



Martin Killias

**Kriminologie, Kriminalpolitik und Strafrecht
aus internationaler Perspektive**

**Criminologie, politique criminelle et droit pénal
dans une perspective internationale**

**Criminology, Criminal Policy and Criminal Law
in an International Perspective**

**Festschrift für Martin Killias
zum 65. Geburtstag**

**Mélanges en l'honneur de Martin Killias
à l'occasion de son 65^e anniversaire**

**Essays in honour of Martin Killias
on the occasion of his 65th birthday**

Herausgeber/Editeurs/Editors

André Kuhn
Pierre Margot
Marcelo F. Aebi

Christian Schwarzenegger
Andreas Donatsch
Daniel Jositsch



Stämpfli Verlag

Zitiervorschlag: Festschrift Martin Killias

Foto: Adri Pol, mit freundlicher Genehmigung des Fotografen

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z.B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Tous droits réservés, en particulier le droit de reproduction, de diffusion et de traduction. Sans autorisation écrite de l'éditeur, l'œuvre ou des parties de celle-ci ne peuvent pas être reproduites, sous quelque forme que ce soit (photocopies, par exemple), ni être stockées, transformées, reproduites ou diffusées électroniquement, excepté dans les cas prévus par la loi.

This publication is protected by international copyright law. All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying or otherwise, without the prior permission of the publishers except in cases permitted by law.

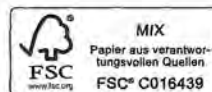
Gesamtherstellung: Stämpfli Publikationen AG, Bern
Réalisation intégrale par Stämpfli Publications SA, Berne
Produced by Stämpfli Publications Ltd., Berne

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2013
© Stämpfli Editions SA Berne · 2013
© Stämpfli Publishers Ltd., Berne · 2013

Printed in Switzerland

www.staempfliverlag.com

ISBN Print 978-3-7272-2967-1
ISBN Judocu 978-3-0354-0945-1



Praxis der Untersuchungshaft in der Schweiz

Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots *de lege ferenda*

ANDREAS NOLL*

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	1055
I. Verfassungswidrigkeit der Dauer der zu erwartenden Strafe als Kriterium der Begrenzung der zulässigen Haftdauer	1056
1. Der Konflikt mit der Unschuldsvermutung	1056
2. Das Beschleunigungsgebot als Alternative zu Art. 212 Abs. 3 StPO?	1058
3. Fazit	1058
II. Lösungsansätze nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts	1059
1. Untersuchungshaft als Entzug der aufschiebenden Wirkung durch das Zwangsmassnahmengericht?	1059
a) Allgemeine Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Entzugs der aufschiebenden Wirkung	1060
b) Vergleich mit den Anordnungsvoraussetzungen von Untersuchungshaft	1062
c) Schlussfolgerungen	1063
2. Untersuchungshaft als Expropriation der Bewegungsfreiheit ...	1065
a) Analogie der Untersuchungshaft zur Expropriation	1065
b) Nutzbarmachung der Expropriationsdogmatik für das Untersuchungshaftrecht	1066
III. Gebot der Fairness und der Kriminalpolitik	1067
IV. Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots <i>de lege ferenda</i>	1068

Einleitung

Die nachfolgenden Ausführungen werden aufzeigen, dass es der Gesetzgeber beim Erlass der StPO verpasst hat, das schweizerische Untersuchungshaftrecht, insbesondere mit Bezug auf die Begrenzung der zulässigen Haftdauer,

* Dr. iur., Rechtsanwalt.

endlich einer verfassungskonformen Ausgestaltung zuzuführen. Infolgedessen herrscht hier nach wie vor dringender Revisionsbedarf¹.

I. Verfassungswidrigkeit der Dauer der zu erwartenden Strafe als Kriterium der Begrenzung der zulässigen Haftdauer

1. Der Konflikt mit der Unschuldsvermutung

Nach konstanter, unter kantonalem Prozessrecht begonnener und unter dem Regime der StPO fortgesetzter bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowie nach nahezu² einhelliger Lehrmeinung³ wird aus Art. 212 Abs. 3 StPO der Umkehrschluss gezogen, wonach Untersuchungshaft bis zur Dauer der zu erwartenden Strafe zulässig sein soll. Dadurch gerät die Bestimmung jedoch in Konflikt mit der Unschuldsvermutung, da sie den bloss Tatverdächtigen mit dem verurteilten Straftäter gleichstellt.

Der gegen diese Betrachtungsweise erhobene Einwand, die Unschuldsvermutung könne nicht vorbehaltlos gelten, da ansonsten Strafverfolgung gar nicht möglich wäre⁴, ist nicht stichhaltig. Dabei wird namentlich verkannt, dass die Unschuldsvermutung *keine Gleichbehandlung* des Tatverdächtigen *mit dem Unschuldigen*, sondern in der Negativformulierung dieser strafprozessualen Konkretisierung des Gleichheitssatzes eine *Ungleichbehandlung* des Tatverdächtigen *mit dem Schuldigen* verlangt. Dies hat namentlich Krauss in seiner Analyse zum Gehalt der Unschuldsvermutung als Gleichheitssatz unter Zugrundelegung der polizeirechtlichen Grundsätze zum Störerprinzip

¹ Vgl. Detlef Krauss, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, hrsg. von Heinz Müller-Dietz, Köln 1971, 153 ff., 164, 178: „Sollte diese Reform nicht gelingen, so werden wir behalten, was wir haben: ein Verfahren, das hinter das Bekenntnis zur Unschuldsvermutung lauter Fragezeichen setzt.“

² A.A.: Krauss (Fn. 1), passim; Peter Albrecht, Die Untersuchungshaft – eine Strafe ohne Schuldspruch? Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht, in: Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte: FS für Stefan Trechsel, hrsg. von Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger, Zürich/Basel/Genf 2002, 355 ff., passim.

³ Vgl. Gianfranco Albertini/Thomas Armbruster, in: Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, Basler Kommentar, hrsg. von Marcel A. Niggli/Marianne Heer/Hans Wiprächtiger, Basel 2011, Art. 212 N 12 ff.; Ulrich Weder, in: Kommentar zur Schweizerischen Strafprozessordnung (StPO), hrsg. von Andreas Donatsch/Thomas Hansjakob/Viktor Lieber, Zürich 2010, Art. 212 N 15 ff.; Franz Riklin, StPO Kommentar, Zürich 2010, Art. 212 N 3; Niklaus Schmid, Handbuch des schweizerischen Strafprozessrechts, Zürich/St. Gallen 2009, Rz. 996; derselbe, Schweizerische Strafprozessordnung (StPO), Praxiskommentar, Zürich/St. Gallen 2009, Art. 212 N 9 f.; Niklaus Ruckstuhl/Volker Dittmann/Jörg Arnold, Strafprozessrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 696; Gérard Piquerez/Alain Macaluso, Procédure pénale suisse, 3. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2011, Rz. 1178.

⁴ So ausdrücklich Ruckstuhl/Dittmann/Arnold (Fn. 3), Rz. 583.

nachgewiesen⁵. Dabei hebt er insbesondere den Gehalt der Unschuldsvermutung als Gleichbehandlungsgebot der Verdächtigen hervor, wonach „zwischen «wohl Schuldigem» und «wohl Nichtschuldigem» prinzipiell nicht unterschieden werden darf“⁶.

Dass Art. 212 Abs. 3 StPO, der nach gängigem Verständnis *e contrario* als Zulässigkeit von Untersuchungshaft bis zur Dauer der zu erwartenden Strafe verstanden wird, klar EMRK- und verfassungswidrig ist, weil er gegen die Unschuldsvermutung verstösst, bestätigt sich auch – wie die empirische Untersuchung von Hink belegt⁷ – in seiner sozialen Realität: Im Unterschied zum Tatverdächtigen, der nur kurz in Untersuchungshaft einsitzt, wird eine Person, die längere Zeit in Untersuchungshaft gehalten wird, trotz nachfolgendem Freispruch in den Augen der Öffentlichkeit als Täter wahrgenommen⁸.

