einem strukturell unfairen Verfahren führen kann.**

## I. Gesetzliche Haftgründe

Der Gesetzgeber hat in der StPO den Grundsatz statuiert, dass der Beschuldigte im Untersuchungsverfahren in Freiheit verbleibt (Art. 212 StPO). Untersuchungshaft soll die Ausnahme bleiben und nur als *ultima ratio* angeordnet werden.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Im Detail hierzu Diego R. Gfeller/Adrian Bigler/Duri Bonin, Untersuchungshaft – Ein Leitfaden für die Praxis, Zürich 2017, N 583 ff.

Das schweizerische Strafprozessrecht kennt zwei repressive und zwei präventive (besondere) Haftgründe (Art. 221 Abs. 1 und 2 StPO). Repressiv sind die Haftgründe Kollusionsgefahr und Fluchtgefahr. Sie sollen der Sachverhaltsermittlung und der Sicherstellung der anschliessenden Bestrafung dienen. Auf Prävention künftiger befürchteter Straftaten sind die Haftgründe Wiederholungsgefahr und Ausführungsgefahr gerichtet.

Fluchtgefahr, Kollusionsgefahr und Wiederholungsgefahr verlangen zudem einen dringenden Tatverdacht. Zusätzlich müssen sämtliche Zwangsmassnahmen verhältnismässig sein (Art. 197 Abs. 1 lit. c und d StPO). Sie werden aber ihrer Natur nach zu einem Zeitpunkt verhängt, in dem der Beschuldigte von Gesetzes wegen als unschuldig gilt. Aus der gesetzlichen Logik ergibt sich somit die Tatsache, dass nur verdächtige Unschuldige in Untersuchungshaft sind. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass nur rund 33% der Verurteilten, die in Untersuchungshaft versetzt wurden, mit einer teil- oder unbedingten Freiheitsstrafe belegt

werden.<sup>2</sup> Rechnet man noch die eingestellten Verfahren sowie die Freisprüche mit vorangegangener Untersuchungshaft hinzu, ist die Quote der zu einer unbedingten Freiheitsstrafe verurteilten Personen, die Untersuchungshaft erleiden mussten, noch viel tiefer. Entsprechend liegt gemäss **Clausen/Fink** die Vermutung nahe, dass «die zwei grundlegenden Prinzipien des Rechtsstaates, die Unschuldsvermutung und die Verhältnismässigkeit der U-Haft» verletzt werden.<sup>3</sup>

## II. Apokryphe Haftgründe

### A. Einleitung

Andere Haftgründe als Flucht-, Kollusions-, Wiederholungs- und Ausführungsgefahr kennt das schweizerische Strafprozessrecht nicht. Soweit die Theorie. Tatsächlich gibt es jedoch, wie oben ausgeführt, klare statistische Hinweise für die Existenz geheimer, sogenannter apokrypher Haftgründe.<sup>4</sup> Apokryphe Haftgründe sind die wahren Haftgründe, welche jedoch nicht genannt werden dürfen, weil sie keine gesetzliche Grundlage haben.<sup>5</sup> Würden sie offen zutage treten, hätte dies gravierende Konsequenzen, stellt die rechtsgrundlose Inhaftierung doch offensichtlich eine Straftat (Freiheitsberaubung, Amtsmissbrauch, evtl. Nötigung) dar. Es liesse sich argumentieren, dass der Umstand, dass in der Schweiz keine Fälle bekannt sind, in denen Staatsanwälte oder Richter wegen illegaler Untersuchungshaftanordnung verurteilt und ihres Amtes enthoben wurden, beweist, dass alles seine Richtigkeit hat. So einfach ist es jedoch nicht. Dies aus dem Grund, dass sich die apokryphen Haftgründe aufgrund des grossen Ermessensspielraums und der vom Bundesgericht tolerierten geringen Begründungsdichte<sup>6</sup> sehr einfach verschleiern

lassen. Ein vorsitzender Richter am Landesgerichtshof in Frankfurt liess sich wie folgt zitieren: «Seien wir doch mal ehrlich: Wie entscheiden wir über die Untersuchungshaft? Wir

Richter: «Wir fragen doch zuerst: Gehört der rein oder gehört der raus? Und wenn wir der Meinung sind, er gehöre rein, fällt uns schon was zur Begründung ein.»

fragen doch zuerst: Gehört der rein oder gehört der raus? Und wenn wir der Meinung sind, er gehöre rein, fällt uns schon was zur Begründung ein, das sich mit den gesetzlichen Anforderungen vereinbaren lässt und auch dem Rechtsmittelgericht einleuchtet.»<sup>7</sup> Anzunehmen, dass es hierzulande besser bestellt ist, wäre blauäugig. Hinter vorgehaltener Hand werden auch in der Schweiz entsprechende Aussagen getätigt.

Was sind nun die apokryphen Haftgründe? Oder in der Vorstellungswelt besagten vorsitzenden Richters: Was sind die wahren Gründe, welche für ihn massgeblich sind, um zu entscheiden «gehört der rein oder gehört der raus?».

