

[ 8 | 2019 ]

# ANWALTS

---

# REVUE

---

# DE L'AVOCAT

---

KONRAD JEKER, TANJA KNODEL, LUDOVIC TIRELLI, DIEGO R. GFELLER /  
OLIVIA SIEBER, CAROLINE ENGEL, THOMAS SPRENGER

FACHANWALT SAV / AVOCAT SPÉCIALISTE FSA  
Strafverteidigung / Défense pénale SEITE / PAGE 319

WALTER FELLMANN / YVONNE BURGER

Unabhängigkeit und Berufsgeheimnis bei  
Subdelegation durch Hilfsperson –  
BGer 2C\_1083/2017 vom 4. Juni 2019 SEITE / PAGE 341

MAXENCE CARRON

L'absence de confiance privilégiée  
en droit du mandat SEITE / PAGE 349



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

# INHALTSVERZEICHNIS

## TABLE DES MATIÈRES

<b>LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA</b>	<b>315</b>
<b>IM FOKUS DES VORSTANDS SAV</b>	<b>316</b>

### THEMA / QUESTION DU JOUR

FACHANWALT SAV / AVOCAT SPÉCIALISTE FSA Strafverteidigung / Défense pénale

Konrad Jeker Einleitung	319
Tanja Knodel Verdacht und Verdachtsgrade	320
Ludovic Tirelli Défense d'office, défense de seconde classe?	323
Diego R. Gfeller / Olivia Sieber Zwangsmassnahmengerichte: Thanks for nothing?	329
Caroline Engel Jugendstrafverfahren – Strafrecht oder Erziehungsrecht?	334
Thomas Sprenger Die Privatklägerschaft aus Sicht der Verteidigung	336

### ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU

Walter Fellmann / Yvonne Burger Unabhängigkeit und Berufsgeheimnis bei Subdelegation durch Hilfsperson – BGer 2C_1083/2017 vom 4. Juni 2019	341
Maxence Carron L'absence de confiance privilégiée en droit du mandat	349

### RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE 354

### SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX

Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	355
---	-----

#### IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat  
22. Jahrgang 2019 / 22<sup>e</sup> année 2019  
ISSN 1422-5778 (Print)  
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution  
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation  
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.  
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par  
Stämpfli Verlag AG  
Schweizerischer Anwaltsverband /  
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef  
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)  
Bollwerk 21, CH-3001 Bern  
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40  
peter.vonins@bollwerk21.ch

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)  
Oberer Steisteg 18, CH-6431 Schwyz  
Tel. 041 811 66 77, Fax 041 811 77 03  
patrick.sutter@klgp.ch

Kontakt Verlag /  
Contact maison d'édition  
Martin Imhof  
Stämpfli Verlag AG  
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88  
www.staempfliverlag.com  
anwaltsrevue@staempfli.com  
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur  
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)  
Stephan Grieb, Fürsprecher, Akquisition  
juristische Publikationen (SG)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA  
Marktgasse 4, Postfach 8321,  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16  
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces  
Stämpfli AG  
Postfach, CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90  
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage  
10108 Exemplare / exemplaires  
(notariell beglaubigt / authentifié par  
un notaire)

Vertrieb / Distribution  
Stämpfli Verlag AG  
Periodika  
Wölflistrasse 1, Postfach 5662  
CH-3001 Bern  
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88  
periodika@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für  
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.  
Les membres de la FSA s'adressent  
directement à la FSA pour leurs change-  
ments d'adresse.

Preise / Prix  
Jährlich / Annuel:  
CHF 213.–, EUR 258.– (Print und Online);  
CHF 178.–, EUR 178.– (Online)  
Studenten / Etudiants: CHF 105.–  
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.  
Einzelheft / Numéro séparé:  
CHF 27.50, EUR 27.50  
Mitglieder des SAV gratis /  
Membres FSA gratuit  
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /  
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%  
Die Preisangaben in € gelten nur  
für Europa.  
Les prix indiqués en € ne sont valables  
que pour l'Europe.  
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate  
vor Ende der Laufzeit möglich. /  
Résiliation de l'abonnement possible  
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de  
l'abonnement.