⁵ Krauss (Fn. 1), 165 ff.

⁶ Krauss (Fn. 1), 172. Dies ergibt sich – wie Krauss relativ nüchtern feststellt – schon daraus, dass die Unschuldsvermutung „[a]ls blosses Korrelat [...] zum Tatverdacht [...] absolut nichtssagend [ist]: Der einfache Ausdruck dafür, dass immer (noch) einige Vermutung dafür spricht, der Anschein werde sich als trügerisch erweisen, die simple Feststellung, dass man von der Gewissheit (oder was man von Rechts wegen dafür halten dürfe) noch ein Stück entfernt sei. Wenn der Begriff der Unschuldsvermutung überhaupt einen Sinn haben soll, kann es nur der sein, dass die Unschuld gerade dort zu vermuten sei, wo über die Täterschaft an sich schon (ziemliche) Gewissheit besteht.“ (A.a.O., 158).

⁷ Ulf Hink, Die kriminogene Wirkung der Untersuchungshaft – eine kriminalpsychologische Untersuchung, Diss. Salzburg 1967, deren Ergebnisse derselbe in: Kriminalistik 1967, 523 ff. zusammengefasst hat.

⁸ Hink (Fn. 7) Versuchsordnung sah für die eine Versuchsgruppe von 200 zufällig ausgewählten Personen 3 Befragungen, für die andere Versuchsgruppe (100 Personen) 2 Befragungen vor, wobei beiden Versuchsgruppen für die erste Befragung dasselbe Profil eines Mannes mit folgenden Eigenschaften vorgelegt wurde: „35 Jahre alt – Maurerpolier – verheiratet (Frau 32 Jahre alt) – 2 Töchter (10 und 3 Jahre alt) – Briefmarkensammler – Hausbesitzer – Autobesitzer – Mitglied eines Fussballvereins“ (Hink [Fn. 7], 523). 6 Wochen später bekam die eine Gruppe (200 Personen) „folgende Fallbeschreibung: „Der Mann wurde verhaftet wegen Raubmordes. Eine zwanzigjährige Studentin wurde mit einer Drahtschlinge erdrosselt und ihrer Barschaft von DM 180.– beraubt“ (Hink [Fn. 7], 524). Der anderen Gruppe wurde demgegenüber folgende Konstellation vorgelegt: „Der Mann wurde von der Polizei vernommen. Er stand in dem Verdacht, eine 20jährige Studentin mit einem Drahtseil erdrosselt zu haben und sich ihre Barschaft von DM 180.– angeeignet zu haben. Nach dem Polizeiverhör wurde er auf freien Fuss gesetzt und erst zur Verhandlung wieder vorgeladen. Das Gericht sprach ihn nach vierwöchiger Verhandlung aus Mangel an Beweisen frei“ (Hink [Fn. 7], 524). Der ersten Versuchsgruppe wurde zudem nach weiteren 6 Wochen schliesslich folgender Zusatz unterbreitet: „Nach einer U-Haft von 15 Monaten und einer vierwöchigen Gerichtsverhandlung wurde er mangels Beweisen freigesprochen“ (Hink [Fn. 7], 524). Die Ergebnisse der Befragungen der ersten Versuchsgruppe ergab zwischen der ersten und zweiten Befragung eine deutliche Abwertung des unterbreiteten Persönlichkeitsprofils. An dieser Abwertung änderte der spätere Freispruch – wie die dritte Befragung zeigte – nichts mehr. Im Unterschied dazu, erlitt das Persönlichkeitsprofil in der Bewertung durch die zweite Versuchsgruppe keinen Einbruch in seiner Bewertung im Vergleich zur ersten Befragung. Hink folgert daraus: „Es wird [...] bestätigt, dass ein Verhafteter schon vor dem Richterspruch, der allein über Schuld oder Unschuld entscheidet, von seiner sozialen Umgebung «verurteilt» wird“ (Hink [Fn. 7], 524), während „ein Mensch, der

2. Das Beschleunigungsgebot als Alternative zu Art. 212 Abs. 3 StPO?

Um die angesichts der klaren Verfassungswidrigkeit von Art. 212 Abs. 3 StPO unhaltbare Situation einigermaßen zu entschärfen, böte sich grundsätzlich an, das Beschleunigungsgebot⁹ für eine Begrenzung der Haft auf eine Dauer, die deutlich unter der zu erwartenden Strafe liegt, fruchtbar zu machen. Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung erweist sich dieses jedoch als zahloser Löwe¹⁰. Das Bundesgericht verfolgt dabei nämlich wie der Fussballschiedsrichter eine Ahndungspraxis mit gelben und roten Karten¹¹. Nur die „besonders schwerwieg[ende]“ Verletzung des Beschleunigungsgebots – und auch dann nur, wenn „die Strafbehörden erkennen lassen, dass sie nicht gewillt oder nicht in der Lage sind, das Verfahren nunmehr mit der für Haftfälle verfassungs- und konventionsrechtlich gebotenen Beschleunigung voranzutreiben“¹² – führt direkt zur Haftentlassung¹³. In allen anderen Fällen belässt es das Bundesgericht bei einer blossen Verwarnung¹⁴. Hervorzuheben ist, dass sich selbst nach längerem intensiven Suchen kein Entscheid finden liess, in dem wegen einer Verletzung des Beschleunigungsgebots eine Haftentlassung angeordnet wurde¹⁵.

Dass das Bundesgericht, um die Verfassungswidrigkeit von Art. 212 Abs. 3 StPO zu kompensieren, nicht in Anwendung des Beschleunigungsgebots korrigierend eingreift, ist auch nicht erstaunlich, ist das Beschleunigungsgebot als nicht konkretisierter Verfassungsgrundsatz im Grunde nicht justiziabel¹⁶.

3. Fazit

Als faktisch einziges Haftbegrenzungskriterium verstösst Art. 212 Abs. 3 StPO – zumindest gemäss dem nach allgemeiner Auffassung daraus gezogenen Umkehrschluss der Zulässigkeit von Untersuchungshaft bis zur Dauer der

nicht in die U-Haft genommen wird, in seiner Gesellschaft keinen Prestigeverlust erleidet“ (Hink [Fn. 7], 525).

⁹ Vgl. Art. 5 Abs. 2 StPO, 31 Abs. 3 Satz 2 BV und Art. 5 Ziff. 3 EMRK.

¹⁰ Vgl. BGer vom 05.05.2011, 1B.153/2011; BGer vom 07.06.2011, 1B.217/2011; BGer vom 05.08.2011, 1B.381/2011; BGer vom 17.08.2011, 1B.399/2011.

¹¹ Vgl. Andreas Noll, Kommentierung von BGer vom 05.08.2011, 1B.381/2011 zum Beschleunigungsgebot im Untersuchungshaftrecht, FP 01/2012, 11 ff.

¹² BGE 128 I 149 E. 2.2.1.

¹³ BGE 128 I 149 E. 4.4.

¹⁴ Vgl. BGer vom 13.01.2011, 1B.424/2010.

¹⁵ Auch in Extremfällen nicht: BGer vom 14.07.2009, 1B.152/2009, E. 3 m.w.H.

