

Festschrift für
Andreas Donatsch

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

Festschrift für

Andreas Donatsch

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Prof. Dr., Universität Zürich

Christian Schwarzenegger

Prof. Dr., Universität Zürich

Wolfgang Wohlers

Prof. Dr., Universität Basel

Schulthess § 2017

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, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7370-7

www.schulthess.com

Vorwort

«Jedes Gemeinwesen muss zur Garantie seines Bestandes Zwangsmittel bereithalten, die im äussersten Fall mit unmittelbarem Zwang verbunden sind. Wo staatliche Zwangsmittel nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden, nutzen Einzelne oder Gruppen die Gelegenheit, ihrerseits Macht zu erwerben und Zwang auszuüben. Die Alternative zu staatlichem Zwang ist deshalb nicht Freiheit, sondern – wie sich immer wieder von neuem zeigt – privater Zwang». Mit dieser markanten rechtspolitischen Aussage leitete Andreas Donatsch im Jahr 1981 seine Dissertation mit dem Titel «Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs» ein. Damit wurde dem Leser sogleich klar, dass hier ein wacher und verantwortungsvoller Geist sein wissenschaftliches Debüt gab. Freilich lässt das Zitat auch den damaligen beruflichen Werdegang von Andreas Donatsch durchschimmern: Er hatte im Wintersemester 1976/77 das Studium mit dem Lizentiat abgeschlossen. Danach war er in seinen Heimatkanton Graubünden zurückgekehrt, wo er 1979 das Rechtsanwaltspatent erworben hatte. Parallel dazu erfolgte sein beruflicher Einstieg bei der Kantonspolizei Graubünden.

Bereits 1981 kehrte Andreas Donatsch nach Zürich zurück und mindestens seine berufliche Karriere im Kanton Graubünden hat damit ihr definitives Ende gefunden. Die Verbundenheit mit der Polizei und seinem Heimatkanton sollte aber bestehen bleiben. Letzteres manifestiert sich durch den – mindestens für zürcherische Ohren – unverwüstlichen Bündner Dialekt. Ersteres zeigte sich nicht nur bei der Wahl des Dissertationsthemas, sondern auch durch die während der gesamten wissenschaftlichen Laufbahn prägende Praxisorientierung. Die Liebe zur wissenschaftlichen und forschenden Tätigkeit und schon damals zur Lehre führte dazu, dass der junge Doktor Donatsch 1981 die Stelle als Oberassistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich antrat, um sich zu habilitieren. In den folgenden 36 Jahren sollte Andreas Donatsch seiner *alma mater* – abgesehen von einem weiteren Ausflug in die Praxis 1986 bis 1987 bei der Bezirksanwaltschaft Bülach – treu bleiben.

Im Jahr 1987 schloss Andreas Donatsch die Habilitation mit seiner wegweisenden Arbeit zum Fahrlässigkeitsdelikt ab («Sorgfaltsbemessung und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikt»). Unmittelbar danach erhielt er eine Förderstelle als Assistenzprofessor, im Sommersemester 1990 wurde Andreas Donatsch zum ausserordentlichen und im Wintersemester 1992/93 zum ordentlichen Professor befördert. Diese Tätigkeit übt er bis zum heutigen Tag aus.

Mit der Emeritierung von Andreas Donatsch im Frühlingsemester 2017, nach rund 60 Semestern also, verliert die Universität Zürich einen begnadeten Hochschullehrer und überragenden Wissenschaftler. Er stand und steht mit beiden Beinen in der Praxis, sei

es als Konsulent in einer Anwaltskanzlei, als Mitglied der Anwaltsprüfungskommission, als Richter am Kassationsgericht oder auch als Mitverfasser der letzten Zürcher Strafprozessordnung. Sein Geist blieb dabei offen und kritisch, einerseits als klassischer Allrounder, im materiellen Strafrecht ebenso bewandert wie im Prozessrecht, andererseits als Spezialist, der sich vernachlässigter Bereiche wie dem Steuerstrafrecht schon früh angenommen und ihre Bedeutung erkannt hatte. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die Schar der Autorinnen und Autoren, die an der vorliegenden Festschrift mitgewirkt haben, und die von ihnen gewählten Themen eine grosse inhaltliche Breite aufweisen.

Die vorliegende Festschrift soll das Engagement von Andreas Donatsch an der Universität Zürich zugunsten von Lehre und Forschung aber auch generell sein Wirken würdigen. Andreas Donatsch ist – auch das zeigt die Liste der Autorinnen und Autoren – eine hoch geachtete und geschätzte Persönlichkeit und für viele, die mit ihm gearbeitet haben, auch ein Freund. Bei den Studierenden als durchaus konsequenter, aber verlässlicher und guter Lehrer bekannt, war er immer sehr beliebt. Ein besonders inniges Verhältnis pflegte er stets zu seinen Assistierenden. Wer einmal im Büro von Andreas Donatsch war, dem ist sofort das über die Jahre wachsende Bild aufgefallen, in dem alle ehemaligen Assistierenden verewigt sind. Und es war bekannt, dass diese sich auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit am Lehrstuhl zu eigentlichen Ehemaligentreffen einfanden, so dass sich die Assistierenden von Andreas Donatsch bis weit ins Berufsleben hinein als eingeschworene Gruppe verstanden. Was Andreas Donatsch freilich auch auszeichnet, ist sein unverkennbarer Humor, fein, mit einem Hang ins Ironische. Damit ausgerüstet kann er, gerade wenn es ungemütlich wird, einen befreienden Spruch machen und durchaus auch über sich selbst lachen.

Lieber Andreas, im Namen der Autorinnen und Autoren dieser Festschrift wünschen wir Dir zu Deinem Geburtstag und Deiner Emeritierung alles Gute und danken Dir für die Zusammenarbeit und die Freundschaft.

Zürich, Frühling 2017

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

Danksagung

Dank gebührt an dieser Stelle den Assistierenden der Lehrstühle der Herausgeber, MLaw Gian Ege, MLaw Angela Giger, MLaw Aurelia Gurt, BLaw Sena Hangartner, stud. iur. Elif Haskaya, MLaw Katarina Jaksic, stud. iur. Felix Multerer, MLaw Jasmine Stössel, MLaw Madeleine von Rotz, die massgeblich an der Erstellung dieser Festschrift mitgewirkt haben. Ausserdem möchten wir uns beim Schulthess Verlag bedanken, der die Herstellung dieses Werks ermöglicht hat. Und schliesslich sind wir allen Sponsoren zu Dank verpflichtet, die diese Festschrift finanziert haben:

- Umbricht Rechtsanwälte, Zürich
- Prof. Dr. Peter Nobel, Zürich
- Zürcher Universitätsverein
- Stiftung für juristische Lehre und Forschung, RA Dr. Peter R. Isler, Zürich
- Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich
- Prof. Dr. Markus Reich, Zürich
- RA Dr. iur. und lic. phil. Niklaus Lüchinger, Zürich
- RA lic. iur. Thomas Fingerhuth, Zürich
- RA Dr. Daniel R. Wyss, Zürich
- RA Dr. Caterina Nägeli, Zürich
- RA Dr. Dieter Gessler, Zürich

Und schliesslich darf eine Person nicht unerwähnt bleiben: Ohne Ingrid Donatsch wäre es nicht möglich gewesen, die notwendigen Informationen zusammen zu tragen und die Übergabe der Festschrift zu organisieren. Auch ihr gilt somit unser Dank.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Danksagung	VII
Inhaltsverzeichnis	IX

Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten	3
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------

FELIX BOMMER

Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System	15
------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

CHRISTOPHER GETH/NICOLAS LEU

Gehilfenschaft durch berufsbedingtes Handeln bei vertragswidrigem Verhalten des Haupttäters	29
----------------------------------------------------------------------------------------------------	-----------

SABINE GLESS

Strafrechtsschutz für virtuelles Geld?	41
-----------------------------------------------	-----------

GUNHILD GODENZI

Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?	57
---------------------------------------------------------------------------	-----------

YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN

L'enseignement à vie vs. l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !	73
----------------------------------------------------------------------------	-----------

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Der Zaum am Schwanz des Pferdes – Methodik des subjektiven Tatbestands	83
-------------------------------------------------------------------------------	-----------

DANIEL JOSITSCH/MADELEINE VON ROTZ

Erweiterung des Straftatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung	105
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------

ALAIN MACALUSO

L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale	121
------------------------------------------------------------------------------------------	------------