Copyright  
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de  
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-  
verband, Bern  
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-  
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern  
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-  
scher Anwaltsverband, Bern.  
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift  
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-  
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher  
noch nicht im Druck erschienene Original-  
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen  
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-  
schliessliche Recht zur Vervielfältigung  
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-  
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-  
verband übergeht. Jede Verwertung und  
Vervielfältigung bedarf der vorherigen  
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /  
Tous droits réservés. La revue est protégée  
par la législation sur le droit d'auteur.  
Ne sont publiées que des contributions  
originales qui n'ont pas encore été diffu-  
sées sous forme imprimée. Les contribu-  
tions ne sont acceptées qu'à la condition  
que le droit exclusif de reproduction et de  
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions  
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.  
Toute exploitation et reproduction néces-  
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen  
und Autoren geäußerte Meinungen und  
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-  
gen der Redaktion oder des SAV decken. /  
Les opinions exprimées dans cette revue  
par les auteurs sont personnelles et n'en-  
gagent ni la rédaction ni la FSA.

# ZWANGSMASSNAHMENGERICHTE: THANKS FOR NOTHING?

## DIEGO R. GFELLER

Dr. iur., Fachanwalt SAV Strafrecht, Rechtsanwalt bei  
Forum Rechtsanwälte in Zürich, ausserordentlicher Staatsanwalt  
des Kantons Appenzell Innerrhoden (im Nebenamt)

## OLIVIA SIEBER

Rechtsanwältin bei Peyer Partner Rechtsanwälte in Zürich

Stichworte: Strafprozessrecht, Zwangsmassnahmengericht, Untersuchungshaft

Die Schweiz wurde aufgrund eines EGMR-Entscheids aus dem Jahr 1990 dazu verpflichtet, die Haftanordnungscompetenz in die Hand eines unabhängigen Gerichtes zu legen. Dies mit der Überlegung, dass ein Staatsanwalt aufgrund seiner ermittelnden und anklagenden Funktion kein unabhängiger Richter i. S. v. Art. 5 Ziff. 3 EMRK ist. Damit sollte der Beschuldigte vor der Machtfülle einer einzelnen Person geschützt werden. Inwiefern sich das Modell bewährt hat, soll nachfolgend erörtert werden.

## I. Entstehungsgeschichte

### 1. Die Initialzündung

Vor Erlass der eidgenössischen Strafprozessordnung war auch das Haftrecht kantonal unterschiedlich geregelt. Während die Regelung einiger Kantone die Kompetenz zur Haftanordnung bereits in die Hände von organisatorisch von der Untersuchungsbehörde unabhängigen Haftrichtern gelegt hatte, befand in anderen Kantonen die Untersuchungsbehörde selbst über die Haftanordnung. Erst mit der Einführung der eidgenössischen Strafprozessordnung im Jahre 2011 wurde das Strafverfahren schweizweit einheitlich geregelt und in diesem Zuge das heutige Zwangsmassnahmengericht konstruiert.

Die Schaffung des Zwangsmassnahmengerichts verdanken wir letztendlich dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Im Fall Huber gegen die Schweiz klagte die am 11. 8. 1983 inhaftierte Jutta Huber gegen die Schweizer Eidgenossenschaft, da die Anordnung der Haft durch den Bezirksanwalt gestützt auf Art. 55 der Zürcher Strafprozessordnung gegen Art. 5 Ziff. 3 EMRK verstosse.<sup>1</sup> Art. 5 Ziff. 3 EMRK statuiert, dass jede Person, die nach Art. 5 Ziff. 1 lit. c von Festnahme oder Freiheitsentzug betroffen ist, unverzüglich einem Richter oder einer anderen gesetzlich zur Wahrnehmung richterlicher Aufgaben ermächtigten Person vorgeführt werden muss. Zur Begründung brachte Jutta Huber vor, dass der Bezirksanwalt nicht über die erforderliche Unabhängigkeit verfüge, um als Richter im Sinne von Art. 5 Ziff. 3 EMRK zu gelten, habe der Bezirksanwalt sie doch nicht nur inhaftiert, sondern auch verurteilt und schliesslich die Anklage gegen sie vor

Gericht vertreten. Da die Strafverfolgung zu den vordringlichen Aufgaben eines Staatsanwaltes gehöre, könne dieser sodann in keinem Fall als Richter im Sinne von Art. 5 Ziff. 3 EMRK angesehen werden, wobei der Umstand, dass die Staatsanwaltschaft verpflichtet sei, belastende und entlastende Umstände und Beweismittel gleichermaßen zu verfolgen, daran nichts ändere.<sup>2</sup> Der EGMR gab Huber mit Urteil vom 23. 10. 1990 Recht und hielt fest, da der Zürcher Bezirksanwalt berechtigt sei, in dem der Strafuntersuchung nachfolgenden Gerichtsverfahren die Anklage zu vertreten, es ihm an der nötigen Unparteilichkeit mangle, um als «mit richterlichen Aufgaben ermächtigte Person» im Sinne von Art. 5 Ziff. 3 EMRK zu qualifizieren.<sup>3</sup>