¹⁶ Vgl. Krauss (Fn. 1), 175: „Oberste Verfassungsprinzipien liefern selten exakte Massstäbe.“ Diese Ansicht lässt auch BGer vom 13.01.2011, 1B.424/2010 durchblicken: „Ob eine Verletzung des Beschleunigungsgebotes gegeben ist, kann in der Regel denn auch erst der Sachrichter unter der gebotenen Gesamtwürdigung (BGE 124 I 139 E. 2c) beurteilen [...]“ (E. 3.1.2).

zu erwartenden Strafe – nicht nur rechtlich, sondern auch in seiner sozialen Realität in gravierender Weise gegen die Unschuldsvermutung, da damit eine Gleichstellung des Verdächtigen mit dem Schuldigen erfolgt.

Wirkliche Abhilfe vermag demnach nur die Einführung klar definierter Haftfristen zu schaffen, wie sie etwa Österreich oder Spanien, aber auch Russland kennen. Verfassungskonformität ohne Verlust an Justiziabilität lässt sich konsequenterweise nur über diesen Weg herstellen. Es bleibt damit auch eine wichtige Aufgabe des Gesetzgebers, dem Verfassungsauftrag, den die Unschuldsvermutung nach Art. 32 Abs. 1 BV an ihn stellt, und der im Übrigen seinen völkerrechtlichen Verpflichtungen im Bereich des prozessualen Haftrechts (Art. 6 Ziff. 2 EMRK) entspricht, nachzukommen und ins geltende Recht umzusetzen; eine Aufgabe, die zwar mit Blick auf das Anliegen flexibler, einzelfallgerechter Lösungen nicht ganz einfach, sich aber – etwa in Kombination mit relativierenden Mechanismen – ohne weiteres realisieren lässt¹⁷.

II. Lösungsansätze nach allgemeinen Grundsätzen des Verwaltungsrechts

1. Untersuchungshaft als Entzug der aufschiebenden Wirkung durch das Zwangsmassnahmengericht?

Natürlich ist die Frage, ob Untersuchungshaft nichts anderes sei als ein Entzug der aufschiebenden Wirkung einer noch zu verhängenden Strafe durch das Zwangsmassnahmengericht, eine ketzerische. Unterstellt die Frage doch, dass Untersuchungshaft vor allem eine strafende Funktion aufweist, wovon man sich in der Dogmatik tunlichst zu distanzieren pflegt; zu offensichtlich ist der Verstoss einer solchen Betrachtungsweise gegen den Inbegriff eines aufgeklärten Strafprozessrechts, den Grundsatz der Unschuldsvermutung.

Trotzdem ist die Frage berechtigt¹⁸, begegnet uns die Gleichstellung von Untersuchungs- und Strafhaft – wie wir oben bereits feststellen konnten¹⁹ – an

¹⁷ Vgl. hierzu unten, Ziff. IV.

¹⁸ Denn auch in formeller Hinsicht besteht eine Analogie zwischen den beiden Rechtsinstituten: Auch die Anordnung von Untersuchungshaft lässt sich nämlich als zu regelnde Nebenfolge einer angefochtenen Verfügung sehen. Der Stufenbau prozessualer Haft beginnt spätestens mit der staatsanwaltlich angeordneten Festnahme nach Art. 224 StPO, welche bis maximal 48 Stunden dauern darf und welcher fakultativ in Anrechnung an diese Dauer eine vorläufige Festnahme durch die Polizei von maximal 24 Stunden (Art. 219 Abs. 4 StPO) vorausgehen kann (Art. 217 StPO). Innert dieser Frist hat die Staatsanwaltschaft beim Zwangsmassnahmengericht die Anordnung von Untersuchungshaft zu beantragen, will sie die beschuldigte Person weiterhin in Haft behalten (Art. 224 Abs. 2 StPO). Diese Bestimmung ist rechtlich als zwingender Rechtsschutz zu charakterisieren: Rechtstechnisch betrachtet, hätte der Gesetzgeber nämlich auch ein Beschwerderecht gegen staatsanwaltlich angeordnete Haft vorsehen können. In Anbetracht des hohen Werts der persönlichen Freiheit und der demzufolge mit einer Haftanordnung verbundenen Schwere des Eingriffs in

zahlreichen Stellen sogar im Gesetz: Art. 51 StGB bestimmt die 1:1-Anrechenbarkeit von ausgestandener Untersuchungshaft an die verhängte Strafe. Art. 212 Abs. 3 StPO lässt Untersuchungshaft bis zur Dauer der zu erwartenden Strafe zu. Art. 58 Abs. 1 und Art. 75 Abs. 2 StGB sowie Art. 236 StPO sehen die praktisch nur für Untersuchungshäftlinge bedeutsame Möglichkeit des vorzeitigen Straf- und Massnahmenvollzugs vor. Empirisch lässt sich gar nachweisen, dass Untersuchungshaft hinsichtlich ihrer zeitlichen Dauer funktional der abgeschafften kurzen Freiheitsstrafe entspricht²⁰. Offensichtlich schlägt der Volksmund „Die Strafe soll der Tat auf dem Fusse folgen“²¹ doch mehr auf die Dogmatik durch als ihr selbst lieb ist.

a) Allgemeine Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Entzugs der aufschiebenden Wirkung

Obschon man vermuten könnte, dass die vorstehend angesprochene Frage sich in ihrem provokativen Gehalt erschöpft, erlauben wir uns vor dem dargelegten Hintergrund dennoch, uns auf sie einzulassen und zu untersuchen, inwieweit die Anordnungsvoraussetzungen von Untersuchungshaft mit jenen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung korrelieren.

Auf Bundesebene ist der Entzug der aufschiebenden Wirkung in Art. 55 Abs. 2 VwVG geregelt. „[D]as Gesetz [nennt] keine Kriterien, welche beim Entscheid über den Entzug oder die Wiederherstellung des Suspensiveffekts [Abs. 3] ausschlaggebend sein sollen. Einzig für willkürliche Entscheide

dieses Grundrecht hat er es jedoch zu Recht vorgezogen, einen zwingenden Rechtsschutz zu institutionalisieren.

¹⁹ Vgl. oben, Ziff. 1.1 und 1.2.

²⁰ Vgl. Bundesamt für Statistik, Strafurteilsstatistik, in: Statistisches Lexikon, Sub-Thema 19.3.3.3, Excel-Tabelle 19.3.3.3.3, abrufbar unter: <www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infoteh/lexikon/bienvenue_login/blank/zugang_lexikon.html>; Bundesamt für Statistik, Untersuchungshaftstatistik, in: Statistisches Lexikon, Sub-Thema 19.3.5.1, Excel-Tabelle 19.3.5.1.1 abrufbar unter: <www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/infoteh/lexikon/bienvenue_login/blank/zugang_lexikon.html>. Da der Medianwert in ungefähr der zulässigen Dauer von Untersuchungshaft ohne richterliche Überprüfung entspricht (2006: 3 Tage; 1996: 7 Tage) lässt sich eine durchschnittliche Untersuchungshaftdauer im Falle richterlicher Überprüfung von ungefähr 3 Monaten errechnen (2006: 83 bis 85 Tage; 1996: 101 bis 107 Tage). Nimmt man unter Zugrundelegung praktischer Erfahrungswerte an, dass etwa die Hälfte der Fälle spätestens nach den ersten 2 bis 4 Wochen Haft wieder entlassen werden (ein Medianwert also von 21 Tagen), so bedeutete dies für die andere Gruppenhälfte eine durchschnittliche Haftdauer von 5 bis 6 Monaten (2006: 145 bis 149 Tage; 1996: 169 bis 177 Tage). Weitere Nachweise auch bei Andreas Noll, Von Kuschejustiz kann keine Rede sein, pläd 27/2010, 28 f.; derselbe, Die Kluft zwischen Rechtsdogmatik und Praxis im Strafrecht – letztlich ein ethisches Problem?, in: Rechtsphilosophie – Vom Grundlagenfach zur Transdisziplinarität in den Rechts-, Wirtschafts- und Sozialwissenschaften, FS für Michael Fischer zum 65. Geburtstag, hrsg. von Claudia B. Wöhle/Silvia Augeneder/Sabine Urnik, Frankfurt am Main 2010, 133 ff., 137 ff.