LAURENT MOREILLON Quelques Réflexions sur le Principe «ne bis in idem»	137
MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? Zur Revision der Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB	151
WALTER PERRON Sind deutsche Geschäftsführer untreuer als ihre Schweizer Kollegen?	167
ANDREAS POPP Nothilfe nach erlaubter Notwehr?	177
NICOLAS QUELOZ/PHILIPPE DELACRAUSAZ Difficultés et limites de l'art. 59 CPS : traitement institutionnel des troubles mentaux Points de vue juridique et de psychiatrie forensique	191
CHRISTOF RIEDO Die Gegenwart der Zukunft. Zur Möglichkeit der Täuschung über künftige Tatsachen	203
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht	217
BERNHARD STRÄULI Légitime défense et provocation de l'attaque	233
BRIGITTE TAG/SEBASTIAN MICHEROLI Freiheitsentzug zwecks Straftatenprävention durch dessen unmittelbare Zwangswirkung	249
MARC THOMMEN/SOPHIE MATJAZ Die Fahrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge	273
WOLFGANG WOHLERS/SONJA PFLAUM Todesgefährliche Notwehr	297

Strafprozessrecht

PETER ALBRECHT

**Verdrängte Risiken für fremdsprachige Beschuldigte im Strafprozess –
eine Problemskizze** 313

BENJAMIN F. BRÄGGER

**Untersuchungshaft in der Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung mit
Verbesserungsvorschlägen der Haftbedingungen in einem föderalen
Vollzugssystem** 327

ANDREAS EICKER

**Das Ersatzmassnahmenrecht wird aus den Angeln gehoben –
Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Haftsachen** 345

MARC FORSTER

Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten
Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und
Art. 270 lit. b StPO 357

STEFAN HEIMGARTNER

**Akten- und Unterlagenedition bei Amtsstellen – rechtshilfeweiser
Aktensbeizug oder «ordentliche» Edition** 369

MARIANNE JOHANNA HILF

Wer ist das Opfer? 381

TOBIAS JAAG/SVEN ZIMMERLIN

Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten 399

KARL LUDWIG KUNZ

**Aspekte der Strafbefreiung und der Einstellung des Verfahrens wegen
Geringfügigkeit** 415

FRANK MEYER

Plea Bargaining und EMRK 427

SARAH SUMMERS

Überlegungen zur Unparteilichkeit und der richterlichen Befragung 443

HANS VEST

Probleme der «freiwilligen» Hausdurchsuchung 457

Nebenstrafrecht

MARTIN KILLIAS

Rechtswidrige Zerstörung geschützter Bauten: Welche Strafen, welche Massnahmen, welche Lösungen? 471

PETER NOBEL

Die Aktiengesellschaft und das Strafrecht 485

ROLF SETHE/LUKAS FAHRLÄNDER

Frontrunning durch Vermögensverwalter als Insiderdelikt 499

MADELEINE SIMONEK

Voraussetzung eines Steuerdelikts für ein Gruppensuchen im Steuerrecht? 513

OTHMAR STRASSER

Strafrechtliche Risiken im neuen Meldesystem bei Geldwäschereiverdacht nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière 529

Andere Rechtsgebiete

RUTH ARNET/STEFANO ROSSI

«From Heaven to Hell»? – Gedanken zum vertikalen Umfang von Grundeigentum 557

ANDREA BÜCHLER

Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?
Historische, gesellschaftliche, medizinische und rechtliche Anmerkungen zu einem besonderen Eingriff 571

URSULA CASSANI/KATIA VILLARD

La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées 583

GERHARD FOLKA

Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung 605

REGINA KIENER

Die «Rote Zora», die Zuhälterbande und die Polizei
Wie das Zürcher Kassationsgericht (sinngemäss) Schutzpflichten anerkannte 619

HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIA WIPF Aktienrechtliche Würdigung der strafbewehrten Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen	633
ROLF H. WEBER Rechtstaatliche Anforderungen für börsengesetzliche Meldepflichten	653
Publikationen von Andreas Donatsch	665
Autorenverzeichnis	683

Untersuchungshaft in der Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung mit Verbesserungsvorschlägen der Haftbedingungen in einem föderalen Vollzugssystem

Inhaltsübersicht

I.	Grundlagen des Freiheitsentzugs in der Schweiz	327
II.	Aktuelle Situation in den Kantonen	331
	1. Im Straf- und Massnahmenvollzug	331
	2. Im Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft	332
	3. Kurze Würdigung	333
III.	Internationale und nationale Standards	334
	1. Im Allgemeinen	334
	2. Im Besonderen	336
IV.	Verbesserungsvorschläge	339
	1. Strukturelle und politische Erneuerungen	339
	2. Skizze einer idealen Untersuchungs- und Sicherheitshaft.....	340

I. Grundlagen des Freiheitsentzugs in der Schweiz²

Gemäss Artikel 123 Absatz 2 und 3 der Bundesverfassung³ sind die Kantone für die Organisation der Gerichte, die Rechtsprechung in Strafsachen sowie den Straf- und Massnahmenvollzug zuständig, soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht.

Als einen Teilbereich der inneren Sicherheit stellen die verschiedenen Formen des Freiheitsentzuges demzufolge prinzipiell eine kantonale Aufgabe dar. Es handelt sich

¹ Der Autor dankt Frau Rechtsanwältin MLaw DEBORAH TORRIANI-SCHÄRER für die kritische Durchsicht des Manuskripts.

² Die nachfolgenden Zeilen geben im Wesentlichen die Überlegungen wieder, welche in der NZZ vom 16.12.2015, 10 von H.-J. KÄSER/B.F. BRÄGGER, Herausforderungen in Strafvollzug - Die Qualität des Freiheitsentzugs fördern, bereits veröffentlicht worden sind.

³ Vgl. dazu T. GÖKSU, in: B. Waldmann/E.B. Maria/A. Epiney (Hrsg.), Basler Kommentar BV, Basel 2015, Art. 123.

dabei um eine hoheitliche, staatliche Tätigkeit, welche im Grundsatz nicht durch Private erledigt werden darf.⁴ Die 26 Kantone sind somit verpflichtet, die für die Wahrung der inneren Sicherheit notwendige Haftinfrastruktur zu bauen und zu betreiben, d.h. Anstalten für die Untersuchungs- und Sicherheitshaft,⁵ für den Straf- und Massnahmenvollzug⁶ sowie für die Ausschaffungshaft⁷. Zudem müssen sie die für die Vollstreckung der Strafentscheide notwendige Behördenorganisation und die dazu erforderlichen rechtlichen Grundlagen schaffen.⁸

Der Bund kann jedoch – gestützt auf die oben erwähnte bundesrechtliche Verfassungsnorm – Vorschriften zum Straf- und Massnahmenvollzug erlassen. Zudem kann er den Kantonen Beiträge für die Errichtung von Anstalten, für Verbesserungen im Straf- und Massnahmenvollzug (sog. Modellversuche) sowie an Einrichtungen, die erzieherische Massnahmen an Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen vollziehen, gewähren.⁹ Ferner beteiligt er sich an den Betriebskosten des Schweizerischen Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal (SAZ),¹⁰ welches eine Stiftung der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD)¹¹, der drei Strafvollzugskonkordate¹² und des Bundes ist.

Seit 2007 sind die wichtigsten Grundsätze des Straf- und Massnahmenvollzuges im Strafgesetzbuch aufgeführt.¹³ Seit dem 1. Januar 2011 sind zudem die Anordnung und der Vollzug der freiheitsentziehenden strafprozessualen Zwangsmassnahmen in der

⁴ Vgl. dazu Rechtsgutachten vom 17. Mai 2015 von Prof. B. RÜTSCHKE, Vollzug von Schweizer Strafurteilen in ausländischen Strafvollzugsanstalten, insbesondere 4 ff.; B.F. BRÄGGER, Gefangenentransporte, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 190 f.; vgl. auch Art. 379 und Art. 387 Abs. 4 lit. b und Abs. 5 StGB.

⁵ Art. 234 Abs. 1 StPO i.V.m. Art. 235 StPO.

⁶ Art. 377 StGB.

⁷ Art. 75 ff. des Bundesgesetzes über die Ausländerinnen und Ausländer (Ausländergesetz, AuG; SR 142.20) vom 16. Dezember 2005, namentlich Art. 81 und 82 AuG.

⁸ Art. 372 StGB und Art. 439 StPO.

⁹ Art. 123 Abs. 3 BV.