### 2. Die Folgen in der Schweizer Rechtsetzung

In der Folge führte im Jahr 1996 der Bundesrat in seiner Botschaft über eine neue Bundesverfassung zu Art. 27 «Freiheitsentzug» (heute Art. 31 BV) bezugnehmend auf das Urteil des EGMR sowie die daraus hervorgegangene bundesgerichtliche Rechtsprechung aus, die Garantie der unverzüglichen Vorführung vor die Richterin oder den Richter solle eine erste, unabhängige und unparteiische Kontrolle der Haft sicherstellen. Nach der Praxis zu Art. 5 Ziff. 3 EMRK müsse diese Kontrolle nicht zwingend durch

<sup>1</sup> EGMR Huber v. Switzerland, 12794/87 (23. 10. 1990).

<sup>2</sup> EGMR Huber v. Switzerland, 12794/87 (23. 10. 1990), Ziff. 37.

<sup>3</sup> EGMR Huber v. Switzerland, 12794/87 (23. 10. 1990), Ziff. 42 f.

ein Gericht (i. S. von Ziff. 4 oder von Art. 26 VE 96) erfolgen; es könne sich auch etwa um einen Untersuchungsrichter handeln, solange dieser weisungsunabhängig sei und nicht, im späteren Verlauf des Verfahrens, als Anklagevertreter in Frage komme.<sup>4</sup>

Zur selben Überzeugung kam 1997 die Expertenkommission «Vereinheitlichung des Strafprozessrechts» in ihrem Bericht zum Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung. Zudem äusserte sie, Haftrichter seien oft nicht in der Lage, rasche Entscheide zu fällen, da sie vorher mit den betreffenden Verfahren nicht befasst gewesen seien. Die Institution des separaten Haftrichters führe so zu einer beträchtlichen Verfahrensverzögerung.<sup>5</sup> Trotz des Urteils i. S. Huber bestand also eine gewisse Skepsis gegenüber der Institution des Haftrichters.

Im Entscheid vom 2.11.2004 setzte sich sodann das Bundesgericht eingehend mit den Anforderungen an die Unabhängigkeit des Haftrichters im Lichte von Art. 31 Abs. 3 BV, Art. 5 Ziff. 3 EMRK sowie weiterer Entscheide des EGMR zur Unabhängigkeit des haftanordnenden Magistraten auseinander und begrüsst die Schaffung des Zwangsmassnahmengerichts, wie es im Entwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes von 2001 für eine schweizerische Strafprozessordnung vorgesehen war.<sup>6</sup> Aufgrund der Rechtsprechung sah die Legislative bei der Erarbeitung der eidgenössischen Strafprozessordnung die Schaffung eines insbesondere von der Untersuchungsbehörde unabhängigen Zwangsmassnahmengerichts als unentbehrlich an.<sup>7</sup> Das Zwangsmassnahmengericht sollte in der neuen Prozessordnung ein Gegengewicht zur umfangreichen Machtfülle von Polizei und Staatsanwaltschaft bilden.<sup>8</sup> Um Zweifel betreffend die Unbefangenheit des Zwangsmassnahmengerichts von vornherein auszuräumen, wurden zudem in Art. 18 Abs. 2 StPO die Mitglieder des Zwangsmassnahmengerichts von der Beurteilung der Sache selbst ausgeschlossen.<sup>9</sup> Mithin war der Gesetzgeber nach den diversen Rügen aus Strassburg und schliesslich auch von der eigenen Judikative bestrebt, künftig keinen Zweifel mehr an der Unabhängigkeit der haftanordnenden Magistraten aufkommen zu lassen.

## II. Das Zwangsmassnahmengericht

### 1. Sinn und Zweck

Wie aus dem historischen Abriss bereits hervorgeht, soll das Zwangsmassnahmengericht vor allem unabhängig sein, insbesondere von der Untersuchungsbehörde, welche jeweils ein eigenes Interesse am Ausgang des Zwangsmassnahmenverfahrens hat, kann dieser doch unmittelbaren Einfluss auf deren Arbeit haben. Oder anders gesagt, ein inhaftierter Beschuldigter vereinfacht aufgrund seiner jederzeitigen Verfügbarkeit die Organisation, verschafft der Untersuchungsbehörde mehr Zeit für die Untersuchung und ist mit andauernder Haft umso bereiter (belastende) Aussagen zu machen, um dem zermürbenden Haftregime zu entkommen. Das Recht zu Schweigen verliert in einem Haftfall regelmässig seine Schutzfunktion. Der EGMR hat klar festgestellt, dass der Staatsanwalt – obwohl

er verpflichtet wäre, den be- und entlastenden Momenten gleichermaßen nachzugehen – rollenbedingt nicht die nötige Unabhängigkeit aufweist, um in dieser Konstellation auch über Untersuchungshaft entscheiden zu können.