²¹ Vgl. Thomas Weigend, Der Zweck der Untersuchungshaft, in: FS für Egon Müller, hrsg. von Heike Jung/Bernd Luxenburger/Eberhard Wahle, Baden-Baden 2008, 739 ff., 739.

droht Art. 55 Abs. 4 VwVG Konsequenzen an“²². Demnach „[bedarf] [n]ach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Rechtfertigung des Entzugs der aufschiebenden Wirkung keiner aussergewöhnlichen Umstände. Verlangt wird hingegen eine Abwägung der sich gegenüberstehenden Interessen und nur überzeugende Gründe dürfen zum Entzug der aufschiebenden Wirkung führen (BGE 110 V 45 E. 5b mit Hinweisen)“²³.

Dies steht im Widerspruch zu den zum Teil in den kantonalen Verfahrensgesetzen konkretisierten Entzugsgründen, die in Anlehnung an das von der Lehre kritisierte²⁴ Fehlen gesetzlicher Entscheidkriterien die Entzugsgründe sehr zurückhaltend formuliert haben²⁵. „[A]ls mögliche Entzugsgründe werden nur schwere und unmittelbare Gefährdungen wichtiger öffentlicher Interessen, etwa die Bedrohung bedeutender Polizeigüter wie Leib, Leben, Gesundheit, öffentliche Sicherheit oder ein akut umweltgefährdender Zustand genannt“²⁶.

Diese Rechtsprechung hat das Bundesgericht in der seither ergangenen Judikatur bestätigt, ohne es allerdings zu versäumen, gewisse Konkretisierungen vorzunehmen. Die Voraussetzungen für den Entzug der aufschiebenden Wirkung lassen sich, wie folgt, zusammenfassen:

Der Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung wird im Rahmen eines *summarischen Prüfungsverfahrens* getroffen²⁷. Dabei kann eine *Prognose über den Prozessausgang* Berücksichtigung finden, sofern die Prozessaussichten eindeutig sind²⁸. Im Übrigen gelten die allgemeinen Kriterien der *Verhältnismässigkeitsprüfung*, der Notwendigkeit, der Erforderlichkeit und der Proportionalität der Zweck-Mittel-Relation²⁹. Als Aspekte der Verhältnismässigkeit verlangt das Bundesgericht konkretisierend einerseits „*Dringlichkeit*“³⁰ als Voraussetzung für den Entzug der aufschiebenden Wirkung, welche dann vorliegt, „*wenn der Verzicht die Wirksamkeit des Ent-*

²² Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK vom 14. Juli 2000 (VPB 2000 Nr. 118, 1201), E. 8, 1205.

²³ Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 9, 1205.

²⁴ Peter Saladin, Das Verwaltungsverfahren des Bundes, Basel 1979, 206 f.; Fritz Gygi, Bundesverwaltungsrechtspflege, 2. Aufl., Bern 1983, 244; Christoph Schaub, Der vorläufige Rechtsschutz im Anwendungsbereich des Umweltschutzgesetzes, Zürich 1989, 11.

²⁵ Thomas Merkli/Arthur Aeschlimann/Ruth Herzog, Kommentar zum Gesetz über die Verwaltungsverfahren im Kanton Bern, Bern 1997, Art. 68 N 16 und 30; Alfred Kölz/Jürg Bosshard/Martin Röhl, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz des Kantons Zürich, 2. Aufl., Zürich 1999, § 25 N 13.

²⁶ Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 8, 1205.

²⁷ BGE 130 II 149 E. 2.2 („bloss summarische Prüfung der Sach- und Rechtslage“); BGE 127 II 132 E. 3; Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 9, 1205.

²⁸ BGE 130 II 149 E. 2.2; Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 10.1, 1206; Hansjörg Seiler, in: Praxiskommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren, hrsg. von Bernhard Waldmann/Philippe Weissenberger, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 55 N 95.

²⁹ BGE 130 II 149 E. 2.2; Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 10.3, 1207.

³⁰ BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 127 II 132 E. 3.

scheides in der *Sache selbst vereiteln* würde³¹. Andererseits darf mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung der Endentscheid *nicht* „präjudiziert“³², oder der Rechtsschutz gar „illusorisch“³³ werden.

Schliesslich hält das Bundesgericht explizit fest, dass mit dem „Entzug des Suspensiv-effektes, als Ausnahme zur aufschiebenden Wirkung [...], [...] die angefochtene Verfügung *sofort vollstreckt* werden kann“³⁴.

b) Vergleich mit den Anordnungsvoraussetzungen von Untersuchungshaft

Wie der Entscheid über den Entzug der aufschiebenden Wirkung im summarischen Verfahren gefällt wird, so wird auch über die Verhängung von Untersuchungshaft – allein schon aufgrund des engen zeitlichen Rahmens³⁵ – in der Regel³⁶ im *summarischen Verfahren* entschieden³⁷. Das Erfordernis der *eindeutigen Prognose* hinsichtlich der Prozessaussichten korreliert mit jenem des *dringenden Tatverdachts* für die Anordnung von Untersuchungshaft³⁸. Auch die Haftgründe finden in den Entzugsvoraussetzungen der aufschiebenden Wirkung Anklang: So lassen sich die Haftgründe der *Flucht- und Kollisionsgefahr* ohne Weiteres unter das Erfordernis der *drohenden Vereitelung* „des Entscheides in der Sache selbst“ im Falle eines „Verzichts“ auf die Verhängung der Massnahme subsumieren³⁹. Einzig der präventive Haftgrund der *Fortsetzungs- und Ausführungsgefahr* lässt sich nur indirekt als Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung aus der bundesgerichtlichen Judikatur zum Entzug der aufschiebenden Wirkung ablesen. Hingegen fände dieser als „*schwere und unmittelbare Gefährdung*[...] *wichtiger öffentlicher Interessen*, etwa [als] [...] Bedrohung bedeutender Polizeigüter wie Leib, Leben, Gesundheit, öffentliche Sicherheit oder [als] ein akut umweltgefährdender Zustand“⁴⁰ in den von der

31 Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 10.2, 1206.

32 BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 127 II 132 E. 3; Seiler (Fn. 28), Art. 55 N 96.

33 BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 129 V 370 E. 4.3; BGE 127 II 132 E. 3.; Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 7, 1204.

34 BGE 129 V 370 E. 2.2 m.w.H.

35 Vgl. Art. 226 Abs. 1 StPO: „Das Zwangsmassnahmengericht entscheidet unverzüglich, spätestens aber innert 48 Stunden nach Eingang des Antrags.“

36 Eine Pflicht zur Beweisabnahme besteht nach Art. 225 Abs. 4 StPO nur dann, wenn „sofort verfügbare Beweise [...] den Tatverdacht zu erhärten oder zu entkräften [vermögen], [...] z.B. ohne Weiteres erreichbare Alibi-Zeugen [...]“. Solche Beweisabnahmen kommen in der Praxis indessen äusserst selten vor“ (Markus Hug, in: Donatsch/Hansjakob/Lieber [Fn. 3], Art. 225 N 10). Vgl. auch Marc Forster, in: BSK Strafprozessordnung (Fn. 3), Art. 225 N 7; Riklin (Fn. 3), Art. 146 N 1.