### B. Geständnisdruck / Beugehaft<sup>8</sup>

Der wohl bedeutendste apokryphe Haftgrund ist die Schaffung von Geständnisdruck bzw. Kooperationsbereitschaft.<sup>9</sup> Man spricht in

<sup>2</sup> Frédéric Clausen/Daniel Fink, Untersuchungshaft im freien Fall, in: Fink/Schulthess (Hrsg.), Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis – Ein Handbuch zur Entwicklung des Freiheitsentzugs in der Schweiz, Bern 2015, 182–195, 193.

<sup>3</sup> Clausen/Fink (Fn. 2), 193.

<sup>4</sup> Vgl. zum Ganzen: Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 45 ff.

<sup>5</sup> Elmar Nordhues, Untersuchungshaft im Spannungsverhältnis von Recht und Praxis, Zur Bewertung und Bekämpfung von apokryphen Haftgründen, Diss. Münster, 2013, Köln 2013.

<sup>6</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 234 ff., 665 ff.

<sup>7</sup> Zitiert nach Nordhues (Fn. 5), 44 m.w.H.

<sup>8</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 52 ff. m.w.H.

<sup>9</sup> Nordhues (Fn. 5), 56 ff.

diesem Zusammenhang auch von Beugehaft. Die Prävalenz dieses apokryphen Haftgrundes ist insofern verständlich, als Untersuchungs haft rechtshistorisch betrachtet gerade zu diesem Zweck entstand.<sup>10</sup>

Es gibt bestimmte Konstellationen, in denen die Gefahr von Beugehaft erhöht ist. Es ist an der Verteidigung und an den Gerichten (Zwangsmassnahmengericht, Beschwerdeinstanzen an den Obergerichten und Bundesgericht) hier besonders genau hinzuschauen:

- Behauptung der Kollusionsgefahr mit einhergehender nur schleppender Verfahrensführung (Einvernahmen sollen beispielsweise erst in einigen Wochen oder gar Monaten stattfinden können);
- Behauptung der Kollusionsgefahr ohne konkrete Bezeichnung der Personen, die befragt werden sollen (dient häufig blossen Umfeldabklärungen);
- Behauptung der Kollusionsgefahr zur Befragung von Personen, die zur Klärung des eigentlichen Tatgeschehens nichts oder nur wenig beitragen können;
- Behauptung der Kollusionsgefahr in Wirtschaftsstraffällen, wenn die wesentlichsten Beweismittel gesichert sind (z.B. durch Hausdurchsuchungen mit anschliessenden Beschlagnahmen);<sup>11</sup>
- Behauptung der Kollusionsgefahr ohne konkrete Kollusionshinweise, sondern mit bloss theoretischen oder generellen Gefahren (z.B. bei Paarkonflikten);
- Behauptung der Kollusionsgefahr mit generalisierten Ausführungen (z.B. Annahme

der Kollusionsgefahr bloss wegen der Natur der untersuchten Delikte, namentlich bei Sexualstraftaten);

- Behauptung der Kollusionsgefahr mit der alleinigen Begründung, dass sich die Aussagen des Beschuldigten nicht mit den Aussagen Dritter decken;
- Behauptung der Kollusionsgefahr mit dem einzigen Zweck der Auffindung von der Einziehung unterliegenden Vermögenswerten;<sup>12</sup>
- Behauptung der Fluchtgefahr ohne konkrete Hinweise auf eine beabsichtigte Flucht;
- Behauptung der Fluchtgefahr, wenn auch eine Verurteilung höchstwahrscheinlich lediglich zu einer Geldstrafe oder bedingten Freiheitsstrafe führen würde.<sup>13</sup>

### C. Krisenintervention<sup>14</sup>

Gerade in Fällen von häuslicher Gewalt steckt hinter dem behaupteten legalen Haftgrund der Kollusionsgefahr häufig das vermeintliche Bedürfnis nach einer Krisenintervention. Gleiches gilt auch für jugendliche Straftäter und junge Erwachsene.<sup>15</sup> Einerseits weil diesbezüglich eine gewisse soziale Erwartung der harten Hand besteht. Andererseits besteht die Hoffnung, dass der Beschuldigte durch die Inhaftierung den Ernst der Lage versteht und künftige Delikte unterlässt.

Auch dieser Haftgrund hat keine gesetzliche Grundlage. Die Unschuldsvermutung wird in solchen Fällen fundamental verletzt. Dass der Beschuldigte tatsächlich unschuldig sein könnte, wird dabei ebenso ausser Acht gelassen wie die Tatsache, dass ein grosser Teil der Verfahren, die so beginnen, später wieder eingestellt werden.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Marc Forster, Empirische Erkenntnisse zur strafprozessualen Haft, AJP 1996, 1529 m.w.H.; Der Spiegel, 12/1964, 38.

<sup>11</sup> Beschuldigte in Wirtschaftsstraffällen sind einem besonderen Beugehafterisiko ausgeliefert, droht ihnen doch bereits durch das Bekanntwerden der Strafuntersuchung ein Verlust der wirtschaftlichen Existenz verbunden mit nicht mehr behebbaren Reputationsschäden. Zudem besteht in Wirtschaftsstraffällen aufgrund des Aktenumfangs und der kurzen Haftprüfungsfristen überhaupt keine Möglichkeit für das Zwangsmassnahmengericht sich auch nur ansatzweise mit dem dringenden Tatverdacht auseinanderzusetzen. Weil es hier zudem auch um grosse Geldbeträge geht und die Medien, gerade bei Publikumsgesellschaften zusätzlich Druck machen, ist ein faires Haftverfahren in Wirtschaftsstrafsachen von vornherein ausgeschlossen.