Das Zwangsmassnahmengewicht bildet sodann das Gegengewicht zu Staatsanwaltschaft und Polizei, welchen im Vorverfahren eine starke Stellung zukommt.

Es sind denn auch diese beiden Qualitäten, Unabhängigkeit und Korrektiv zur Konzentration der Staatsgewalt bei der Untersuchungsbehörde, welche aus Sicht des Beschuldigten von vordringlicher Bedeutung sind.

### 2. Die Dunkelkammer der Justiz

In einem Bericht der Sendung «Tagesschau» des Schweizer Radio und Fernsehen (fortan: SRF) vom 22. 8. 2018 bezeichnete Prof. Dr. Urs Saxer, die Zwangsmassnahmengerichte als «Dunkelkammern der Justiz».<sup>10</sup>

#### A) Ausschluss der Öffentlichkeit

Basierend auf dem in Art. 30 Abs. 3 BV und Art. 6 Ziff. 1 EMRK verankerten Anspruch auf Öffentlichkeit von Verhandlung und Urteil sind auch strafrechtliche, gerichtliche Verfahren und Urteile grundsätzlich öffentlich. Das Verfahren des Zwangsmassnahmengerichts ist davon gemäss Art. 69 Abs. 3 lit. b StPO jedoch ausdrücklich ausgenommen. Dies liegt in der Natur der Sache, sind im Verfahren betreffend Haft doch der dringende Tatverdacht sowie die besonderen Haftgründe nach Art. 221 StPO, mithin die Ermittlungen der Staatsanwaltschaft, zu erörtern. Würde dies öffentlich geschehen, bestünde das Risiko, dass Dritte die Ermittlungen zu sabotieren versuchten. Andererseits wird materiell eben nicht über eine strafrechtliche Anklage entschieden, weshalb die Ausnahmeregelung der StPO mit dem übergeordneten Recht vereinbar ist.<sup>11</sup>

Aus Sicht des Beschuldigten birgt der Ausschluss der Öffentlichkeit den Vorteil, dass er nicht unnötig und vor schnell an den Pranger gestellt wird.<sup>12</sup> Hingegen ist für den Beschuldigten nachteilig, dass er nicht mehr durch die Öffentlichkeit vor staatlichem Fehlverhalten geschützt wird. Der Grundsatz der Öffentlichkeit soll eine korrekte und ge-

<sup>4</sup> Botsch. BR zum VE 96, S. 185; vgl. BGE 117 Ia, 199, S. 201 f.

<sup>5</sup> Aus 29 mach 1, Konzept einer eidgenössischen Strafprozessordnung, Bericht der Expertenkommission, Dezember 1997, S. 112.

<sup>6</sup> BGE 131 I 36, E. 2.4.

<sup>7</sup> Botsch. BR zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung vom 21. 12. 2005, S. 1107.

<sup>8</sup> Botsch. BR zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung vom 21. 12. 2005, S. 1137.

<sup>9</sup> Botsch. BR zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung vom 21. 12. 2005, S. 1137.

<sup>10</sup> «Tagesschau» des Schweizer Radio und Fernsehen vom 22. 8. 2018, Bericht «Dunkelkammer der Justiz».

<sup>11</sup> Vgl. SAXER/THURNHEER in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO, Art. 1-195, 2. Aufl., Basel 2014, N 33 zu Art. 69.

<sup>12</sup> Vgl. BGE 124 IV 238, E. 3.c.; SAXER/THURNHEER in: Niggli/Heer/Wiprächtiger (Hrsg.), BSK-StPO, Art. 1-195, 2. Aufl., Basel 2014, N 26 zu Art. 69; BRÜSCHWEILER in: Donatsch/Hansjakob/Lieber (Hrsg.), StPO Kommentar, 2. Aufl., Zürich 2014, N 5 zu Art. 69.