37 Schmid, Handbuch (Fn. 3), Rz. 1032; derselbe, Praxiskommentar (Fn. 3), Art. 225 N 12 i.V.m. Art. 224 N 3.

38 Art. 221 Abs. 1 StPO.

39 Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 10.2, 1206.

40 Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 8, 1205.

Lehre geforderten wichtigen Gründen Platz, welche die Zulässigkeit eines Entzugs der aufschiebenden Wirkung begrenzen sollen. Schliesslich stimmen die Anordnung von Untersuchungshaft und der Entzug der aufschiebenden Wirkung auch in ihrer Rechtsfolge überein: Der Entscheid wird sofort vollstreckbar.

Das einzige Kriterium, in dem sich Untersuchungshaft und entzogene aufschiebende Wirkung unterscheiden, besteht darin, dass die aufschiebende Wirkung – im Unterschied zur Anordnung von Untersuchungshaft⁴¹ – dann nicht entzogen werden darf, wenn sie den Endentscheid „präjudiziert“⁴², oder den Rechtsschutz gar „illusorisch“⁴³ werden lässt.

Dieses Ergebnis ist doch sehr erstaunlich, wenn man sich vor Augen führt, dass der in Verfassung und EMRK verankerte Grundsatz der Unschuldsvermutung allseits und unbestrittenemassen als eines der wichtigsten Prinzipien, wenn nicht gar als oberste Direktive des Strafprozessrechts überhaupt, angesehen wird, dem folglich ein das Strafverfahren prägender Charakter zukommen sollte. Ausserdem sagt einem schon ein intuitives Rechtsgefühl, dass die Anordnung von Untersuchungshaft nur unter sehr viel strengeren Voraussetzungen zulässig sein sollte als ein Entzug der aufschiebenden Wirkung. Wir stellen demgegenüber fest, dass die beschuldigte Person nach den Grundsätzen über den Entzug der aufschiebenden Wirkung besser vor der Verhängung von Untersuchungshaft geschützt wäre, als durch die angeblich von der Unschuldsvermutung durchdrungene StPO.

c) Schlussfolgerungen

Die Ergebnisse der vorstehenden Ausführungen sind ziemlich eindeutig: Da die Anordnungsvoraussetzungen von Untersuchungshaft mit Ausnahme des beschränkenden Kriteriums, das der Endentscheid nicht präjudiziert werden darf, sämtliche Charakteristiken mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung teilt, ist Untersuchungshaft entgegen einem intuitiven Rechtsgefühl rechtlich-faktisch nichts anderes als ein Vorabvollzug der zu erwartenden Strafe. Dadurch verstösst die gesetzliche Regelung über die Anordnung von Untersuchungshaft – vorab Art. 212 Abs. 3 StPO –, eingebettet in die Bestimmungen von Art. 51 StGB (1:1-Anrechenbarkeit der Untersuchungshaft), Art. 58 Abs. 1, Art. 75 Abs. 2 StGB und Art. 236 StPO (vorzeitiger Straf- und Massnahmevollzugs), in schwerer Weise gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung⁴⁴.

41 Gemäss Art. 212 Abs. 3 StPO ist bis zur Dauer der zu erwartenden Strafe zulässig.

42 BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 127 II 132 E. 3; Seiler (Fn. 28), Art. 55 N 96.

43 BGE 130 II 149 E. 2.2; BGE 129 V 370 E. 4.3; BGE 127 II 132 E. 3; Zwischenentscheid der Rekurskommission UVEK (Fn. 22), E. 7, 1204.

44 Krauss (Fn. 1), 161.

Strafrecht gilt als verselbständiger Teil des öffentlichen Rechts, was wohl nur deshalb der Fall sein kann, dass es angesichts der schweren Konsequenzen, die es für den Bürger zeitigen kann, besonderer Kautelen zu dessen Schutz bedarf. Daraus erhellt sich, dass das Strafrecht gerade dort nicht über die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Prozessrechts hinausgehen darf, welchen die Regeln über den Entzug der aufschiebenden Wirkung zuzuschlagen sind, wo es gerade um die Verhängung solcher schweren Konsequenzen geht. Insbesondere die Bestimmung von Art. 212 Abs. 3 StPO bzw. deren gefestigte Rechtsprechung dazu ist folglich nicht nur aufgrund ihrer Verfassungs- und EMRK-Widrigkeit (Verletzung der Unschuldsvermutung), sondern gerade auch unter diesem Blickwinkel unhaltbar.

Mit anderen Worten ist der in der gängigen Interpretation aus Art. 212 Abs. 3 StPO gezogene Umkehrschluss, wonach Untersuchungshaft bis zur Dauer der zu erwartenden Strafe zulässig sein soll, nicht nur unzulässig, sondern falsch. Stattdessen müsste daraus, wenn man die Bestimmung nicht gänzlich streichen will, korrekterweise ein anderer Umkehrschluss gezogen werden: dass „Untersuchungs- und Sicherheitshaft [...] [kürzer] dauern [müssen] als die zu erwartende Freiheitsstrafe“⁴⁵, nämlich maximal so lang als durch ihre Dauer der Endentscheid noch nicht präjudiziert wird (harmonisierende bzw. verfassungskonforme Interpretation).

Daran schliesst natürlich die Frage an, ab welchem Zeitpunkt denn Untersuchungshaft den Endentscheid präjudiziert. Ohne generell-abstrakte Vorgaben lässt sich dies freilich im Einzelfall kaum je präzise festlegen. Auch hier kommt man letztlich um die gesetzliche Statuierung von Haftfristen nicht herum. Jedenfalls entspricht es einer Erfahrungstatsache, dass im Rahmen der freien Beweiswürdigung bei Untersuchungshäftlingen – im Unterschied zu nicht haftbelasteten Beschuldigten – die Zweifel an der Schuld umgekehrt proportional zur bereits ersessenen Haftdauer abnehmen⁴⁶. Dafür ist man mit Blick auf die Gewährung des bedingten Strafvollzugs bei der Legalprognose im Gebrauch des *in dubio pro reo* Grundsatzes umso konsequenter, teilweise sogar geradezu grosszügig. Ob dies einen Zusammenhang zur Haftentschädigungsfolge im Freispruchsfalle aufweist, oder ob hierbei andere Faktoren im Vordergrund stehen, etwa die Faktizitätswirkung der wiederholten, richterlichen Bestätigung des dringenden Tatverdachts, lässt sich schwer sagen. Jedenfalls wäre es ein Aspekt, der einleuchten würde.

Zur Einengung der Spannweite der Dauer, bis zu welcher Untersuchungshaft den Endentscheid noch nicht präjudiziert, mithin also noch zulässig ist, lässt sich für die Beurteilung des konkreten Einzelfalls jedoch eine weitere Analogie zur rechtlich-faktischen Struktur der Untersuchungshaftproblematik

aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht fruchtbar machen, die Analogie zum Enteignungsrecht.

2. Untersuchungshaft als Expropriation der Bewegungsfreiheit

a) Analogie der Untersuchungshaft zur Expropriation

Um gleich in medias res zu gehen, bestehen die Unterschiede zwischen Expropriation und Untersuchungshaft zum einen im von der Enteignung betroffenen Freiheitsrecht: die *Eigentums-garantie* bei der Expropriation und die *persönliche Freiheit* bei der Untersuchungshaft. Zum anderen unterscheiden sich die beiden Rechtsinstitute durch die staatliche „Bau“-Massnahme, welche die Enteignung von grundrechtlich geschützten Rechten erforderlich macht: Bei der Expropriation erstreckt sich diese in der *räumlichen*, bei der Untersuchungshaft in der *zeitlichen* Dimension.