¹⁰ Art. 10 des Bundesgesetzes über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug vom 5. Oktober 1984 (SR 341); vgl. dazu auch <www.prison.ch> (21.6.2016) und B.F. BRÄGGER, Schweiz. Ausbildungszentrums für das Strafvollzugspersonal (SAZ), in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 387 ff.

¹¹ Vgl. <www.kkjpd.ch> (21.6.2016).

¹² Vgl. <www.konkordate.ch> (21.6.2016); Art. 378 Abs. 1 StGB: Die Kantone Appenzell-Innerrhoden, Appenzell-Ausserrhoden, Glarus, Graubünden, Schaffhausen, St. Gallen, Thurgau und Zürich haben sich zum sog. Ostschweizer Strafvollzugskonkordat, die Kantone Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Obwalden, Nidwalden, Zug, Solothurn, Basel-Stadt, Basel-Landschaft und Aargau haben sich zum Strafvollzugskonkordat der Nordwest- und Innerschweiz; die Kantone Freiburg, Waadt, Wallis, Neuenburg, Genf, Jura und das Tessin zum Strafvollzugskonkordat der Lateinischen Schweiz zusammengeschlossen.

¹³ Art. 74 – 96 und Art. 372 – 380 StGB.

eidgenössischen Strafprozessordnung geregelt.¹⁴ Die konkrete Ausgestaltung dieser Haft obliegt jedoch weiterhin den Kantonen¹⁵. Anzumerken bleibt, dass weder die Untersuchungs- noch die Sicherheitshaft durch die drei Strafvollzugskonkordate koordiniert oder geregelt sind.

Die Grundlagen der freiheitsentziehenden Zwangsmassnahmen der Ausländergesetzgebung sind ferner im eidgenössischen Ausländergesetz¹⁶, der zivilrechtlichen fürsorglichen Unterbringung im Schweizerischen Zivilgesetzbuch¹⁷, festgehalten.

Der Bund subventioniert heute den Bau und Betrieb von Einrichtungen, die erzieherische Massnahmen an Kindern, Jugendlichen und jungen Erwachsenen vollziehen und beteiligt sich mit 35 % der anerkannten Kosten am Bau von Anstalten des Straf- und Massnahmenvollzugs für Erwachsene.¹⁸ Für die Untersuchungshaftanstalten sieht die Bundesgesetzgebung bisher keine Bausubventionen vor, obwohl diese Haftart seit 2011 durch die eidgenössische Strafprozessordnung geregelt ist und somit im Grundsatz ein bundesrechtliches Haftinstitut darstellt. Seit dem Jahre 2013 kann der Bund erneut die Baukosten für Anstalten der Ausländerhaft übernehmen.¹⁹ Schliesslich trägt er – gestützt auf die durch ihn eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen – die Kosten der Nationalen Kommission zur Verhütung von Folter (NKVF).²⁰ Deren Mitglieder werden durch den Bundesrat ernannt.

¹⁴ Vgl. dazu insbesondere Art. 196 ff. StPO, dazu zählen die polizeiliche Vorführung, die vorläufige Festnahme, die Untersuchungs- und Sicherheitshaft.

¹⁵ Art. 235 Abs. 5 StPO.

¹⁶ Art. 75 ff. AuG.

¹⁷ Art. 426 ff. ZGB.

¹⁸ Vgl. dazu Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984 über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (LSMG, SR 341); Verordnung vom 21. November 2007 über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug (LSMV, SR 341.1); Verordnung des EJPD vom 19. November 2011 über die Baubeiträge des Bundes an Einrichtungen für den Straf- und Massnahmenvollzug (SR 341.14); Bundesgesetz vom 5. Oktober 1990 über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz) (SuG, SR 616.1).

¹⁹ Vgl. dazu Verordnung über den Vollzug der Weg- und Ausweisung von ausländischen Personen (VVWA) vom 11. August 1999 (SR 142.281) und der Verordnung des EJPD über die Baubeiträge des Bundes an Einrichtungen für den Vollzug der ausländerrechtlichen Zwangsmassnahmen vom 22. September 2014 (SR 142.281.3), insbesondere Art. 15k VVWA (SR 142.281).

²⁰ Vgl. dazu Bundesgesetz über die Kommission zur Verhütung von Folter vom 20. März 2009 (SR 150.1).

Die Kosten für den Betrieb der Anstalten der Untersuchungs- und Sicherheitshaft, des Freiheitsentzugs gemäss den Bestimmungen des Strafgesetzbuches²¹ und für die Freiheitsentziehenden Massnahmen²² trägt der jeweilige Sitzkanton der Anstalten. Die Kosten des Strafvollzugs, auch Kostgelder genannt, werden vom Kanton getragen, in welchem das Strafverfahren eröffnet wurde oder der das Strafurteil erlassen hat.²³ Die Kosten der Untersuchungs- und Sicherheitshaft werden den Prozesskosten zugeschlagen.

Im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs an Erwachsenen haben sich die Kantone zu drei sogenannten Strafvollzugskonkordaten zusammengeschlossen.²⁴ Diese koordinieren die Planung, den Bau und den Betrieb der kantonalen Konkordatsanstalten, erlassen Minimalstandards und wirken zudem auf die Harmonisierung der Gesetzgebung und der Vollzugspraxis in den Kantonen hin.

Die Kommission für Strafvollzug und Anstaltswesen der Konferenz der kantonalen Justiz- und Polizeidirektorinnen und -direktoren (KKJPD), die den Namen «Neunerausschuss» trägt,²⁵ stellt in diesem Verbundsystem die Koordination zwischen den drei Konkordaten und dem Bund sicher.

Der Freiheitsentzug in der Schweiz stellt somit eine klassische Verbundaufgabe zwischen dem Bund und den Kantonen dar. Die einschlägigen rechtlichen Grundlagen sind aufgrund der gewählten und gelebten Organisationsform auf den verschiedensten Hierarchieebenen verteilt. Es finden sich Regelungen im Völkerrecht, in der Bundesverfassung, in der Bundesgesetzgebung auf Gesetzes- und Verordnungsstufe. Interkantonales Recht im Rahmen der Konkordatsverträge und deren Ausführungsbestimmungen verfeinern den rechtlichen Rahmen. Letztendlich ist jedoch jeder der 26 Kantone verpflichtet, die Rechte und Pflichten der Insassen und des Vollzugspersonals zu normieren, wie auch die Behördenorganisation und das Verfahren für die Vollstreckung der Strafurteile zu regeln.

²¹ Art. 40 f. StGB.

²² Art. 56 ff. StGB.

²³ Art. 372 StGB; vgl. dazu auch D. SCHÄRER, Kostentragung der Vollzugskosten, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014; C. KOLLER, Kostgelder, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014.

²⁴ Siehe Fn. 12; vgl. auch <www.konkordate.ch> (21.6.2016), vgl. dazu auch D. SCHÄRER, Konkordate, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 251 ff.

²⁵ Vgl. <www.kkjpd.ch/de/organisation/staendige-kommissionen/neunerausschuss> (21.6.2016).

II. Aktuelle Situation in den Kantonen

1. Im Straf- und Massnahmenvollzug

Der Freiheitsentzug in der Schweiz darf nach Rechtsprechung²⁶ und Lehre²⁷ kein zusätzliches Strafübel umfassen, welches nicht als ein direkter Ausfluss des Entzugs der persönlichen Freiheit oder der Einschränkung der Bewegungsfreiheit darstellt.²⁸ Dies gilt auch für den Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft.²⁹ Einschränkungen der Häftlinge, welche über den eigentlichen Zweck der strafprozessualen Haft hinausgehen und nicht mit konkreten Argumenten für die Aufrechterhaltung der Ordnung und Sicherheit der Anstalt einhergehen, sind aus verfassungsrechtlicher Sicht unzulässig.³⁰

Grössere Vollzugsanstalten des Straf- und Massnahmenvollzugs verfügen in der Regel über eine bauliche und technische Infrastruktur, welche die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben ermöglicht. Notwendig dazu ist eine genügend grosse Anzahl modern ausgerüsteter Arbeitsplätze, damit die Insassen sich beruflich qualifizieren können. Zudem wird eine hausinterne Schule mit Lehrkräften vorausgesetzt,³¹ um im Bereich der Aus- und Weiterbildung realitätsbezogene und auf die Bedürfnisse der Insassen zugeschnittene Angebote zu machen. Des Weiteren sind ebenfalls geeignete Anlagen erforderlich, damit die Insassen einer sinnvollen Freizeitbeschäftigung nachgehen können, sei es im Bereich des Sportes, der Kultur oder der Unterhaltung. Neben diesen baulichen Grundvoraussetzungen benötigen die Anstalten zur Umsetzung des Vollzugszieles eine ausreichend grosse Anzahl von qualifizierten Mitarbeitern. Es handelt sich dabei um spezialisiertes Aufsichts- und Betreuungspersonal, um Arbeitsmeister, welche idealerweise eine agogische Weiterbildung absolviert haben, um pädagogisch, therapeutisch, medizinisch, kriminologisch und juristisch sowie ökonomisch ausgebil-

²⁶ BGE 119 IV 125, 126, 118 IV 337, 340, 120 IV 1, 4, 122 IV 56, 59, 124 IV 246-253.