setzmässige Behandlung der Parteien sicherstellen, Transparenz schaffen und die Kontrolle der Justiztätigkeit ermöglichen.<sup>13</sup> Mit dem Ausschluss der Öffentlichkeit entfällt auch deren Kontroll- und Schutzfunktion zugunsten des Individuums im Prozess. Es ist jedoch leider zu konstatieren, dass nicht alle Medien der ihnen vom Gesetzgeber zugedachten ehrbaren Rolle als wachendes Auge pflichtbewusst nachkommen. Medien (und zwar nicht nur solche von boulevardeskem Niveau) treten die Unschuldsvermutung und den Schutz der Persönlichkeit des Beschuldigten oft genug mit Füßen, um mit reisserischen Artikeln eine hohe Auflage, bzw. online «clicks» und «likes», zu generieren. Da es sich dabei vereinzelt auch tatsächlich um vielbeachtete Medien handelt, kann die Berichterstattung meinungsbildend sein; auch bei Richtern. Letztendlich sind auch Richter nur Menschen und können sich einer gewissen Beeinflussung nicht erwehren. Es dürfte denn auch einiger Courage bedürfen, einen in den Medien und damit in der Gesellschaft bereits Vorverurteilten aus der Haft zu entlassen.

Als Korrektiv zum Ausschluss der Öffentlichkeit könnten die Entscheide des Zwangsmassnahmengerichts nachträglich und natürlich anonymisiert veröffentlicht werden. Dies würde erlauben, wenigstens die Erwägungen, welche die Zwangsmassnahmengerichte jeweils anstrengen, einzusehen und damit die Entscheide zumindest ansatzweise nachvollziehen zu können. Sodann würde es die Zwangsmassnahmengerichte anhalten, sich um eine gehörige Entscheidebegründung zu bemühen, anstatt sich, wie dies teilweise geschieht, auf allgemeine Floskeln mit wenig Bezug zum jeweiligen Sachverhalt zu beschränken. In den Kantonen wird die Option der Entscheidpublikation unterschiedlich genutzt. Während beispielsweise das Obergericht des Kantons Zürich auf seiner Website regelmässig Entscheide aufschaltet, nehmen andere Kantone von dieser Option gänzlich Abstand.

Insgesamt ist der gesetzgeberische Entscheid, die Öffentlichkeit vom Zwangsmassnahmenverfahren auszuschliessen, nachvollziehbar. Es liegt hier jedoch an den Gerichten, aus eigenem Antrieb mittels Publikation ihrer Entscheide Transparenz und Kritik an ihrer Arbeit zuzulassen und so nicht nur zur Verwirklichung des Grundrechts auf ein gerichtliches Verfahren beizutragen, sondern, im Idealfall, an allfälliger Kritik zu wachsen.

#### B) Die Selektion der Haftakten

Neben dem Ausschluss der Öffentlichkeit enthält die eidgenössische Strafprozessordnung eine weitere Bestimmung, welche an der Unabhängigkeit und Autorität der Zwangsmassnahmengerichte gegenüber den Staatsanwaltschaften kratzt. Gemäss Art. 224 Abs. 2 StPO legt die Staatsanwaltschaft ihrem Haftantrag an das Gericht die *wesentlichen* Akten bei. Dabei stellt sich die Frage, welche Aktenstücke wesentlich sind bzw. wer entscheidet, welche wesentlich sind.

Der Entscheid obliegt der Staatsanwaltschaft, wobei es ihr auch gestattet ist, aus taktischen Gründen Aktenstücke zurückzubehalten.<sup>14</sup> Diese gesetzgeberisch einge-

führte Informationsasymmetrie ist bezüglich des Zwangsmassnahmengerichts problematisch. Aus dem in Art. 6 Abs. 2 StPO formulierten und in Art. 224 Abs. 1 StPO nochmals explizit für die Haft wiedergegebenen Untersuchungsgrundsatz, wonach die Staatsanwaltschaft die belastenden und entlastenden Umstände gleichermaßen zu untersuchen hat, ergibt sich zwar, dass die Staatsanwaltschaft auch im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht nicht nur die für die Anordnung der Haft sprechenden Untersuchungsergebnisse, sondern auch die für eine Freisetzung des Beschuldigten sprechenden Beweismittel einreichen muss. An dieser Stelle kommt man jedoch nicht darum herum, sich kritisch zu fragen, wie gross der staatsanwaltliche Wille, dem eigenen Haftantrag entgegenstehende Beweise beizulegen, ist. Diese fehlende Unparteilichkeit war ja gerade der Grund für die Einführung des Zwangsmassnahmengerichts. Indem der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit gegeben wird, selektiv Beweismittel einzureichen oder zurückzubehalten, wird die vom EGMR geforderte Unabhängigkeit gerade wieder unterminiert. Denn: Dem Zwangsmassnahmengericht ist es kaum möglich zu prüfen, ob die Staatsanwaltschaft tatsächlich alle wesentlichen und insbesondere auch entlastenden Akten einreichte. Es bleibt dem Haftrichter einzig, basierend auf den ihm vorliegenden Akten sich zu fragen, ob nicht (weitere) entlastende Beweise vorliegen müssten bzw. im Sinne von Art. 225 Abs. 4 StPO sofort erhoben werden könnten. Ein Effort der in der Praxis nicht zuletzt aufgrund der kurzen Zeit, in welcher das Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht durchzuführen ist, wohl selten gemacht werden dürfte. Zudem würde ein solches Ansinnen in der kleinräumigen Schweiz regelmässig als Angriff auf die Integrität des Staatsanwalts aufgefasst. Eine Konfrontation, welche wohl viele Zwangsmassnahmenrichter scheuen.