<sup>12</sup> Nordhues (Fn. 5), 73.

<sup>13</sup> Betrifft v.a. Ausländer. Vgl. Adrian Bigler/Duri Bonin/Diego R. Gfeller, Berücksichtigung von drohenden bedingten Strafen im Haftrecht, AJP 2018, 149–154.

<sup>14</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 60 m.w.H.; Albrecht, FS Trechsel, 263.

<sup>15</sup> Nordhues (Fn. 5), 64.

<sup>16</sup> Die Einstellungsquote in Fällen häuslicher Gewalt schwankt laut einem Bericht des Bundesrates zwischen 53 und 92%: Bericht des Bundesrates vom 28. Januar 2015 zur Motion 09.3059 Heim, Eindämmung der häuslichen Gewalt, 21 m.w.H.; <http://bit.ly/2AZboNw>.

Die Anwendung strafprozessualer Haft ist u.E. aber beispielsweise im Kanton Zürich gar nicht erforderlich, da das GSG des Kantons Zürich die Möglichkeit einer 24-stündigen Inhaftierung mit der Möglichkeit der Verlängerung von bis zu 4 Tagen vorsieht.<sup>17</sup> Das gleiche Gesetz sieht zudem die Möglichkeit von Kontakt- und Rayonverboten vor. Die beabsichtigte Abkühlung der Situation durch die Krisenintervention kann somit mit anderen Mitteln (und zwar aus dem Werkzeugkasten der polizeilichen Gefahrenabwehr) bewältigt werden, womit Untersuchungshaft nicht erforderlich und damit unzulässig wird. Da Fälle häuslicher Gewalt regelmässig Vieraugendelikte sind und somit nebst der (partiellöffentlichen) Befragung der Geschädigten meist keine kollusionsgefährdeten Beweise erhoben werden müssen, ist Untersuchungshaft in diesen Fällen sowieso nur für ganz kurze Zeit zulässig (u.E. maximal 10 Tage).

In diesem Zusammenhang ist auch auf die unausgesprochene Befürchtung von schweren Gewalttaten hinzuweisen. Man will sich nicht vorwerfen lassen müssen, dass ein Tötungsdelikt hätte verhindert werden können. Entsprechend wird die Krisenintervention zusätzlich mit angeblicher Ausführungsgefahr untermauert. Dies einzig basierend auf angeblichen Drohungen oder Hinweisen, wonach der Beschuldigte Waffen besitze.<sup>18</sup>

#### D. «Weil es ihm gut tut» / Vorwegnahme der Strafe<sup>19</sup>

Besonders anfällig sind hier ausländische Beschuldigte, namentlich im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts. Solange sie nicht mit Betäubungsmittelmengen erwischt

werden, welche eine Mindeststrafe von einem Jahr vorsehen und sie nicht vorbestraft sind, gibt es u.E. regelmässig überhaupt keinen legalen Haftgrund. Ihnen droht real ja lediglich eine bedingte Sanktion.<sup>20</sup> Hinter dem apokryphen Haftgrund «Weil es ihm gut tut» stecken häufig subjektive «Gewissheiten» der Strafverfolgungsbehörden von einer bestehenden, aber allenfalls nicht nachweisbaren Schuld des Beschuldigten. Dies gepaart mit der (falschen) Meinung, dass bedingte Strafen ja keine spezialpräventive Wirkung erzielen. Es geht gewissermassen um eine Vorwegnahme der Strafe.<sup>21</sup> In der Lehre herrscht aber Einigkeit, dass eine «vorgezogene» Bestrafung kein zulässiger Haftgrund ist.<sup>22</sup> Damit wird ganz offensichtlich die Unschuldsvermutung verletzt. Zudem wird das Haftrecht zur Umgehung einer als ungenügend empfundenen Regel des materiellen Strafrechts missbraucht.<sup>23</sup>

#### E. Umfeldabklärungen<sup>24</sup>

In Verkennung der Zwecke der Untersuchungshaft wird diese gelegentlich dazu missbraucht, Umfeldabklärungen vorzunehmen. Also Abklärungen, die nicht auf die Beurteilung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat, sondern von mutmasslichen Delikten aus seinem Umfeld abzielen. Dieses Problem taucht beispielsweise auf, wenn ein Beschuldiger eines Betäubungsmitteldeliktet sich von Anfang an geständig zeigt und keine konkreten Hinweise auf weitergehende Delikte bestehen. Diesfalls kommt es vor, dass Untersuchungshaft dazu dient, weitere Abklärungen zu tätigen, welche nicht mit dem konkret verfolgten Delikt zusammenhängen, sondern das mutmasslich deliktische Umfeld des Beschuldigten betreffen.

<sup>17</sup> § 14 Abs. 2 GSG/ZH; vgl. dazu auch; Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 60.

<sup>18</sup> In den aktuellen Weisungen der Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich (WOSTA vom 1. Juni 2017, 12.8.1.2.4) wird festgehalten: «Grundsätzlich ist bei allen Verfahren von Häuslicher Gewalt nach Eingang der Anzeige bei der Staatsanwaltschaft zu prüfen, ob eine Hausdurchsuchung angezeigt ist (z.B. bei Hinweisen auf Waffenbesitz). Stehen Drohungen im Raum, insbesondere Morddrohungen, ist stets der Haftgrund der Ausführungsgefahr zu prüfen.» Dass dies nicht bloss gut gemeinte Ratschläge, sondern konkrete Weisungen an die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sind, versteht sich von selbst.