²⁷ Vgl. dazu B.F. BRÄGGER, in: M.A. Niggli/H. Wiprächter (Hrsg.), Basler Kommentar StGB I, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 74 N 9 ff. und Art. 75 N 8 ff.; B.F. BRÄGGER, Einige kritische Gedanken zum so genannt modernen Strafvollzug in der Schweiz, in: M.A. Niggli/J. Hurtado Pozo/N. Que-
loz (Hrsg.), Festschrift für Franz Riklin, Zürich/Basel/Genf, 2007, 71-76.

²⁸ Zur Frage der Verhältnismässigkeit der Beschränkung der persönlichen Freiheit vgl. dazu, A. TSCHENTSCHER, in: BSK BV (Fn. 3), Art. 10 N 38, mit der dort zitierten Rechtsprechung; J. KÜN-
ZLI/N. FREI/M. SCHULTHEISS, Untersuchungshaft – Menschenrechtliche Standards und ihre Um-
setzung in der Schweiz, Bern, 11. Mai 2015, 30 f., <[http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/ju-
stiz/publikationen/studie-untersuchungshaft.html](http://www.skmr.ch/de/themenbereiche/ju-
stiz/publikationen/studie-untersuchungshaft.html)> (22.6.2016) im Allgemeinen: MARKUS/MÜL-
LER, Verhältnismässigkeit, Gedanken zu einem Zauberwürfel, Bern 2013.

²⁹ Ziff. 5 REC(2006)13, vgl. Art. 212 StPO, KÜNZLI/FREI/SCHULTHEISS (Fn. 28), 9-12.

³⁰ Vgl. dazu BGE 122 I 18 Erw. 3. II 3f/aa: Gemäss diesem Entscheid können strafprozessual Inhaf-
tierte ihren Lebensstil (in den Schranken des Haftzwecks und der Anstaltsordnung) frei wählen;
zum Ganzen vgl. insbesondere auch: KÜNZLI/FREI/SCHULTHEISS (Fn. 28), 11.

³¹ Art. 82 f. StGB; vgl. dazu D. SCHÄRER, Aus- und Weiterbildung von Gefangenen, in: B.F. Bräg-
ger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014.

detes Personal. Hinzu kommen der administrative Bereich und schliesslich alle Funktionen, welche im Zusammenhang mit der aktiven und passiven Sicherheit³² der Anstalt stehen. Fremdsprachenkenntnisse sind auf Grund des hohen Ausländeranteils im Vollzug ein zusätzlicher Pluspunkt. Alle diese verschiedenen Berufsgruppen mit unterschiedlichen Aufgaben und Tätigkeitsfeldern sowie Rollenverständnissen gilt es während und auch nach dem Vollzug zu koordinieren sowie aufeinander abzustimmen. Als wesentliche Hindernisse dabei entpuppen sich immer wieder die sehr unterschiedlichen Wertehaltungen und Menschenbilder der verschiedenen Berufsgruppen.³³

2. Im Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft

Kleinere Vollzugsanstalten und insbesondere die überwiegende Mehrheit der kantonalen Untersuchungsgefängnisse verfügen weder über die notwendige bauliche Infrastruktur noch über das erforderliche Personal, um einen zeitgemässen und den internationalen Empfehlungen und Standards entsprechenden Vollzug der strafprozessualen Haft zu gewährleisten.³⁴ Insbesondere der knappe Personalschlüssel im Aufsichts- und Betreuungsdienst und der Mangel an Fachdienstpersonal führt dazu, dass kaum systematische Eintrittsabklärungen erfolgen, welche den somatischen und psychischen Status sowie auch die soziale Situation vor der Inhaftierung erheben. Dies widerspricht den Empfehlungen des Europarats und des CPT³⁵ und kann auch dazu führen, dass (übertragbare) Krankheiten oder vorhandenen Suizidtendenzen nicht oder nur zu spät erkannt werden. Geeignete Beschäftigungsmöglichkeiten oder Freizeitangebote, welche über den TV-Konsum in der Zelle hinausgehen, fehlen weitgehend. Wenn Arbeit angeboten werden kann, ist diese häufig sehr monoton, wenig anspruchsvoll und wird im Grundsatz zuerst den Strafgefangenen zugewiesen. Ein schulisches Angebot, welches erlauben würde, die vielfach vorhandenen Lücken der Inhaftierten zu schliessen, fehlt fast in allen Untersuchungsgefängnissen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die überwiegende Mehrzahl der Untersuchungs- und auch Sicherheitshäftlinge in der Schweiz heute im Grundsatz während 23 Stunden in der Zelle eingeschlossen sind und sich eine Stunde pro Tag im Spazierhof aufhalten dürfen. Aufgrund der Kollusionsgefahr ist eine grosse Anzahl von Untersu-

³² Vgl. insbesondere für die Unterscheidung zwischen der sog. aktiven von der sog. passiven Sicherheit B.F. BRÄGGER, Sicherheit, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014.

³³ Vgl. dazu BRÄGGER, Festschrift Riklin (Fn. 27), 77 f.

³⁴ KÜNZLI/FREI/SCHULTHEISS (Fn. 28), 31-62.

³⁵ REC(1998)7, REC(2006)2 Ziff. 40.1 ff., REC(93)6, REC(89)14; vgl. dazu auch: B.F. BRÄGGER, Gefängnismedizin, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014.

chungsgefangenen alleine in einer Einzelzelle³⁶ untergebracht und verbringt somit 23 Stunden am Tag ohne jegliche sozialen Kontakte.³⁷

3. Kurze Würdigung

Als vorläufiges Fazit kann somit festgehalten werden, dass für die konkrete Ausgestaltung der Haft, d.h. für die Festlegung der sog. materiellen Haftbedingungen in der Untersuchungs- und Sicherheitshaft die einzelnen Kantone zuständig sind. Weder die drei Strafvollzugskonkordate noch die KKJPD befassen sich im Grundsatz mit Fragen dieser Haftregime. Dies führt dazu, dass im Gegensatz zum Straf- und Massnahmenvollzug keine interkantonalen Richtlinien oder Standards für diese Haftarten bestehen. Hinzu kommt, dass der Bund den Kantonen nur im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzugs sowie der ausländerrechtlichen Administrativhaft Subventionen für den Anstaltsbau ausbezahlt. Die finanziellen Leistungen des Bundes sind zudem an die Bedingungen geknüpft, dass einerseits ein interkantonales Bedürfnis für die zu erstellenden Haftplätze besteht, und andererseits die kantonalen Bauprojekte die internationalen und bundesrechtlichen Standards³⁸ erfüllen. Dies kommt deutlich in der Zielsetzung des Bundesgesetzes über die Leistungen des Bundes für den Straf- und Massnahmenvollzug³⁹ zum Ausdruck: Artikel 1 legt fest, dass die in diesem Gesetz vorgesehenen finanziellen Leistungen des Bundes dazu beitragen sollen, die einheitliche Anwendung der Vorschriften und Grundsätze des Straf- und Massnahmenvollzugsrechts sicherzustellen. Eine vergleichbare Regelung fehlt für den Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft.