Bei dieser Ausgangslage wird das Zwangsmassnahmengericht faktisch seiner Unabhängigkeit gegenüber der Staatsanwaltschaft und seiner Funktion als Korrektiv zu derselben beraubt. Vielmehr bleibt dem Zwangsmassnahmengericht nichts anderes, als auf die Fairness der Staatsanwaltschaft und auf die Vollständigkeit der wesentlichen Akten zu vertrauen. Ein gelinde gesagt ernüchterndes Ergebnis für den auf die Neutralität und Eigenständigkeit des Zwangsmassnahmengerichts vertrauenden Beschuldigten. Unseres Erachtens müssten – *de lege ferenda* – dem Zwangsmassnahmengericht aber auch der Verteidigung sämtliche Untersuchungsakten zur Verfügung gestellt werden. Ein faires Verfahren ist sonst schlichtweg nicht gewährleistet.

<sup>13</sup> HOTZ in: Ehrenzeller/Mastronardi/Schweizer/Vallender (Hrsg.), BV Kommentar, Zürich 2002, N 23 zu Art. 30; STEINMANN in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender, St. Galler Kommentar zur BV, 3. Aufl., St. Gallen 2014, N 43 zu Art. 30 mit Rechtsprechung.

<sup>14</sup> Botsch. BR zur Vereinheitlichung der Strafprozessordnung vom 21. 12. 2005, S. 1230.

C) *Die Statistik*

Nicht nur in das Zwangsmassnahmenverfahren selbst wird kaum Einblick gewährt, sondern es fehlen auch weitgehend Zahlen dazu. Die einzige Erhebung des Bundesamtes für Statistik, welche überhaupt einen Blick auf die Untersuchungshaft wirft, weist die Anzahl rechtskräftiger Verurteilungen und Verurteilte für ein Vergehen oder Verbrechen aus, bei denen Untersuchungshaft im Strafmass angerechnet wurde. Nicht erfasst werden damit schon nur die Verfahren, welche nicht mit einer Verurteilung, sondern mit einer Einstellung oder einem Freispruch endeten. Im Jahr 2017 soll bei 19 444 von 105 309 Verurteilungen Untersuchungshaft von einer mittleren Dauer von 37 Tagen angerechnet worden sein. Demgemäss wird rund jeder fünfte Verurteilte vorgängig in Untersuchungshaft versetzt. Ein erschreckend hoher Anteil, wenn man bedenkt, dass die beschuldigte Person während des Strafverfahrens grundsätzlich in Freiheit bleiben soll.<sup>15</sup> Interessanter erscheint jedoch der Umstand, dass im Jahr 2017 lediglich in 8 269 Fällen eine unbedingte und in 735 Fällen eine teilbedingte Freiheitsstrafe die Hauptsanktion war. Folglich wurde im Jahr 2017 in mindestens 10 440 Fällen, sprich in gut der Hälfte, Untersuchungshaft angeordnet, mithin dem Beschuldigten die Freiheit entzogen, obwohl letztendlich keine freiheitsentziehende Sanktion erfolgte.<sup>16</sup> Entsprechend ist zu konstatieren, dass die Verhältnismässigkeitsprüfung in der Realität zu wenig Gewicht erhält.