<sup>19</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 61 m.w.H.

<sup>20</sup> Nach hier vertretener Ansicht und im Gegensatz zur gängigen Praxis ist die Frage des bedingten Vollzugs einer künftigen Freiheitsstrafe zwingend zu prüfen. Vgl. dazu ausführlich Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 266 ff. und 645.

<sup>21</sup> Nordhues, (Fn. 5), 67.

<sup>22</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 45 ff. m.w.H.

<sup>23</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 61.

<sup>24</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 66; Nordhues (Fn. 5), 66.

### F. Druck der Öffentlichkeit / symbolisches Strafrecht<sup>25</sup>

Bisweilen führen auch medialer oder politischer Druck zu Untersuchungshaft.<sup>26</sup> Man will sich nicht dem Vorwurf der sog. «Kuscheljustiz» aussetzen oder gar riskieren, selbst negativ in die Schlagzeilen zu geraten. Gerade der Boulevard scheint die dem Gesetz widersprechende Erwartungshaltung zu schüren, dass jeder Beschuldigte in Untersuchungshaft versetzt werden müsste. Dies betrifft namentlich den Bereich der Sexualdelikte (insbesondere wenn es um minderjährige Opfer und/oder ausländische Beschuldigte geht).

Interessant ist die Untersuchung des Bayerischen Landeskriminalamtes, die festgestellt hat, dass etwa ein Drittel aller Anzeigen wegen Sexualdelikten bereits im polizeilichen Ermittlungsverfahren deutliche Anzeichen von Lügensignalen enthält.<sup>27</sup> Dies dürfte wohl auch für die Schweiz zutreffen. Dennoch ist gerade bei Sexualdelikten die Wahrscheinlichkeit der Anordnung von Untersuchungshaft besonders hoch, namentlich weil die Rechtsprechung die Anforderungen an den dringenden Tatverdacht contra legem de facto aufgehoben hat. Man könnte somit von einem höchstrichterlich bewilligten apokryphen Haftgrund der «Untersuchung in Sexualstrafsachen» sprechen.

Die mediale Hetzjagd, wenn sich nach einem Verzicht auf eine Zuführung oder nach anschliessender Haftentlassung ein tragischer Vorfall (im Kanton Zürich sei an den Doppelmord von Pfäffikon/ZH durch Shani S. erinnert)<sup>28</sup> ereignet, ist heute so sicher wie das Amen in der Kirche. Es ist dann jeweils vorschnell von Justizversagen die Rede. Dies selbst dann, wenn keiner-

lei oder nur sehr schwache Indizien für eine entsprechende Eskalation bestanden. So erstaunt es auch nicht, dass selbst gestandene Richter und Richterinnen davon berichten, dass die Angst vor Fehlern die Urteile beeinflusst.<sup>29</sup>

### G. Karriere, Verantwortungsdelegation und behördliche Nähe

Auch das eigene Karrieredenken kann ein apokrypher Haftgrund sein. Auf Seiten der Staatsanwaltschaft kann man so den Vorgesetzten den in Ausschreibungen regelmässig geforderten «ausgeprägten Strafverfolgungswillen» beweisen. Wenn die Vorgesetzten subtil oder auch expressis verbis mit Köpferollen drohen, wenn nach einer Haftentlassung etwas geschieht, dann ist dies für den Anspruch auf ein faires Verfahren besonders hinderlich.<sup>30</sup> Die Anreizstruktur bei den Staatsanwaltschaften ist somit auf Untersuchungshaft gerichtet.

Ein ähnliches Problem stellt sich bei den Zwangsmassnahmengewichten. Einerseits sind sie gedanklich regelmässig im Moraldilemma «Prävention vs. Freiheitsanspruch» bzw. «Opferinteressen vs. Beschuldigteninteressen» gefangen. Andererseits müssen Richter in der Schweiz mit einer Nichtwiederwahl rechnen.

Kein apokrypher Haftgrund, aber eine Erklärung für deren Prävalenz liegt im System des Haftverfahrens.<sup>31</sup> Die Staatsanwaltschaft selbst

<sup>25</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 62 ff. m.w.H.

<sup>26</sup> Nordhues, (Fn. 5), 50, 54.

<sup>27</sup> Erich Elsner/Steffen Wiebke, Vergewaltigung und sexuelle Nötigung in Bayern, Bayerisches Landeskriminalamt (Hrsg.), München 2005.

<sup>28</sup> Im Nachgang zur Tat wurde ein aufsichtsrechtliches Verfahren geführt, weil der Täter knapp eine Woche vor der Tat wegen Morddrohungen und häuslicher Gewalt befragt worden war, daraufhin jedoch kein Haftantrag gestellt wurde. Die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich hat wohl nicht zuletzt aufgrund dieses Vorfalls ihre Weisungen angepasst. Vgl. auch Fn 18.