Abschliessend kann somit festgehalten werden, dass es in der Schweiz aktuell kein interkantonales politisches Organ gibt, welches sich mit Fragen der Planung und Koordination der Untersuchungshaftplätze in den Kantonen oder der Standards zu den konkreten Haftbedingungen beschäftigt. Dies führt zu *frappanter föderalismusbedingten Unterschieden in der Ausgestaltung der Untersuchungshaft in den einzelnen Kantonen. Diese sind mangels Geltung der Strafvollzugskonkordate für die Untersuchungshaft und der Nichtanwendbarkeit der Strafvollzugsgrundsätze von Art. 74 und 75 StGB weit pointierter als im ebenfalls primär durch das kantonale Recht geregelten Strafvollzug. Ferner trägt auch das Fehlen öffentlich zugänglicher gesamtschweizerisch geltender Standards der Staatsanwaltschaften zur Zulässigkeit der Beschränkung der Aussenkontakte zu diesen Divergenzen bei. Dazu kommt die Zersplitterung der Gefängnislandschaft in viele kleine und sehr kleine Gefängnisse, welchen teilweise die Ressourcen*

³⁶ Zur Unterscheidung von Einzelunterbringung und Einzelhaft vgl. B.F. BRÄGGER, Einzelhaft, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014.

³⁷ Vgl. dazu: Die Untersuchungshaft wird missbraucht, pläd 5/2015, 8 ff.

³⁸ Vgl. dazu B.F. BRÄGGER, Anstaltsbau, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014.

³⁹ SR 341.

und die Infrastruktur für einen rechtskonformen Vollzug fehlen.⁴⁰ Der Autor dieses Beitrages kann diese Feststellungen aus eigener Erfahrung leider nur bestätigen.

Als Zwischenfazit kann bereits festgehalten werden, dass die heute noch sehr gebräuchliche strikte Absonderung der Inhaftierten, gestützt auf den strafprozessualen Grundsatz der Verhinderung der sog. Kollusion im Lichte der internationalen Standards und im Sinne des Verhältnismässigkeitsprinzips zwingend zeitlich zu begrenzen ist. Eine über Monate, ja Jahre dauernde Isolierung der Gefangenen für 23 Stunden am Tag in der Zelle - wie dies in der Schweiz noch weitgehend üblich ist - entspricht nicht mehr den internationalen Empfehlungen und ist somit zu vermeiden.

III. Internationale und nationale Standards

1. Im Allgemeinen

Die Europäischen Gefängnisregeln (*European Prison Rules*) oder auch Europäische Strafvollzugsgrundsätze genannt, sind Empfehlungen des Europarates⁴¹ für seine Mitgliedstaaten. Sie geben die gemeinsame Rechtsüberzeugung dieser Länder zum Ausdruck und gehen auf die Mindestgrundsätze der Vereinten Nationen für die Behandlung von Gefangenen des Jahres 1955⁴² zurück. Die heute gültige Fassung ist am 11. Januar 2006 vom Ministerkomitee des Europarates beschlossen worden.⁴³ Diese Mindestregeln sind in den beiden offiziellen Sprachen des Europarates (englisch und französisch) abgefasst.⁴⁴ Die Mitgliedsstaaten des Europarates haben sich dazu verpflichtet, die Europäischen Gefängnisregeln dem Vollzugspersonal und den Gefangenen in der jeweiligen Landessprache bekannt zu machen.⁴⁵ Die deutsche Übersetzung für die Schweiz ist im Internet auf der Webseite des Bundesamtes für Justiz publiziert.⁴⁶ Neben den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen sind für den Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft insbesondere auch **REC(2006)13** über die Anwendung von Untersuchungshaft, die Bedingungen, unter denen sie vollzogen wird und Schutzmassnahmen gegen Missbrauch, die **REC(87)7** über ethische und organisatorische Aspekte der Gesundheitsversorgung im Gefängnisbereich und die **REC(93)6** über vollzugsrechtliche und kriminologische Aspekte der Kontrolle übertragbarer Krankheiten -

⁴⁰ KÜNZLI/FREI/SCHULTHEISS (Fn. 28), 4.

⁴¹ Vgl. <<http://www.coe.int/de/>> (23.6.2016).

⁴² <<http://www.un.org/depts/german/menschenrechte/gefangene.pdf>> (22.6.2016).

⁴³ REC(2006)2.

⁴⁴ Diese Empfehlungen sind nach ihrem Wortlaut sowohl auf den Straf- und Massnahmenvollzug als auch auf das Untersuchungshaftregime anwendbar.

⁴⁵ Vgl. dazu das Stichwort «Europäische Gefängnisregeln» in Wikipedia, <https://de.wikipedia.org/wiki/Europ%C3%A4ische_Gef%C3%A4ngnisregeln> (22.6.2016).

⁴⁶ <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/smv/rechtsgrundlagen/international/europarat.html>> (22.6.2016).

insbesondere AIDS - und die damit zusammenhängenden Gesundheitsprobleme im Gefängnis sowie die **REC(89)14** zu den ethischen Auswirkungen der HIV-Infektion auf das Gesundheits- und Sozialwesen von Bedeutung.

Die Empfehlungen des Europarats werden als sog. *Soft Law* qualifiziert.⁴⁷ Das Schweizerische Bundesgericht hat diese als «wichtige Richtlinien für eine moderne strafrechtliche Freiheitsentzugspraxis, zur Wahrung des Grundrechts der Achtung der Menschenwürde und des auch den Gefangenen zukommenden verfassungsmässigen Mindestanspruchs auf persönliche Freiheit» umschrieben.⁴⁸ Es wendet diese bei Fragen der Einschränkung der persönlichen Freiheit der Gefangenen als Auslegungshilfe an, um einen verfassungs- und EMRK-konformen Vollzug zu garantieren.

Die internationalen Kontrollorgane, namentlich das «European Committee for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment» (nachfolgend: CPT), wie auch der nationale Kontrollmechanismus, d.h. die Nationale Kommission zur Verhütung von Folter,⁴⁹ wenden die vom Europarat erlassenen Empfehlungen zum Freiheitsentzug bei ihren Inspektionen der Haftinfrastruktur als sog. Minimalstandards an.⁵⁰ Die Mitgliedsstaaten des Europarates haben ihren Freiheitsentzug an diesen Standards auszurichten. Anderenfalls werden die Haftbedingungen in den Kontrollberichten des CPT gerügt.

Das CPT hat im Jahre 2002 erstmals die sog. «**CPT Standards**»⁵¹ veröffentlicht. In diesem Dokument werden die wesentlichen Erkenntnisse aus der Tätigkeit des CPT ausgewertet. Es bildet den Massstab des vom CPT während seinen Kontrollen angelegten Minimalstandards der Haftbedingungen. *Das CPT würdigt die Zustände [in den Anstalten des Freiheitsentzugs] relativ umfassend und berücksichtigt neben handfesten Faktoren wie z.B. der Zellengrösse und sanitären Anlagen auch die allgemeine Atmosphäre in Haftanstalten und den Umgang zwischen Gefangenen und Personal. Vielfach ist auch die Überfüllung von Haftanstalten ein neuralgischer Punkt.*⁵²

⁴⁷ Vgl. dazu M. IMPERATORI, Empfehlungen des Europarates, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 153 f.

⁴⁸ BGE 118 Ia 64, 70, mit Hinweisen auf mehrere frühere Entscheide.

⁴⁹ Vgl. <www.nkvf.admin.ch/nkvf/de/home/ueber-uns.html> (22.6.2016).

⁵⁰ Die Schweiz hat Europäisches Übereinkommen zur Verhütung von Folter und unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe (SR 0.106) am 7. Oktober 1988 ratifiziert. Es ist am 1. Februar 1989 in Kraft getreten und regelt die Modalitäten, unter welchen das CPT die Schweizerischen Anstalten inspizieren kann, in denen Menschen gegen ihren Willen zurückgehalten werden.

⁵¹ CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2010, <<http://www.cpt.coe.int/lang/deu/deu-standards.pdf>> (22.6.2016).

⁵² G. FIOKA, CPT, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 125.