Das SRF hat für den vorgenannten Beitrag in der «Tagesschau» die Kantone um Daten gebeten. Dabei habe sich gezeigt, dass lediglich in 18 Kantonen überhaupt erhoben wird, wie viele Anträge gutgeheissen oder abgewiesen werden. Im Jahr 2017 seien rund 97 Prozent aller Haftanträge gutgeheissen worden.<sup>17</sup> Die Höhe dieses Prozentsatzes lässt aufhorchen. Man mag – wie im Beitrag vom ehemaligen Präsidenten des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Bern vorgebracht – argumentieren, die Staatsanwaltschaften würden eben nur in klaren Fällen überhaupt Haftanträge stellen. Eine solche Argumentation lässt aus Sicht der Autoren jedoch eher auf eine unkritische und damit wenig unabhängige Haltung des Richters gegenüber der Untersuchungsbehörde als auf eine besondere Zurückhaltung der Staatsanwaltschaft bei Haftanträgen schliessen. Der Argumentation, wonach die Zurückhaltung darin gründe, dass Haftanträge viel Arbeit verursachen würden, kann nicht gefolgt werden. Dass Haftanträge gemeinhin kurz und wenig elaboriert und folglich auch nicht arbeitsintensiv sind, liegt nicht vorrangig an der unbestrittenermassen hohen Arbeitslast der Staatsanwaltschaften, sondern in der Natur der Sache. Ganz zu Beginn der Untersuchung gibt es regelmässig nicht viel Material, das dem Gericht vorgetragen werden könnte. Zudem führt eine lasche Anordnungspraxis eines Zwangsmassnahmengerichts dazu, dass sich die Staatsanwaltschaften teils gar nicht sonderlich um eine gute Begründung eines Haftantrags bemühen müssen. Eine solch lasche Anordnungspraxis ist beispielsweise beim Haftgrund der Kollusionsgefahr regelmässig zu sehen. Wenn Zwangsmassnahmengerichte es als ausreichend erachten,

dass das Verfahren noch am Anfang stehe und es divergierende Aussagen gebe (was nichts anderes ist als eine eigentlich unzulässige Begründung mit theoretischer Kollusionsgefahr), dann erübrigt sich auch seitens der Staatsanwaltschaft die Darlegung von konkreten Hinweisen auf eine tatsächliche Kollusionsgefahr. Selbst wenn zu Beginn des Verfahrens noch wenig Konkretes vorliegt, entbindet dies jedoch das Zwangsmassnahmengericht nicht von einer differenzierten Prüfung der Haftakten und ist schon gar keine Basis für blindes Vertrauen in die Rechtmässigkeit des Haftantrags. Sonst verkommt der Zwangsmassnahmenrichter – wie Niklaus Oberholzer sich vom SRF zitieren liess – zum blossen Notar. Das wird weder seinem Auftrag noch seinem Amt gerecht.

Die Äusserung des ehemaligen Präsidenten des kantonalen Zwangsmassnahmengerichts des Kantons Bern und die hohe Gutheissungsquote legen die Befürchtung nahe, dass die Unabhängigkeit der Zwangsmassnahmenrichter nicht nur durch die gesetzlich bedingten Obsküritäten im Zwangsmassnahmenverfahren, sondern teils auch durch deren eigene innere Haltung beschnitten wird. Als Korrektiv zur staatsanwaltschaftlichen Vormachtstellung im Vorverfahren hätten die Zwangsmassnahmengerichte diesen gegenüber eine kritische Haltung einzunehmen. Gerade bei Anträgen um Verlängerung der Haft sind an die Ermittlungsbemühungen und Ergebnisse erhöhte Anforderungen zu stellen sowie gegebenenfalls die Haftverlängerung unter die gesetzliche Maximaldauer zu beschränken (Art. 226 Abs. 4 lit. a StPO) und der Staatsanwaltschaft konkrete Ermittlungshandlungen vorzugeben (Art. 226 Abs. 4 lit. b StPO), um vermeidbaren Verzögerungen zulasten des (unschuldigen) Häftlings vorzubeugen. Diesbezüglich bestehen allerdings erhebliche Unterschiede im Rechtsalltag. Während die Untersuchungshaft im Kanton Bern regelmässig befristet wird und der Staatsanwaltschaft vorgegeben wird, dass sie innert dieser Frist gewisse konkrete Ermittlungshandlungen zu tätigen habe, lässt sich im Kanton Zürich diesbezüglich eine grosse Zurückhaltung feststellen. Eine Befristung wird regelmässig mit der lapidaren Bemerkung vom Tisch gewischt, dass der Beschuldigte jederzeit ein Haftentlassungsgesuch stellen könne. Es muss konstatiert werden, dass ein dergestalt argumentierendes Gericht den gesetzgeberischen Auftrag, ein Korrektiv zur Machtfülle der Staatsanwaltschaft zu sein, offenkundig nicht erfüllt. Die Argumentation, wonach die hohe Gutheissungsquote auf die Zurückhaltung der Staatsanwaltschaften zurückzuführen sei und diese nur als ultima ratio Haft beantragen, lässt sich übrigens mit der gleichen Statistik ein Stück weit entkräften.