Wir wollen dies an einem Beispiel verdeutlichen: Plant die öffentliche Hand zwei Orte durch den Bau einer Strasse miteinander zu verbinden, und lässt sich nicht vermeiden, dass diese über Grundstücke von Privaten führt, so sind deren Eigentumsrechte im erforderlichen Umfang zu enteignen. Sieht sich der Staat nun mit einer Straftat konfrontiert, so verhält sich die Sache ähnlich: Er hat zwischen Tat und Täter eine zusammenhängende Kette von Beweisen zu bauen. Er eröffnet einen *Prozess*⁴⁷, in dessen Rahmen Beweise gesammelt und ausgehend von der Tat zu einer Strasse zusammengefügt werden, die im Laufe der Zeit mit einem rechtskräftigen Schuldspruch schliesslich beim Täter oder, im Falle eines Freispruchs, in einer Sackgasse endet. Lässt sich dabei nicht vermeiden, dass der Prozess als Strasse durch die Zeit über die (ideellen Grundstücke der) persönliche(n) Freiheit von Privaten führt – dann nämlich, wenn ein dringender Tatverdacht und Haftgründe vorliegen –, so ist der Staat *gezwungen*, die *persönliche Freiheit* des Tatverdächtigen durch die Anordnung von Untersuchungshaft zu enteignen.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass Expropriation und Untersuchungshaft von der Problemstruktur, die sie zu bewältigen haben, durchaus analog gelagert sind, mit dem Unterschied allerdings, dass man im Strafverfahren im Gegensatz zum Enteignungsverfahren nie im Voraus weiss, wo die Strasse letztlich durchführen wird. In Anbetracht dessen bietet sich natürlich an, die Expropriationsdogmatik für die nach wie vor unbeantwortete Frage, wie lange Untersuchungshaft grundsätzlich dauern darf, ohne gegen die Unschuldsvermutung zu verstossen, mit anderen Worten – um die im Zusammenhang mit dem Entzug der aufschiebenden Wirkung verwendete Begrifflichkeit wieder aufzunehmen – ohne durch ihre Dauer den Endentscheid bereits zu präjudizieren.

⁴⁵ Vgl. Art. 212 Abs. 3 StPO.

⁴⁶ Noll (Fn. 20), 28.

⁴⁷ Der Prozess als Strasse in der Zeitdimension.

b) Nutzbarmachung der Expropriationsdogmatik für das Untersuchungshaftrecht

Im Ergebnis überschneidet sich die Nutzbarmachung dieser Analogie mit den grundsätzlichen Überlegungen, die Krauss bereits im Jahre 1971 zur Unschuldsvermutung angestellt und in der Folge eine an der Figur des „gerade noch zumutbare[n] Sonderopfer[s] eines Unschuldigen“⁴⁸ orientierte Reform des Untersuchungshaftrechts, mithin die Einführung „einer klaren absoluten Begrenzung der Freiheitsentziehung“⁴⁹, die Statuierung absoluter Haftfristen also, gefordert hat. Auch wenn Krauss die Massgeblichkeit der Figur des gerade noch zumutbaren Sonderopfers eines Unschuldigen auf seine unter Zugrundelegung der polizeirechtlichen Grundsätze zum Störerprinzip durchgeführte Analyse zum Gehalt der Unschuldsvermutung als Gleichheitssatz abstützt⁵⁰, ist die Idee der Analogie des Untersuchungshaftrechts zur Expropriationsdogmatik freilich dennoch von ihm inspiriert.

Bei der Anordnung von Untersuchungshaft werden die Rechte des Betroffenen nur beschränkt, nicht jedoch übertragen⁵¹. Die Analogie betrifft in der Folge nur die Regeln über die materielle Enteignung. In der Expropriationsdogmatik ist jedoch nicht jede öffentlich-rechtliche Eigentumsbeschränkung gleich eine entschädigungspflichtige materielle Enteignung. Von einer solchen ist nur dann auszugehen, wenn entweder „eine wesentliche, aus dem Eigentum fliessende Befugnis entzogen wird, [...] [oder aber wenn ein] Grundeigentümer [von einem staatlichen Eingriff derart] [...] betroffen [ist], dass [sein] Opfer gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar erschiene und es mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar wäre, wenn hier keine Entschädigung geleistet würde ([...] Sonderopfer)“⁵².

Gestützt auf die Überlegungen von Krauss zur zeitlichen Begrenzung der Untersuchungshaft auf eine Dauer, die gerade noch als zumutbares Sonderopfer eines Unschuldigen angesehen werden kann, sowie aufgrund der Analogie der rechtlich-faktischen Struktur der Enteignungs- und Untersuchungshaftproblematik, lässt sich rechtlich daraus den Schluss ziehen, dass Untersuchungshaft im Falle des Überschreitens dieser Grenze, will man solches überhaupt zulassen, eine staatliche Entschädigungspflicht auslösen muss.

Auch wenn ein zu Art. 26 Abs. 2 BV analoger Passus in Art. 10 Abs. 2 BV fehlt, kann kein Zweifel daran bestehen, dass dasselbe (als ungeschriebene

nes Verfassungsrecht) auch für die Bewegungsfreiheit gelten muss, ist doch Art. 26 Abs. 2 BV nichts anderes als eine bereits in der BV vorgenommene Konkretisierung von Art. 36 Abs. 4, welcher im Expropriationsfalle einen Entschädigungsanspruch als Kerngehalt der Bestandesgarantie des Eigentums auch ohne Art. 26 Abs. 2 BV gewährleisten würde. *De lege lata* – auch die materielle Enteignung ist nicht ausdrücklich geregelt, sondern stützt sich auf die vom Bundesgericht zur Eigentumsgarantie entwickelten Rechtsprechung – lässt sich daher die unterschiedliche Behandlung von materieller Expropriation von Eigentum und von Bewegungsfreiheit nicht rechtfertigen. Im Gegenteil, darf man mit Fug und Recht den Stellenwert der persönlichen Freiheit doch höher als jenen des Eigentums gewichten.

Die Problematik der Konkretisierung der Grenze, ab welcher konkreten Untersuchungshaftdauer von einem nicht mehr zumutbaren Sonderopfer eines als unschuldig zu geltenden Tatverdächtigen gesprochen werden muss, bleibt jedoch bestehen. Wir werden darauf unter Ziff. IV. zurückkommen.

III. Gebot der Fairness und der Kriminalpolitik

Auch wenn der Gedanke der kriminalpräventiven Wirkung von Untersuchungshaft vermeintlich naheliegt, ist diese Auffassung ihren wissenschaftlichen Nachweis bisher schuldig geblieben. Die Erkenntnisse aus der sozialpsychologischen Forschung deuten vielmehr auf das Gegenteil hin⁵³, dass nämlich ein faires Verfahren in der Bekämpfung von Rückfällen eine Schlüsselrolle⁵⁴ einnimmt⁵⁵. Hierzu gehört selbstverständlich auch ein Untersuchungshaftrecht, das sich bezüglich ihrer Maximaldauer an die ihm durch die Unschuldsvermutung gesetzten Grenzen hält, ansonsten Untersuchungshaft – das haben die vorstehenden Ausführungen gezeigt – nichts anderes als ein Vorabvollzug von Strafe ist. Der Grund für diese Schlüsselrolle der Verfah-

⁴⁸ Krauss (Fn. 1), 176. Mit der Figur des gerade noch zumutbaren Sonderopfers eines Unschuldigen definiert Krauss die Grenze der Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung von Tatverdächtigem und Unschuldigen, was logischerweise umgekehrt formuliert die Demarkationslinie zur verbotenen Gleichbehandlung mit dem Schuldigen bildet.

⁴⁹ Krauss (Fn. 1), 176.

⁵⁰ Vgl. oben, Ziff. I.1.