<sup>29</sup> Siehe bspw. <https://www.woz.ch/-7617>, wo Marianne Heer in bewundernswerter Offenheit davon berichtet, wie Richter schnell einmal durch Medien und Parteien abgestraft werden und deshalb die Verantwortung für eine Freilassung scheuen; man wolle als Richter nicht seine eigene Karriere, den Beruf und die Zukunft für einen «Wildfremden, der ja auch etwas Schlimmes gemacht hat», aufs Spiel setzen.

<sup>30</sup> Auch diesbezüglich ist der Doppelmord von Pfäffikon/ZH illustrativ. Durch die mittlerweile angepassten WOSTA hätte die Oberstaatsanwaltschaft des Kantons Zürich ein Dokument in der Hand, um die eigenen Hände in Unschuld zu waschen und sich des Staatsanwalts zu entledigen, der bei einem angeblichen «Droher» die Ausführungsgefahr nicht «geprüft» hat (scil.: keine Haft beantragt hat). Wurde Haft beantragt, aber vom Zwangsmassnahmengewicht verweigert, so wäre die Staatsanwaltschaft wiederum fein raus. Diesfalls wäre der Zwangsmassnahmenrichter der Letzte im Umzug. Und den beißen bekanntlich die Hunde.

<sup>31</sup> Vgl. zum Ganzen Thomas Heeb, Untersuchungshaft aus der Sicht der Verteidigung, in: Mona/Riklin (Hrsg.), Rechtswidrige Zustände? Untersuchungshaft in der Kritik, 35 ff.

ist – im Gegensatz zu früher<sup>32</sup> – nur Antragstellerin und Partei. Zwangsmassnahmengerrichte fühlen sich umgekehrt regelmässig der gleichen Seite zugehörig, wie die Staatsanwaltschaft.<sup>33</sup> Man gehört ja zu den «Guten».<sup>34</sup> Zudem sind die Behörden häufig auch im gleichen Gebäude untergebracht. Man kennt sich von der gemeinsamen Ausbildungszeit. Es herrscht ein erheblicher Vertrauensvorschuss, der dazu führt, dass bisweilen selbst schlecht begründete Haftanträge zurechtgebogen werden.<sup>35</sup> Zudem sind die Staatsanwaltschaften meist auch nicht an der Verhandlung anwesend und somit auch nicht gezwungen, auf die Einwände der Verteidigung zu antworten.<sup>36</sup> Das Zwangsmassnahmengerricht muss also wie in der Schachnovelle die möglichen Angriffe der Verteidigung auf die Staatsanwaltschaft gedanklich parieren und anschliessend aber zu einem unparteiischen Ergebnis kommen.

**Summers/Garland/Studer** haben dieses Problem im Rahmen einer Nationalfondsstudie ebenfalls thematisiert. Die Untersuchung

bezog sich zwar auf die eigentliche Hauptverhandlung. Doch die diesbezüglichen Erkenntnisse lassen sich 1:1 auf das Haftverfahren übertragen. Sie halten fest: «Die grösste Gefahr geht dabei von der Konstellation aus, dass das Gericht in Anwesenheit der Verteidigung und in Abwesenheit der Staatsanwaltschaft verhandelt. Eine Konstellation wohlgemerkt, die im Verlaufe des Forschungsprojekts regelmässig vorkam. Der EGMR erkannte in mehreren Fällen, dass es gefährlich ist, wenn vor Gericht nur die Verteidigung anwesend ist, weil das Gericht dann selbst die Rolle der Anklage übernehmen muss und daher nicht mehr unparteiisch erscheint. Von der Beeinträchtigung der richterlichen Unparteilichkeit im konkreten Fall abgesehen, erscheint ein System, in dem das Gericht regelmässig die Interessen der Staatsanwaltschaft vertritt, nicht ideal. Eine solche Verfahrensstruktur birgt die systemimmanente Gefahr, dass ein Gericht sich mit der Rolle der Anklagevertretung identifiziert, weshalb nicht nur die Unparteilichkeit des konkreten Gerichts, sondern der gesamten Richterschaft infrage steht.»<sup>37</sup> Sie schlagen deshalb vor, dass die Gerichte auf die Anwesenheit der Staatsanwaltschaften beharren sollen, um damit die Verteidigungsrechte wirksam umzusetzen.<sup>38</sup>

## H. Zwischenergebnis

Die oben genannten apokryphen Haftgründe spielen häufig ineinander. Das Moraldilemma, einem Opfer zu helfen, statt einen potentiell Schuldigen freizulassen, ist eng mit dem mittlerweile sogar bei der Strafverfolgung vorherrschenden Präventionsgedanken<sup>39</sup> verbunden und wird durch die Medien potenziert. Wenn die eigene Karriere dann auch noch davon abhängen kann, liegt eine unheilvolle Kombination vor. All diese Umstände führen

<sup>32</sup> Im Kanton Zürich konnten bis zu einem Urteil des EGMR die Staatsanwälte die Untersuchungshaft selbst anordnen. Das gut gemeinte Urteil des EGMR hat jedoch nicht etwa zu einer Reduktion der Haftfälle geführt, sondern zu einer Vermehrung. Der Grund dürfte darin liegen, dass die Staatsanwaltschaft sich sagen kann, sie sei ja nur Antragstellerin. Der Entscheid obliege ja dem Gericht. Bei den Gerichten herrscht aber regelmässig die Meinung vor, dass man den Fall ja nicht so gut kenne, wie die Staatsanwaltschaft. Wenn die Staatsanwaltschaft Untersuchungshaft für notwendig erachtet, so wird da schon was dran sein. Vgl. dazu **Heeb** (Fn. 31), 36.