<sup>15</sup> Bundesamt für Statistik, Sektion Kriminalität und Strafrecht, Sanktionen und Untersuchungshaft.

<sup>16</sup> Bundesamt für Statistik, Sektion Kriminalität und Strafrecht, Sanktionen und Untersuchungshaft.

<sup>17</sup> «Tagesschau» des Schweizer Radio und Fernsehen vom 22. 8. 2018, Bericht «Dunkelkammer der Justiz».

Während die Gutheissungsquote bezüglich Untersuchungshaft im Jahr 2017 im Kanton Bern bei sagenhaften 98 Prozent lag (902 Gutheissungen bei 17 Abweisungen), betrug sie im selben Zeitraum im Kanton Aargau «nur» 90 Prozent (365 Gutheissungen bei 40 Abweisungen). Entweder sind die Berner Staatsanwälte zurückhaltender mit der Antragsstellung (und die Aargauer Staatsanwälte somit eher «schiesswütige Cowboys») oder die Aargauer Zwangsmassnahmenrichter schauen den Staatsanwälten eher auf die Finger, als es ihre Berner Kollegen tun. Die Gutheissungsquoten der Bündner und Glarner liegen etwa im gleichen Rahmen wie im Kanton Aargau.

Auch unter diesem Aspekt wäre mehr Transparenz der Zwangsmassnahmengerichte wünschenswert. Würden schweizweit mehr Entscheide publiziert und Daten (präziser) erhoben, könnte die Befürchtung des blossen Durchwinkens von Haftanträgen durch das Zwangsmassnahmengericht zerstreut werden und damit die Akzeptanz dessen Entscheide erhöht und die Stellung des Gerichts, insbesondere dessen Unabhängigkeit, gestärkt werden.

Dem Entscheid des EGMR lag ja die Hoffnung zugrunde, dass ein kontradiktorisches Verfahren den Interessen des Beschuldigten diene. Auch diesbezüglich muss festgestellt werden, dass die Hoffnung vergeblich war. Gerade bei der Darlegung der Verhältnismässigkeit nehmen die Zwangsmassnahmengerichte regelmässig keine eigene Prüfung vor. Sonst wäre die Quote, bei der es nach vorbestehender Untersuchungshaft zu einer un- oder teilbedingten Freiheitsstrafe kommt, nicht nur 50 Prozent, sondern viel höher. Hier ist ein einseitiges und mit dem Grundgedanken des EGMR nicht zu vereinbarendes Abstellen auf die Behauptung der einen Partei (nämlich der Staatsanwaltschaft) festzustellen. Auch das Ausserachtlassen der Tatsache, dass dem Beschuldigten schlimmstenfalls eine bedingte Strafe droht, ist vor diesem Hintergrund zu sehen.<sup>18</sup>

### III. Fazit

Die Schaffung des heutigen Zwangsmassnahmengerichts war richtig und wichtig. Als unabhängige Instanz könnte sie ein gerechtes und korrektes Verfahren besser gewährleisten als die selbst am Ausgang des Zwangsmassnahmenverfahrens interessierten Untersuchungsbehörde. Die Befürchtung der Expertenkommission von 1997, rasche Entscheide seien ohne die eingehende Vorkenntnis der Akten nicht möglich, hat sich dabei nicht bewahrheitet. Die in Art. 226 Abs. 1 StPO statuierte Frist von 48 Stunden zur Erledigung des Haftantrages ist unter Berücksichtigung des meist überschaubaren Aktenvolumens angemessen kurz und wird weitgehend eingehalten, soweit dies ohne Statistik abschliessend beurteilt werden kann. Es gilt nun jedoch, sich nicht auf dem bereits Errungenen auszuruhen und sich hinter dem durch die Natur des Verfahrens bedingten beschränkten Geheimhaltungsinteresse zu verstecken, sondern die Rolle des Zwangsmassnahmengerichts als unabhängiges Gegengewicht zur staatsanwaltschaftlichen Macht tatsächlich zu leben. Der Schlüssel dazu ist, so viel Transparenz wie möglich zuzulassen und diese Rolle sowohl selbstkritisch als auch selbstbewusst wahrzunehmen. Dafür braucht es keine Gesetzesänderung, sondern lediglich eine Änderung der bisherigen Haltung der Kantone und ihrer Zwangsmassnahmengerichte.

---

<sup>18</sup> Vgl. BIGLER/BONIN/GFELLER, Berücksichtigung von drohenden bedingten Strafen im Haftrecht, AJP 2/2018, passim.