⁵¹ Vgl. Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., Zürich/St. Gallen 2010, Rz. 2176.

⁵² Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 51), Rz. 2179 m.w.H.

⁵³ Kathleen Otto/Claudia Dalbert, Belief in a just world as a resource for different types of young prisoners, in: The justice motive in adolescence and young adulthood: Origins and consequences, hrsg. von Claudia Dalbert/Hedvig Sallay, London 2004, 153 ff.; Claudia Dalbert, The Justice Motive as a Personal Resource: Dealing with Challenges and Critical Life Events, New York 2001; Volkmar Haller/Stefan Machura/Hans-Werner Bierhoff, Urteil und Verfahrensgerechtigkeit aus der Perspektive jugendlicher Strafgefangener, in: Verfahrensgerechtigkeit, Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis, hrsg. von Günter Bierbrauer/Walther Gottwald/Beatrix Birnbreier-Stahlberger, Köln 1995, 111 ff.; Joe Tomaka/Jim Blascovich, Effects of Justice Beliefs on Cognitive Appraisals of Subjective, Physiological, and Behavioral Responses to Potential Stress, Journal of Personality and Social Psychology 1994, 732 ff.; Tom R. Tyler, The Role of Perceived Injustice in Defendants' Evaluations of their Courtroom Experience, Law and Society Review 1984, 51 ff.; Melvin J. Lerner, The Justice Motive: Some Hypotheses as to its Origins and Forms, in: Journal of Personality 1977, 1 ff.

⁵⁴ Otto/Dalbert (Fn. 53), 155: "the decisive factor".

⁵⁵ Vgl. Otto/Dalbert (Fn. 53); Dalbert/Sallay (Fn. 53); Haller/Machura/Bierhoff (Fn. 53); Tomaka/Blascovich (Fn. 53); Tyler (Fn. 53); Lerner (Fn. 53).

rensfairness liegt darin, dass ein Straftäter dann erheblich weniger zur Rückfälligkeit neigt, wenn er sich mit seiner Schuld auseinandersetzt. Dieser Zugang zur eigenen Schuld wird ihm aber dann erschwert, wenn er sich selbst von Seiten des Staates, der seine Straftat ahndet, ungerecht bzw. unfair behandelt fühlt. In diesem Falle neigt er dazu, im unfairen Verhalten, das ihm von Seiten des Staates zuteilwurde, zu verharren und sich dementsprechend nicht als Täter, sondern selbst als Opfer zu sehen⁵⁶.

IV. Grundzüge einer Konkretisierung der Unschuldsvermutung und des Beschleunigungsgebots *de lege ferenda*

Aus den dargelegten Ausführungen ergeben sich für die zur Herstellung eines menschenrechts- und verfassungskonformen Untersuchungshaftrechts dringendst gebotene Revision folgende Grundzüge.

Ausgehend vom Grundsatz, wonach die aufschiebende Wirkung dann nicht (mehr) entzogen werden darf, wenn sie den Endentscheid präjudiziert, was dem Gebot der Unschuldsvermutung angesichts der Zulässigkeit der Ungleichbehandlung von Verdächtigem und Unschuldigen, nicht aber der Gleichbehandlung von Verdächtigem und Schuldigen ziemlich exakt entspricht, sowie der sozialen Realität, dass im Falle längerer Untersuchungshaft selbst ein Freispruch den Verdächtigen nicht mehr als Unschuldigen zu rehabilitieren vermag, ist zu fragen, ab welcher Dauer dies rechtlich wie faktisch nicht mehr gewährleistet ist. Zudem ist bei der Festlegung gesetzlicher Haftfristen zu beachten, dass sie auf ein Mass zu begrenzen sind, das gerade noch als zumutbares Sonderopfer eines Unschuldigen angesehen werden kann (Theorie von Krauss). Dabei ist einerseits klar, dass eine solche Grenze bei geringfügigeren Straftaten schneller erreicht ist als bei schwerwiegenden Delikten. Andererseits ist auch ohne Weiteres einsehbar, dass es eine absolute Grenze der Dauer von Untersuchungshaft gibt, ab welcher namentlich das Kriterium eines gerade noch zumutbaren Sonderopfers nicht mehr gewährleistet ist. Folglich hat das Gesetz einerseits mit relativen Haftfristen, die sich an der Dauer der zu erwartenden Strafe orientieren, und andererseits mit einer für alle Straftaten gleichermassen geltenden Maximalhaftfrist zu operieren.

Hinsichtlich der an der Dauer der zu erwartenden Strafe zu orientierenden relativen Haftfristen erachten wir einen Drittel der konkret zu erwartenden Freiheitsstrafe als ein gerade noch zumutbares Sonderopfer; dies deshalb, weil dem Schuldigen beim Regelfall der bedingten Entlassung nach zwei Dritteln der ausgesprochenen Freiheitsstrafe ein Drittel der Strafe erlassen wird. Eine frühere Entlassung ist jedoch nicht möglich, weil dadurch die Stra-

fe und in der Folge die Schuld des Verurteilten (in der sozialen Realität) in Frage gestellt würde. Genau gleich muss es sich mutatis mutandis beim gerade noch zumutbaren Sonderopfer eines als unschuldig zu geltenden Tatverdächtigen verhalten: Dauert Untersuchungshaft länger als ein Drittel der zu erwartenden Freiheitsstrafe, so tritt der Anschein eines Vorabvollzugs seiner zu erwartenden Strafe derart dominant zu Tage, so dass auch der Rückgriff auf die Zwecke prozessualer Haft nicht verhindern kann, dass die Schuld des Tatverdächtigen in der sozialen Realität *nicht* mehr bezweifelt wird.

Als absolute Grenze für die Dauer von Untersuchungshaft wäre u.E. von maximal 6 bis 9 Monaten auszugehen, wobei 9 Monate wohl nur für Kapitalverbrechen gerade noch zulässig erscheinen, während im Regelfall die Maximalgrenze bei 6 Monaten erreicht sein dürfte. Bei längeren Haftzeiten kann weder von einem gerade noch zumutbaren Sonderopfer eines Unschuldigen gesprochen werden, noch sichergestellt werden, dass sie den Endentscheid nicht präjudizieren.

Zu Recht wird man dagegen einwenden, dass es nach den praktischen Bedürfnissen der Strafverfolgungsorgane unerlässlich ist, in einzelnen Fällen über diese Fristen hinauszugehen. Diesem Umstand muss ein revidiertes Untersuchungshaftrecht natürlich Rechnung tragen, jedoch ohne dabei die Unschuldsvermutung über das Mass des Erforderlichen hinaus zu beeinträchtigen. Wie ist das möglich?

Aufgrund der Analogie der Untersuchungshaft zur Expropriation bietet sich hierfür ein Rückgriff auf das Enteignungsrecht an. Wie bei der materiellen Expropriation, so muss auch die Enteignung der Bewegungsfreiheit eine staatliche Entschädigungspflicht auslösen, wenn der Eingriff dem Betroffenen als unschuldig zu geltendem Tatverdächtigen ein „gegenüber der Allgemeinheit unzumutbar[es Opfer abverlangt, das in der Folge] [...] mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar [ist]“⁵⁷. Mit anderen Worten kann sich die Strafverfolgung von der beschuldigten Person Zeit kaufen, wenn sie eine ungestörte Strafuntersuchung nicht durch das Ausschöpfen der zulässigen Haftfristen gewährleisten kann. Ausserordentliche Untersuchungshaft – so wollen wir die erkaufte Haftzeit ab dem Überschreiten der zulässigen ordentlichen Untersuchungshaftdauer einmal nennen – ist dabei selbstverständlich im Falle einer Verurteilung an die Dauer der Strafe anzurechnen, ansonsten sich die Strafverfolgung die Zeit nicht eigentlich erkauft⁵⁸, da der Verurteilte die vom Staat erkaufte Zeit mit einem Nachsitzen in der Strafhaft zurückbezahlt.