<sup>33</sup> **Heeb** (Fn. 31), 36; Ähnlich **Nordhues** (Fn. 5), 71.; **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), FN 191.

<sup>34</sup> **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 576: Die latente Gefahr, dem begangenen Unrecht im Ermittlungsüberschwang weiteres hinzuzufügen und dabei gar die vermuteten Ergebnisse in selbsterfüllender Prophezeiung zu produzieren, wird ausgeblendet (vgl. **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 5, 28, 52 ff., 71, 190, 250 sowie 604).

<sup>35</sup> **Peter Albrecht** spricht gar von einem «gravierenden Mangel an innerer Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber Staatsanwaltschaft und Polizei»: Die Untersuchungshaft – Eine Strafe ohne Schuldanspruch? Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht, in: **Donatsch/Forster/Schwarzenegger** (Hrsg.), *Festschrift für Stefan Trechsel*, Zürich 2002, 366 m.w.H.; Ähnlich **Nordhues** (Fn. 5), passim; **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 803 f. m.w.H.

<sup>36</sup> Die Autoren haben schon erlebt, dass ein Zwangsmassnahmengerricht die Staatsanwaltschaft anrief und erkundigte, ob man gegen einen ablehnenden Entscheid Beschwerde erheben würde. Sollte dies der Fall sein, würde man die Haft natürlich verlängern. Dies geschah selbstverständlich in Abwesenheit der Verteidigung, die davon nur deshalb erfuhr, weil die Staatsanwaltschaft sie darüber in Kenntnis setzte. Dieser Fall illustriert den von Albrecht diagnostizierten Mangel an innerer Unabhängigkeit besonders eindrücklich.

<sup>37</sup> **Sarah Summers/Lorenz Garland/David Studer**, *Das Recht auf Verteidigung – Anspruch und Wirklichkeit*, ZStrR 2016, 133–170, 132.

<sup>38</sup> **Summers/Garland/Studer** (Fn. 37), 170.

<sup>39</sup> Vgl. dazu bspw. **Marcel Alexander Niggli**, *Vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte*, in: *Forum Strafverteidigung et al.* (Hrsg.): *Strafverteidigung und Sicherheitswahn*. 3. Dreiländerforum Strafverteidigung, Zürich 14./15. Juni 2013, Wien u.a., 2014, 13–51.

dazu, dass zwischen der Theorie des Haftrechts und der Praxis fundamentale Gräben bestehen.

### III. Das Skandalon des apokryphen Haftgrundes

Die offiziell nicht existierenden, real aber zu beobachtenden apokryphen Haftgründe haben schwerwiegende Folgen für den Beschuldigten. Selbstverständlich steckt hinter den apokryphen Haftgründen regelmässig ein flagranter Verstoß gegen die Unschuldsvermutung.

#### A. Verletzung des Rechts auf wirksame Verteidigung

Ein weiteres zentrales Problem an den apokryphen Haftgründen ist, dass diese logischerweise weder in den Haftanträgen noch in den Haftentscheiden erwähnt werden. Damit wird das Recht auf wirksame Verteidigung verletzt. Wer nicht weiss, wogegen er sich wehren muss, ist im wahrsten Sinne des Wortes wehrlos.

#### B. Falschaussagen wegen Anreizstruktur

Eines der zentralen Probleme am apokryphen Haftgrund der Beugehaft ist, dass damit auch ein Anreiz zu falschen Geständnissen geschaffen wird.<sup>40</sup> Gemäss der Untersuchung von Kroll<sup>41</sup> handelt es sich bei falschen Geständnissen übrigens um ein massenhaftes Phänomen.

Dies hat mehrere Gründe. Einerseits tritt bereits nach kürzester Zeit ein sogenannter Haftchock ein und die Untersuchungsgefangenen geraten nicht selten in eine existentielle Krise.<sup>42</sup> Das frühere Leben in Freiheit wurde gewaltsam genommen. Stattdessen befindet man sich an einem fremden Ort mit fremden Menschen (denen man teils schwere Gewalttaten vorwirft, aber bis-

weilen ebenfalls unschuldig sind). Job, Wohnung und Familie drohen verlustig zu gehen.<sup>43</sup>

Erschwerend kommen noch die Haftbedingungen hinzu, die in vielen Gefängnissen herrschen.<sup>44</sup> Insbesondere wenn die Untersuchungshaft als Einzelhaft vollzogen wird. Dass die Schweiz hierfür regelmässig kritisiert<sup>45</sup> wird und der heutige Gerichtsschreiber und wissenschaftliche Berater des Bundesgerichts Mark Forster festhielt, dass «eine routinemässige mittel- und langfristige Unterbringung von Untersuchungsgefangenen in Einzelhaft [...] angesichts der nachgewiesenen besonderen Gesundheitsschädlichkeit dieser Haftform kaum verantwortbar»<sup>46</sup> ist, scheint die Praxis bis heute wenig beeindruckt zu haben.