Ebenfalls von grosser Bedeutung für die Ausgestaltung des Vollzugs ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR).⁵³ Dieser kann mittels einer sog. Individualbeschwerde von Bürgern der Mitgliedstaaten des Europarats angerufen werden, wenn diese eine Verletzung ihrer durch die Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK)⁵⁴ geschützten Menschenrechte geltend machen. *Der Gerichtshof hat mit seiner Rechtsprechung zur EMRK u.a. auch Minimalgarantien zu den Haftbedingungen in Europa gesetzt. Entsprechen die Haftbedingungen diesen Vorgaben nicht, kann ein Staat wegen Verletzung von Art. 3 EMRK (Folter und unmenschliche Behandlung) verurteilt werden.*⁵⁵

2. Im Besonderen

In seinem neuesten Dokument⁵⁶ hat das CPT die wesentlichen Punkte für einen menschenrechtskonformen Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft zusammengefasst. Es hält darin fest, dass die den Inhaftierten in der Zelle zur Verfügung stehende Fläche nur einer von vielen Faktoren sei, um festzustellen, ob die Haftbedingungen inhuman oder erniedrigend seien, was als Konventionsverletzung zu werten sei. So sollte eine Zelle von 8 bis 9m² Fläche nicht mehr als einen Gefangenen, eine Zelle von max. 12m² nicht mehr als zwei Inhaftierte beherbergen.⁵⁷

Das Schweizerische Bundesgericht hat in seinen Urteilen zum chronisch massiv überbelegten Gefängnis Champ-Dollon (GE) festgehalten, dass in dieser Anstalt in verfassungswidriger Weise die Grundrechte der Inhaftierten missachtet würden, namentlich die Menschenwürde. Dabei stützt sich unser höchstes Gericht auf einen minimalen Platzanspruch von 4m² zuzüglich des Sanitärbereichs ab, sofern die Haft nicht länger als 3 Monate dauert.⁵⁸ In öffentlicher Beratung hat es festgestellt, *dass die Belegung einer für drei Gefangene vorgesehenen Zelle mit einer Bruttofläche von 23m² mit sechs Gefangenen Gesetz, Verfassung und Konvention verletzen kann, wenn sie sich auf nahezu drei aufeinanderfolgende Monate erstreckt und mit anderen Mängeln, wie der Einschlussung in der Zelle während 23 von 24 Stunden, verbunden ist. Dagegen verletzt die Belegung einer Zelle mit einer Bruttofläche von 12m² mit drei Gefangenen,*

⁵³ Vgl. <<http://www.coe.int/en/web/portal/gerichtshof-fur-menschenrechte>> (22.6.2016).

⁵⁴ Die EMRK wurde in Rom am 4. November 1950 abgeschlossen und von der Bundesversammlung am 3. Oktober 1974 genehmigt. Die Konvention ist für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getreten (SR 0.101).

⁵⁵ G. FIOKA, Völkerrechtliche Verträge, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 501.

⁵⁶ CPT/Inf(2015)44, <<http://www.cpt.coe.int/fr/documents-travail/cpt-inf-2015-44-fra.pdf>> (03.7.2016).

⁵⁷ CPT/Inf(2015)44, Ziff. 17.

⁵⁸ BGE 140 I 125; BGer 1B_335/2013, 1B_336/2013, 1B_404/2013 alle vom 28.2.2014; 1B_239/2015 und 1B_152/2015 vom 29.9.2015.

*auch wenn dies eine schwierige Haftbedingung darstellt, für sich allein die Menschenwürde nicht.*⁵⁹

Die Zahl von 4m² steht mit dem absoluten Minimalanspruch des CPT im Einklang, welches stipuliert, dass eine Zelle für eine Person auf keinen Fall kleiner sein darf als 4m², zuzüglich 2m² für den Sanitärbereich, namentlich die Toilette und das Lavabo, welches vollständig vom Haftraum abgetrennt und mit einer Lüftung versehen sein muss. Das CPT hält jedoch fest, dass diese minimalen Haftbedingungen auf keinen Fall als europäische Standards gelten dürften. Die vom Bundesgericht ebenfalls erwähnte Bruttofläche von 12m² für drei Gefangene steht hingegen in einem klaren Widerspruch zum CPT-Standard, der besagt, dass eine Zelle von max. 12m² nicht mehr als zwei Inhaftierte beherbergen darf.⁶⁰ Das Bundesgericht sollte nach der hier vertretenen Meinung seine Rechtsprechung in diesem Punkt schnellst möglich anpassen.

Die in der Schweiz geltenden Normen im Straf- und Massnahmenvollzug sind im Handbuch des Bundesamtes für Justiz und des Bundesamtes für Bauten und Logistik geregelt.⁶¹ Die aktuell noch gültige Ausgabe des Jahres 1999 wird zurzeit revidiert. Demzufolge muss eine Einzelle 12m² gross sein (Wohnbereich 10m², abgetrennter Nassbereich für Toilette und Lavabo 2m²). Eine Zweierzelle muss in der Schweiz mindestens 18m² (Wohnbereich 16m², abgetrennter Nassbereich für Toilette und Lavabo 2m²) und eine Dreierzelle mindestens 24m² (Wohnbereich 22m², abgetrennter Nassbereich für Toilette und Lavabo 2m²) Fläche aufweisen. Grössere Hafträume als die Dreierzelle sieht das Bundesbaumanual nicht vor.⁶² Nach der hier vertretenen Meinung müsste sich die Grösse der Zellen für Untersuchungs- und Sicherheitshaft an diesen Normen ausrichten. Gilt doch in der Untersuchungshaft die Unschuldsvermutung,⁶³ weshalb diese Inhaftierten sicherlich nicht schlechter zu stellen sind als Strafgefangene. Zudem soll sich der Vollzug dieser Haft an den Empfehlungen zum Strafvollzug ausrichten.⁶⁴

Neben der Grösse der Zelle wird auch der Sauberkeit und dem Unterhaltszustand der Anstalt im Allgemeinen und der Zellen im Besonderen ein spezielles Augenmerk geschenkt⁶⁵. Es gilt insbesondere zu verhindern, dass Parasiten irgendwelcher Art sich in

⁵⁹ Pressemitteilung des Schweizerischen Bundesgerichts 11.5.2/04_2014 vom 26. Februar 2014.

⁶⁰ CPT/Inf(2015)44, Ziff. 17.

⁶¹ Handbuch für Bauten des Straf- und Massnahmenvollzuges, <<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/smv/baubeitraege.html>> (23.6.2016). Aufgrund der Überarbeitung des Handbuches durch das BJ ist zurzeit keine Version des Handbuches online geschaltet.

⁶² BRÄGGER, Anstaltsbau (Fn. 38), 32.

⁶³ Art. 10 Abs. 1 StPO, REC(2006)13 lit. d der Präambel.

⁶⁴ REC(2006)13 Ziff. 5.

⁶⁵ Die nachfolgenden Aussagen stützten sich auf den Anhang des CPT/Inf(2015)44, 7 ab.

der Anstalt ausbreiten können. Die Zellen selbst müssen über genügend Tageslicht⁶⁶ und ausreichend frische Luft verfügen⁶⁷ und mit einer elektrischen Beleuchtung sowie einer Gegensprechanlage versehen sein. Die sanitären Anlagen müssen von der Zelle abgetrennt sein⁶⁸ und mit einer Lüftung versehen sowie in einem hygienisch einwandfreien Zustand sein. Sauberes Trinkwasser muss den Gefangenen jederzeit zur Verfügung stehen. Schliesslich muss die Zelle in der kalten Jahreszeit ausreichend geheizt sein. Die Insassen müssen täglich mindestens während einer Stunde sich unter freiem Himmel körperlich betätigen können.

Genügend grosse Spazierhöfe, welche neben Sport-, Freizeit- und Spielgeräten auch Sitzgelegenheiten aufweisen sowie teilweise begrünt sind, tragen in hohem Masse dem Wohlergehen und der Gesundheit der Gefangenen bei und sind ein ideales Mittel zum Abbau von Spannungen und Aggressionen unter den Insassen. Schliesslich sollte im Spazierbereich ein Unterstand oder eine Schutzinstallation vorhanden sein, welche die Insassen vor Regen, Schnee und starkem Sonnenschein schützen. Zudem bewährt es sich sowohl für das Personal als auch für die Insassen, wenn sich diese mehr als eine Stunde täglich im Freien aufhalten können. Schliesslich sollten die jeweiligen Spaziergruppen überschaubar bleiben und von Aufsichtspersonal begleitet werden. Gerade im Bereich der Untersuchungs- und Sicherheitshaft sind wir jedoch noch weit von diesen Vorstellungen entfernt.⁶⁹

Schliesslich untersucht das CPT auf seinen Inspektionen, wie viel Zeit die Inhaftierten ausserhalb der Zelle im sog. Aufschluss verbringen und Sozialkontakte mit Mitgefangenen pflegen können. Untersuchungs- und Sicherheitsgefangene sollten sich mindestens 8 Stunden pro Tag ausserhalb der Zelle aufhalten können und sinnvoll beschäftigt werden. Die Haftbedingungen dürfen nicht monoton sein. Die Insassen sollten einer geregelten Tagesstruktur nachgehen können, welche Beschäftigungs-, Aus- und Weiterbildungsaktivitäten sowie Freizeitangebote umfasst. Auch müssen den Gefangenen regelmässig Beziehungen zur Aussenwelt, namentlich die Kontakte zu nahen Angehörigen, ermöglicht werden.⁷⁰

⁶⁶ Die Insassen müssen bei Tage ohne künstliches Licht eine Zeitung lesen können.