Als Entgeltungsansätze sind die üblichen Haftentschädigungsansätze vorzusehen, wobei zu überlegen ist, ob der Entschädigungssatz mit fortschreitender Dauer der ausserordentlichen Untersuchungshaft nicht einer Progression

⁵⁷ Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 51), Rz. 2179. Vgl. hierzu oben, Ziff. II.2a.

⁵⁸ Das muss sie aber, weil Freiheitsentzug im Bereich der ausserordentlichen Untersuchungshaft *immer* gegen die Unschuldsvermutung verstösst.

zu unterwerfen ist, da die ausserordentliche Untersuchungshaft, je länger sie dauert, umso gravierender gegen die Unschuldsvermutung verstösst. Denkbar wäre etwa, dass der Haftentschädigungsansatz jeden Monat um 5% im Vergleich zu jenem des Vormonats angehoben wird. Dies wäre sicherlich auch im Interesse des Beschleunigungsgrundsatzes.

Die Schweiz wäre nicht das erste Land, das mit Haftfristen arbeiten würde, um Untersuchungshaft auf das gemäss Unschuldsvermutung und Beschleunigungsgebot zulässige Mass zu begrenzen. So kennt vor allem unser Nachbarland Österreich seit längerem ein durch Fristen begrenztes Untersuchungshaftregime, ohne dass sich dies negativ auf die Entwicklung der Kriminalität ausgewirkt hätte⁵⁹. Im Gegenteil fahren die Österreicher mit ihrem Untersuchungshaftrecht sogar relativ gut⁶⁰. Ebenso verfügt Spanien über ein durch Fristen begrenztes Untersuchungshaftrecht⁶¹. Aus rechtsvergleichender Sicht ist dabei besonders der Umstand hervorzuheben, dass für den Haftgrund der Kollusionsgefahr in beiden Rechtsordnungen bedeutend kürzere Haftfristen gelten⁶². Der Grund: Kollusionsgefahr muss sich durch eine behörderliche Ermittlung beseitigen lassen. Reicht die Frist nicht aus, so hat die Strafverfolgung offensichtlich nicht beförderlich genug gearbeitet. Eine analoge Regelung wäre auch für das Schweizer Recht vorzusehen. Wie in Österreich müssen zwei Monate ausreichen, um die Beweise zur Beseitigung der Kollusionsgefahr zu erheben oder mindestens zu sichern⁶³.

⁵⁹ Vgl. § 178 Abs. 1 StPO: Danach ist Untersuchungshaft i.d.R. 1) im Falle von Kollusionsgefahr maximal 2 Monate möglich; 2) im Falle der übrigen Haftgründe maximal 6 Monate möglich. Ausnahmsweise ist über die Frist von 6 Monaten hinaus verlängerbar (Abs. 2: „wenn dies wegen besonderer Schwierigkeiten oder besonderen Umfangs der Ermittlungen im Hinblick auf das Gewicht des Haftgrundes unvermeidbar ist“).

⁶⁰ Überhaupt zeigt sich, dass das alte Kaiserreich im Bereich des Strafprozessrechts über viel mehr Sensibilität für Fragen der Rechtsstaatlichkeit verfügt, als die urdemokratische Schweiz, ohne dass ihm dabei der Vorzug des Pragmatismus als Preis einer differenzierten Dogmatik abginge, welchen wir zuweilen unseren deutschen Nachbarn hin und wieder abzusprechen pflegen.

⁶¹ Vgl. art. 503 und 504 ap. 2 und 3 LECrim (Ley de Enjuiciamiento Penal): Danach ist Untersuchungshaft 1) für Delikte mit einer Strafdrohung von bis 2 Jahren i.d.R. ausgeschlossen; 2) für Delikte mit einer Strafdrohung von bis 3 Jahren maximal für eine Dauer von 1 Jahr möglich; 3) für Delikte mit einer Strafdrohung von mehr als 3 Jahren maximal für eine Dauer von 2 Jahren möglich. Die Fälle 2 und 3 sind unter den Voraussetzungen von art. 505 LECrim um 6 Monate bzw. 2 Jahre einmal verlängerbar.

⁶² Österreich: 2 Monate (§ 178 Abs. 1 Ziff. 1 StPO); Spanien: 6 Monate (art. 504 ap. 3 LECrim; unverlängerbar).

⁶³ Dagegen darf auch das Argument nicht sprechen, dass sich die beschuldigte Person durch Aussageverweigerung über Zeit retten könnte. Aussageverweigerung ist nicht nur das explizite Recht der beschuldigten Person, sondern eine Verlängerung der Untersuchungshaft wegen Aussageverweigerung wäre zudem einerseits Beugehaft und andererseits eine klare Bestrafung. Reichen zwei Monate nicht aus, um die Schuld des Tatverdächtigen nachzuweisen, braucht es offenbar ein Geständnis, das durch eine Fortsetzung der Haft nicht erpresst werden darf. Abgesehen davon, wird in einer solchen Drucksituation die Wahrheitsfindung beeinträchtigt, da mit zunehmender Haftdauer der Beschuldigte einfach nur noch das sagt, was der Untersuchungsbeamte hören möchte.

Die Aufgaben der Anwaltschaft in der Mediengesellschaft

MANFRED REHBINDER*

Inhaltsverzeichnis

I.	Aufgabenbereiche	1071
1.	Die Ausweitung der professionellen Dienstleistung der Anwaltschaft auf Litigation-PR	1071
2.	Wahrung und Mehrung des beruflichen Ansehens durch Nutzung klassischer und neuer Medien	1073
II.	Rahmenbedingungen	1073
1.	Rechtliche Grenzen der PR für Mandanten	1073
2.	Gefahrenquelle einer PR im beruflichen Eigeninteresse	1076

I. Aufgabenbereiche

1. Die Ausweitung der professionellen Dienstleistung der Anwaltschaft auf Litigation-PR

Die Kennzeichnung des Erscheinungsbildes moderner Gesellschaften als Mediengesellschaft bringt zum Ausdruck, dass die Massenmedien eine gesellschaftliche Realität eigener Art erzeugen und je nach eingesetzter Technologie zu anderen Formen der Umweltwahrnehmung führen. Dadurch wird ein Strukturwandel der Öffentlichkeit bewirkt, die sich je nach Medium in eine Vielzahl von Medienöffentlichkeiten unterteilt. Das wurde besonders in jüngster Zeit mit Verbreitung der sog. neuen Medien deutlich, wo durch Blog, Facebook und Twitter neue Öffentlichkeiten entstanden sind, die mit der Medienöffentlichkeit der klassischen Medien wie Presse und Rundfunk nicht mehr zusammenhängen. Das hat Auswirkungen auf den Tätigkeitsbereich der Anwälte, im Kanton Bern noch traditionell und sachlich zutreffend "Fürsprecher" genannt. Anwälte begeben sich im Interesse ihrer Mandanten in eine juristische Auseinandersetzung (Rechtskommunikation) und sehen sich dabei nicht nur den für das rechtliche Verfahren zuständigen Behörden und Gerichten gegenüber. Denn sie wissen, dass die von den Medien geschaffenen Öffentlichkeiten indirekt auch den Ausgang der rechtlichen Verfahren beeinflus-

* o. Prof. em. für Arbeitsrecht, Immaterialgüterrecht, Medienrecht und Rechtssoziologie an der Universität Zürich, Honorarprofessor der Universität Freiburg i.Br., geschäftsführender Direktor des Instituts für Urheber- und Medienrecht, München.