Hinzu kommt, dass den Beschuldigten seitens der Strafverfolgungsbehörden regelmässig eine Haftentlassung in Aussicht gestellt wird, falls sie ein Geständnis ablegen. «Gesteh und geh», lautet das Motto. Dies wird bisweilen sogar von Polizeibeamten getan oder zumindest diesen Eindruck unterschwellig vermittelt, die es regelmässig gar nicht in der

<sup>40</sup> Zum Ganzen siehe auch Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 5, 28, 52 ff., 71, 190, 250, 604 sowie FN 834.

<sup>41</sup> Ottmar Kroll, Wahre und falsche Geständnisse in Vernehmungen, Stuttgart 2012.

<sup>42</sup> Vgl. zum Ganzen Marc Forster, Empirische Erkenntnisse zur strafprozessualen Haft. Streiflichter hinter die Mauern der Untersuchungsgefängnisse, AJP 1996/12, 1522 ff., passim.; Kroll (Fn. 41), 51.

<sup>43</sup> Oder mit den Worten von Michi Beck (Die Fantastischen Vier, Michi Beck in Hell): «Mein gesamtes Hab und Gut wurde verpfändet | Und zur Tilgung meiner Schulden verwendet | Mein guter Ruf in 'n Schmutz gezogen und geschändet | Wenig später unvermeidlich Ärger mit dem Vermieter, weil ich | Kein Geld mehr hatte für die 500 Quadratmeter | Penthouse-Etage nach 'nem Monat ohne Gage | Saß ich direkt auf der Straße, schade | Denn das Leben dort macht auch nur Spaß solange du'n Auto hast | Doch ohne Cash auf Täsch ziemlich blank kassierten es als letzte Sicherheit | Die Stricher von der Bank vielen Dank | Keinen Job, mehr keine Wohnung, keinen Wagen oder um es wie Thomas zu sagen | Hast du kein Auto und hast du kein Haus | Dann hast du keine Frau und so sieht's aus | Ja ja genau so lief's bei mir als ich vor ihrer Tür stand | Und statt Liebe und Trost nur noch'n Zettel von ihr fand | Es wär' nicht wegen mir doch sie sei weg um mit jemand anderem zusammen zu sein | Und ich war wieder allein allein.»

<sup>44</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 599 ff.

<sup>45</sup> Sowohl die nationale Konvention zur Verhütung von Folter, das schweizerische Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR) als auch das Europäische Komitee zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung (CPT) kritisieren die Einzelhaft.

<sup>46</sup> Forster (Fn. 42), 1529.

Hand haben, entsprechende Zusicherungen abzugeben.<sup>47</sup>

In diesem Zusammenhang können sogar die Verteidiger ihren Teil zu falschen Geständnissen beitragen. Wenn sich nämlich abzeichnet, dass die Untersuchungshaft aus legalen oder apokryphen Gründen noch längere Zeit andauern dürfte, aber das Ergebnis einer in der Zukunft liegenden Hauptverhandlung noch nicht mit einigermaßen zutreffender Genauigkeit vorhergesehen werden kann, könnten

Haftverfahren sind kontradiktorisch. Nur eine kritische Auseinandersetzung des ZMG mit den Anträgen der Staatsanwaltschaft schützt vor apokryphen Haftgründen.

Diskussionen über die Anerkennung eines Strafbefehls oder die Einwilligung in ein abgekürztes Verfahren durchaus zu falschen Geständnissen führen. Dies einfach, um endlich wieder ein Leben in Freiheit führen zu können. Man muss sich als Inhaftierter nämlich ernsthaft überlegen, ob die Aussicht auf einen eventuellen Freispruch die fortdauernde Inhaftierung rechtfertigt. Nicht zu unterschätzen ist auch der Druck seitens der Familie sowie des beruflichen Umfelds des Beschuldigten. Diese Personen sowie auch der Inhaftierte

<sup>47</sup> Ein auf diese Weise erlangtes Geständnis wäre nach hier vertretener Ansicht unverwertbar nach Art. 140 StPO; gl.M. **Sabine Gless**, Art. 140 N 43, in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), Schweizerische Strafprozessordnung, Basler Kommentar, 2. Aufl., Basel 2014.

selber tendieren dazu, die unerträgliche Situation der Untersuchungshaft prioritär und unter Inkaufnahme erheblicher Opportunitätskosten aufzuheben und dabei den Blick auf das eigentliche Hauptverfahren (an dessen Ende möglicherweise eine mehrmonatige oder überjährige Freiheitsstrafe stehen kann) zu verlieren. Diese kurzfristige Denkweise wird nicht selten zu einem späteren Zeitpunkt bereut.

Da auch bekannt ist, dass mit der zunehmenden Dauer der Untersuchungshaft sowohl die Wahrscheinlichkeit einer Verurteilung erhöht<sup>48</sup> und auch die angeordneten Freiheitsstrafen umso höher sind, je länger die Untersuchungshaft dauerte, ist der Wert eines sich allenfalls ergebenden Freispruchs bloss noch symbolischer Natur. Auch die Höhe der Haftentschädigungen sind in der Schweiz offensichtlich ungeeignet, um jemanden auch nur halbwegs angemessen für den Freiheitsentzug zu entschädigen. Blicke noch die Befriedigung durch Reinwaschung des Namens im Falle des Freispruchs. Doch auch damit ist es nicht weit her. Denn das Kainsmal der Untersuchungshaft bleibt hängen. Die Öffentlichkeit erkennt in einem Freispruch (regelmässig auch zu recht) eben keinen Nachweis der Unschuld. Vielmehr wird verstanden: «Man hat es ihm nicht nachweisen können». Je länger die Untersuchungshaft dauerte, desto eher wird auch der freigesprochene Beschuldigte von der Bevölkerung als schuldig empfunden.<sup>49</sup>