⁶⁷ Idealerweise lassen sich die vergitterten Fenster öffnen, anderenfalls muss eine effiziente künstliche Lüftung installiert sein.

⁶⁸ Bei Mehrfachzellen muss der Sanitärbereich vollständig von der Zelle getrennt, d.h. bis zur Decke mit einer Mauer abgetrennt und mit einer Türe versehen sein.

⁶⁹ B.F. BRÄGGER, Spaziergang, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 423 f.

⁷⁰ Anhang des CPT/Inf(2015)44, 7.

IV. Verbesserungsvorschläge

1. Strukturelle und politische Erneuerungen

In einem kleinen föderalen Staatswesen wie der Schweiz, in welchem die teilweise sehr kleinen Gliedstaaten für den Freiheitsentzug zuständig sind, können gezielte und systematische Verbesserungen nur im Verbund der Kantone erreicht und umgesetzt werden, wie dies die Strafvollzugskonkordate für den Bereich des Straf- und Massnahmenvollzuges seit über 50 Jahre beweisen. Die Aufgabenbereiche der drei Vollzugskonkordate sollte deshalb erweitert werden, um die Untersuchungs- und Sicherheitshaft. Sodann sollten diese drei Vollzugsregionen konsolidierte Richtlinien, sog. Minimalstandards, für einen schweizweit harmonisierten und den internationalen Vorgaben entsprechenden Vollzug dieser Haftformen ausarbeiten. Diese müssten sodann mit der Schweizerischen Staatsanwälte-Konferenz abgeglichen werden.⁷¹ Für diese Anpassungen vorzunehmen sind die Kantone mit den drei Strafvollzugskonkordaten zuständig. Sie müssten eine Revision der Konkordatsvereinbarungen anstreben und sodann die erforderlichen Richtlinien zum Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft ausarbeiten lassen.

Die Planung der Haftplätze muss weiterhin überregional, ja überkonkordatlich erfolgen, wie dies zurzeit durch die Arbeitsgruppe Kapazitätsmonitoring der KKJPD erfolgt.⁷² Die KKJPD müsste sodann ihre Strukturen anpassen und ihre koordinative Tätigkeit zwischen den Konkordaten und den Kantonen auch auf die Untersuchungs- und Sicherheitshaft ausweiten.

Schliesslich müsste der Bund vermehrt in die Pflicht genommen werden. Die Bundesbehörden nehmen an den Verhandlungen für die Ausarbeiten von Staatsverträgen im Bereich des Freiheitsentzuges teil und empfehlen sodann deren Ratifizierung. Zudem ist die Bundesregierung gegenüber den internationalen Organisationen wie dem Europarat oder dem CPT die Ansprechperson. Durch diese Aktivitäten verpflichtet sie die Kantone zur Einhaltung der oben beschriebenen internationalen Mindeststandards im Freiheitsentzug. Als Garant dieser Standards müsste er nach der hier vertretenen Meinung stärker auf deren Einhaltung in den Kantonen hinwirken. Dies geht in einem föderalen Staatsmodell am besten, indem das geforderte Verhalten mittels Subventionen gefördert und belohnt wird, wie dies im Bereich des Straf- und Massnahmenvollzuges seit Jahrzehnten erfolgreich praktiziert wird. Auch staatsrechtlich überzeugt diese Vorgehensweise, wurde doch der Vollzug der Untersuchungs- und Sicherheitshaft seit dem Inkrafttreten der Schweizerischen Strafprozessordnung am 1. Januar 2011 grundsätzlich zu einem bundesrechtlichen Haftinstitut. Somit drängt sich eine zum Straf- und

⁷¹ Vgl. <<https://www.ssk-cps.ch/>> (23.6.2016).

⁷² Vgl. <<http://www.konkordate.ch/anstaltsplanung>> (23.6.2016).

Massnahmenvollzug analoge Subventionierung des Baus oder der Renovation der Haftanstalten gemäss Art. 234 Abs. 1 StPO auf. Hier ist das Bundesparlament gefordert, die einschlägige Subventionsgesetzgebung in diesem Sinne anzupassen.

2. Skizze einer idealen Untersuchungs- und Sicherheitshaft⁷³

Am Stichtag im September eines jeden Jahres befinden sich jeweils rund 1'900 Personen in der Schweiz in Untersuchungs- und Sicherheitshaft.⁷⁴ Diese Zahlen zeigen deutlich, dass es sich bei diesen Haftarten trotz des strafprozessualen Grundsatzes, der besagt, dass die beschuldigte Person in Freiheit bleibt,⁷⁵ um ein «Massengeschäft» handelt. Die Aufenthaltsdauer ist zudem sehr kurz. Der Median liegt bei 2 Tagen und der mittlere Aufenthalt beträgt rund 35 Tage.⁷⁶ Gestützt auf diese statistischen Daten rechtfertigt es sich, nach der hier vertretenen Meinung ein zweistufiges Untersuchungshaftregime einzuführen. In einer ersten Phase, die nicht länger als drei Monate dauern sollte,⁷⁷ findet ein sog. Initialhaftvollzug statt, der in diesem frühen Abschnitt des Verfahrens insbesondere die sog. Kollusionsverhinderung in den Vordergrund stellt. Dies hat eine starke Isolierung des Gefangenen zur Aussenwelt zur Folge und kann auch mit einer gänzlichen/teilweisen Absonderung der beschuldigen Person von Mitgefangenen einhergehen. Kurz gesagt, diese erste Phase des Untersuchungshaftvollzuges entspräche in etwa dem heutigen Standard, wonach der Beschuldigte 23 Stunden in seiner Zelle verbringt und eine Stunde Hofgang zur Verfügung hat. Nach drei Monaten Dauer müssten die Haftbedingungen zwingend gelockert werden, d.h. in einem liberaleren Regime gemäss den Empfehlungen des Europarats und des CPT vollzogen werden. Dieses liberale Regime müsste selbstredend auch immer für den Vollzug der Sicherheitshaft angewendet werden, besteht doch nach Anklageerhebung grundsätzlich keine Verdunkelungsgefahr mehr.

⁷³ Die Ausführungen ab Randnote 34 ff. folgen im Wesentlichen den vom Autor dieses Beitrags bereits im Schweizerischen Vollzugslexikon publizierten Überlegungen, vgl. dazu B.F. BRÄGGER, Untersuchungshaft, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 471 ff.

⁷⁴ <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/kriminalitaet-strafrecht/justizvollzug/platziert_e-inhaftierte.html> (23.6.2016).

⁷⁵ Art. 212 Abs. 1 Satz 1 StPO.

⁷⁶ Diese Berechnungen stützten sich auf die Erhebung der sog. angerechneten Tage Untersuchungshaft bei Strafurteilen Tabelle 19.3.3.2.1.5.2 des Bundesamtes für Statistik (BfS). Genauere Daten sind nicht verfügbar, da das BfS keine Individualstatistik der U-Haft führt.

⁷⁷ Die Frist von drei Monaten lehnt sich einerseits an die in Art. 227 Abs. 1 StPO stipulierte Frist, wonach die Staatsanwaltschaft vor Ablauf von 3 Monaten Haft ein Haftverlängerungsgesuch stellen muss, insofern das Zwangsmassnahmengericht keine Frist festgesetzt hat. Andererseits nahm auch das Bundesgericht in seinen Urteilen zu den Haftbedingungen im Genfer Gefängnis Champ-Dollon auf diese dreimonatige Frist Bezug. Danach müssen nach drei Monaten Dauer die Haftbedingungen in der Untersuchungshaft verbessert werden (vgl. dazu BGE 140 I 125; BGer 1B_335/2013, 1B_336/2013, 1B_404/2013 alle vom 28.2.2014).

Nachfolgende Überlegungen könnten als Orientierungshilfe bei der Umsetzung eines menschenwürdigen Haftregime gemäss dem CPT dienen:⁷⁸ Für die Ausgestaltung der materiellen Haftbedingungen haben sich die Behörden im Verlauf der Untersuchungs- und Sicherheitshaft von den Vorschriften leiten zu lassen, welche für Strafgefangene gelten. Insbesondere ist ihnen zu gestatten, zu arbeiten⁷⁹ und an Ausbildungs-, Freizeit- sowie Sportangeboten teilzunehmen. Auch sind Kontakte zur Aussenwelt nach erfolgter Bewilligung/Kontrolle durch die Verfahrensleitung zu ermöglichen.

Die Empfehlungen des Europarates sprechen in Bezug auf die Ausgestaltung der Untersuchungshaft eine klare Sprache (vgl. dazu insbesondere Ziff. 94.1 ff. REC(2006)2 und REC(2006)13): Als Grundsatz wird stipuliert, dass die Ausgestaltung des Vollzuges der Untersuchungs- und Sicherheitshaft nicht dadurch beeinflusst werden darf, dass der Untersuchungshäftling möglicherweise in Zukunft wegen einer Straftat verurteilt wird (Prinzip der Unschuldsvermutung). Zudem haben sich die Vollzugsbehörden bei der Behandlung der Untersuchungsgefangenen von den Vorschriften leiten zu lassen, welche für alle Gefangene, d.h. namentlich auch für die Strafgefangenen gelten. So kann die Verfahrensleitung den Untersuchungsgefangenen nicht systematisch alle Aussenkontakte unterbinden. Zudem ist ihnen Gelegenheit zu bieten, an den verschiedenen Aktivitäten, welche die Haftanstalt den Inhaftierten anbietet, teilzunehmen.

Soweit als möglich soll den Untersuchungsgefangenen die Einzelunterbringung zugestanden werden, es sei denn, die gemeinsame Unterbringung mit anderen Untersuchungsgefangenen sei für diesen namentlich aus gesundheitlichen Gründen vorteilhaft.

Gestützt auf den Grundsatz der Unschuldsvermutung ist es den Untersuchungshäftlingen zu gestatten, die eigenen Kleider zu tragen. Besitzen diese jedoch keine geeignete eigene Kleidung, muss die Anstalt den klimatischen Bedingungen angepasste Kleider zur Verfügung stellen. Diese müssen sich zwingend von der Anstaltskleidung der Strafgefangenen unterscheiden.

Die Anstaltsleitung muss dafür besorgt sein, dass die Untersuchungsgefangenen sich mit ihren Strafverteidigern ungestört treffen können und alle erforderlichen Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden, um die Verteidigung gebührend vorzubereiten.

Soweit die zuständige Verfahrensleitung kein konkretes und zeitlich begrenztes Verbot verfügt hat und es mit der Kollusionsgefahr vereinbar ist, dürfen die Untersuchungsge-

⁷⁸ Die nachfolgenden Überlegungen wurden bereits im Schweizerischen Vollzugslexikon wiedergegeben: B.F. BRÄGGER, Untersuchungshaft, in: B.F. Brägger (Hrsg.), Das Schweizerische Vollzugslexikon, Basel 2014, 471 ff.

⁷⁹ Gestützt auf die Unschuldsvermutung besteht für Untersuchungshäftlinge keine Arbeitspflicht, wie im Strafvollzug. Nichtsdestotrotz ist ihnen eine Beschäftigung anzubieten.

fangenen Besuche empfangen und Zugang zu Büchern, Zeitungen und anderen Nachrichtenmedien haben.

Wiederum gestützt auf die Unschuldsvermutung dürfen Untersuchungsgefangene nicht zur Arbeit verpflichtet werden. Dies würde einen klaren Verstoss gegen das Zwangsarbeitsverbot darstellen. Die Haftanstalt soll ihnen jedoch Gelegenheit zur Arbeit geben.

Neben dem täglichen einstündigen Spaziergang unter freiem Himmel, der vom Schweizerischen Bundesgericht als Mindeststandard bezeichnet wird, sollten die Untersuchungshäftlinge darüber hinaus regelmässig Zugang zu anderen Freizeit- und Sportaktivitäten haben. Die Anstaltsleitung ist sodann verpflichtet, sog. Kollisionsauflagen auch während des täglichen Spaziergangs zu beachten. Deshalb dürfen verschiedene Inhaftierte, welche in einem Verfahren gemeinsam als Beschuldigte verdächtigt sind, nie zusammen spazieren. Diese müssen in verschiedene Spaziergruppen eingeteilt werden, die zu unterschiedlichen Zeiten spazieren, um eine Kontaktnahme zu verhindern. Gewisse Anstalten können sog. Kollisionsgefangene auf Anordnung der Verfahrensleitung auch einzeln spazieren lassen.

Die Kontaktnahme der Inhaftierten mit der Aussenwelt muss aus prozessualen Gründen einheitlich geregelt werden, damit die Strafverfolgungsbehörden Kollisionsmöglichkeiten in allen Haftanstalten gleichmässig begrenzen können. Deshalb sind die Grundsätze der Kontaktnahme zur Aussenwelt in der StPO verankert. Als Grundsatz gilt, dass alle Kontakte von Untersuchungs- oder Sicherheitshäftlingen zur Aussenwelt der Bewilligung der Verfahrensleitung bedürfen (Art. 235 Abs. 1 StPO). Diese ist von den zuständigen Magistraten immer auch im Lichte der vorgängig aufgeführten Empfehlungen des Europarates zu erteilen oder abzulehnen.

Zudem kontrolliert die Verfahrensleitung die ein- und ausgehende Post, mit Ausnahme der Korrespondenz mit der Aufsichts- und Strafbehörden sowie mit dem Verteidiger. Während der Sicherheitshaft kann sie diese Aufgabe der Staatsanwaltschaft übertragen (Art. 235 Abs. 2 und 3 StPO). Die Anstaltsleitung trägt somit die Verantwortung, dass ohne Bewilligung der zuständigen Verfahrensleitung keine Kontakte zur Aussenwelt zugelassen werden. Die Kontaktnahme mit der Verteidigung wird bevorzugt gehandhabt. Die inhaftierte Person kann demzufolge mit der Verteidigung frei und ohne inhaltliche Kontrolle verkehren. Besteht begründeter Verdacht auf Missbrauch, kann die Verfahrensleitung mit Genehmigung des Zwangsmassnahmengerichts den freien Verkehr einschränken. Sie eröffnet die Beschränkung der inhaftierten Person und der Verteidigung vorgängig (Art. 235 Abs. 4 StPO). Bestehen begründete und konkrete sicherheitsrelevante Missbrauchsindizien, kann die Anstaltsleitung unverzüglich die notwendigen Massnahmen zur Aufrechterhaltung der Sicherheit, Ruhe und Ordnung in der Anstalt veranlassen. Betreffen diese Massnahmen den freien Verkehr mit der Verteidigung, informiert diese umgehend die zuständige Verfahrensleitung. Es versteht sich von selbst, dass sich auch Rechtsanwälte und Verteidiger den üblichen Eintritts- und

Besuchskontrollen zu unterziehen haben, welche gemäss der Hausordnung Gültigkeit haben. Darunter fallen beispielsweise die Kontrolle mittels Metalldetektor und dem Röntgengerät.

Besuche finden, wenn nötig unter Aufsicht statt (Art. 235 StPO). Sowohl die Verfahrensleitung als auch die Anstaltsleitung können anordnen, dass die Besuche nur in einem mit einer sog. Trennscheibe ausgestatteten Besucherraum durchgeführt werden. Erstere kann diese Restriktion mit der sog. Kollusionsgefahr begründen, letztere mit der Gefahr des Missbrauches des Besuches, namentlich durch Schmuggel. Im Regelfall sollten die Besuche jedoch ohne Trennscheibe durchgeführt werden, insbesondere nach Wegfall der Verdunkelungsgefahr.

Beurlaubungen aus der Untersuchungs- oder Sicherheitshaft können nicht gewährt werden. Andernfalls könnte ein nach einem Hafturlaub eingereichtes Haftentlassungsgesuch nicht abgewiesen werden, weil weder der Haftgrund der Flucht-, der Wiederholungs- noch der Kollusionsgefahr begründet aufrecht zu erhalten wäre. Über die Teilnahme eines Untersuchungshäftlings an einer Beerdigung eines nahen Verwandten oder an einem anderen unaufschiebbaren wichtigen und höchstpersönlichen Ereignis entscheidet die Verfahrensleitung. Das kurzzeitige Verlassen der Anstalt erfolgt dann nur unter polizeilicher Begleitung. Wenn nötig ist der Häftling dabei an den Händen und eventuell auch an den Füßen gebunden. Eine zivile Eheschliessung erfolgt ausnahmslos innerhalb der Anstalt im Besucherraum.