Den Autoren sind auch Fälle bekannt, in denen Personen falsche Geständnisse abgelegt haben, weil sie in der Vergangenheit schon Untersuchungshaft erlebt haben und deshalb bei der

<sup>48</sup> **Albrecht** (Fn. 35), 360; **Stefan Trechsel**, Die Europäische Menschenrechtskonvention, ihr Schutz der persönlichen Freiheit und die schweizerischen Strafprozessrechte, Bern 1974, 262; **Gfeller/Bigler/Bonin** (Fn. 1), N 29, 203, 604, 689, 839 sowie FN 283 und 835.

<sup>49</sup> **Andreas Noll**, Praxis der Untersuchungshaft in der Schweiz, Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots de lege ferenda, in: Kuhn et al. (Hrsg.), Festschrift für Martin Killias zum 65. Geburtstag, Bern 2013, auf die Studien von **Ulf Hink**, Die kriminogene Wirkung der Untersuchungshaft – eine kriminalpsychologische Untersuchung, Diss. Salzburg 1967, sowie **Ulf Hink**, Die kriminogene Wirkung der Untersuchungshaft, in: Kriminalistik 1967, 523 ff.

erneuten Involvierung in ein Strafverfahren selbstbelastende Aussagen gemacht haben, nur um einer erneuten Untersuchungshaft zu entgehen (und zwar auch in Strafverfahren, in denen noch nicht einmal ernsthaft mit Untersuchungshaft hätte gerechnet werden müssen). Mit anderen Worten kommt es vor, dass für Beschuldigte fast jede erdenkliche Strafe in der Hauptsache weniger schlimm ist, als die Ersetzung von Untersuchungshaft. Dies sollte einem zumindest aus staatsrechtlicher Sicht nachdenklich stimmen.

### C. Die De-Legitimation des Rechts

Werden die wirklichen Haftgründe verschwiegen und die legalen Haftgründe zweckentfremdet, delegitimiert sich das Strafrecht. Ein Staat, der sich nicht an die selbst auferlegten Regeln halten will, untergräbt damit nicht nur das Vertrauen der Öffentlichkeit. Er unterminiert auch die Anerkennung eines Urteils durch den Beschuldigten selbst.

### IV. Ergebnis

Das Problem der apokryphen Haftgründe kann nur gelöst werden, wenn die gerichtlichen Instanzen sich kritisch mit den Haftanträgen der Staatsanwaltschaft auseinandersetzen. Dies gilt sowohl in Bezug auf den dringenden Tatverdacht als auch für die geltend gemachten speziellen Haftgründe. Schwammig formulierte Haftanträge sind konsequent abzulehnen. Die Staatsanwältinnen und Staatsanwälte sollten sodann von den Zwangsmassnahmengerichten regelmässig zur Haftanhörung vorgeladen

werden. Haftfristen sind so eng zu bemessen, dass die erforderlichen Beweismittel schnellstmöglich erhoben werden. Der Notwendigkeit einer sich verstärkenden Verdachtsintensität im Untersuchungsverlauf ist endlich die Beachtung zu schenken, die der Gesetzgeber statuiert hat.<sup>50</sup> Zudem können Zwangsmassnahmengerichte den Staatsanwaltschaften Anweisungen erteilen, die Letztere erfüllen müssen, andernfalls weitere Haftverlängerungen nicht bewilligt würden.<sup>51</sup>

Allgemein ist also zu verlangen, dass die Zwangsmassnahmengerichte die durchaus nicht unverständliche Behördensolidarität beiseite lassen, ihrer Überwachungsaufgabe über die Staatsanwaltschaften ernsthaft nachkommen und die Strafuntersuchung kritisch hinterfragen. Diesbezüglich sollten sich die Zwangsmassnahmengerichte immer wieder vergegenwärtigen, dass die Staatsanwaltschaft nicht ihr Auftraggeber ist, sondern eine Partei des Strafprozesses. Zudem steht ein hohes Gut auf dem Spiel, nämlich die Freiheit eines Menschen.

<sup>50</sup> Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 182 ff. und namentlich 205 ff. mit Ausführungen zur haftrichterlichen Kontrolle der Verdichtung.

<sup>51</sup> Vgl. Art. 226 Abs. 4 lit. b StPO; Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, 2. Aufl., Zürich 2013, N 138 ff.; Gfeller/Bigler/Bonin (Fn. 1), N 186: «Die Staatsanwaltschaft hat anzugeben, welche konkreten Beweismittel sie (noch) erheben will und innert welcher Frist dies geschehen soll, wobei die in Betracht kommenden Untersuchungshandlungen vordringlich zu erheben sind. Gerade weil die Grund- und Freiheitsrechte der beschuldigten Person den Strafverfolgungsinteressen «geopfert» werden, ist schnellstmöglich sicherzustellen, dass nicht ein Unschuldiger der staatlichen Haft ausgeliefert wird. Diesem Umstand hat das Zwangsmassnahmengericht mit einer Befristung sowie konkreten Anweisungen an die Staatsanwaltschaft Nachachtung zu verschaffen.»

