



Berücksichtigung von drohenden bedingten Strafen im Haftrecht

ADRIAN BIGLER*

DURI BONIN**

DIEGO R. GFELLER***



Die Autoren setzen sich kritisch mit dem unter der Herrschaft des alten StGB AT ergangenen BGE 124 I 208 auseinander, der apodiktisch festgehalten hat, die Möglichkeit einer bedingten Strafe sei bei der Beurteilung von Untersuchungshaft grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Sie legen dar, dass das Abstützen auf diesen veralteten Entscheid zu kurz greift und kommen zum Schluss, dass sich diese Rechtsprechung seit der Revision des AT StGB 2007 nicht mehr halten lässt. Zwangsmassnahmengeriichte haben die Verhältnismässigkeit aufgrund der konkreten Verhältnisse zu beurteilen, was die Prognose der Wahrscheinlichkeit des bedingten Strafvollzugs miteinschliesst.

Les auteurs critiquent la jurisprudence de l'arrêt ATF 124 I 208, rendu sous l'empire de l'ancienne partie générale du Code pénal (PG-CP), qui avait énoncé de manière péremptoire qu'en principe, dans l'appréciation d'une détention provisoire, la possibilité d'une peine avec sursis ne devait pas être envisagée. Ils expliquent pourquoi le fait de se fonder sur cette décision ancienne est insuffisant et concluent que, depuis la réforme de la PG-CP de 2007, cette jurisprudence n'est plus valable. Les tribunaux des mesures de contrainte doivent apprécier la proportionnalité sur la base d'éléments concrets, ce qui inclut l'examen de la probabilité d'un sursis.

Inhaltsübersicht

- I. Fragestellung
- II. Revisionen des Strafgesetzbuches seit BGE 124 I 208
- III. Veraltete Rechtsprechung?
- IV. Kritik an den Motiven der alten Rechtsprechung
- V. Wie es sein sollte
- VI. Tendenzen in der neueren Rechtsprechung

I. Fragestellung

Art. 42 Abs. 1 StGB schreibt vor, dass der Vollzug von Geldstrafen und Freiheitsstrafen bis zwei Jahre in der Regel bedingt aufzuschieben ist, sofern eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten. Bei der Beurteilung der Anordnung von Untersuchungshaft findet der Umstand einer zu erwartenden bedingten Strafe bisher nahezu keine Beachtung. Dieser fusst auf der Rechtsprechung des Bundesgerichts, welches namentlich im Jahre 1998 im BGE 124 I 208 E. 6 apodiktisch festgehalten hat, die Möglichkeit einer bedingten Strafe sei bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit von Untersuchungshaft grundsätzlich nicht zu berücksichtigen. Der vorliegende Beitrag geht der Frage nach, ob sich diese bundesgerichtliche Rechtsprechung heute noch halten lässt.

II. Revisionen des Strafgesetzbuches seit BGE 124 I 208

Am 1. Januar 2007 trat der revidierte allgemeine Teil (AT) des Strafgesetzbuches (StGB) in Kraft. Im Zuge dieser Überarbeitung erfuhr auch die Bestimmung über die Gewährung des bedingten Vollzugs eine Änderung. Per 1. Januar 2018 wurde diese Bestimmung – wenn auch nur marginal – erneut angepasst. Es bietet sich als Einstieg an, den Wortlaut der entsprechenden Gesetzestexte in den verschiedenen Versionen einander gegenüberzustellen.

Der Wortlaut der Bestimmung (Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB) lautete vor dem Jahr 2007 wie folgt:

Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB

1. Der Richter kann den Vollzug einer Freiheitsstrafe von nicht mehr als 18 Monaten oder einer Nebenstrafe aufschieben, wenn Vorleben und Charakter des Verurteilten erwarten lassen, er werde dadurch von weiteren Verbrechen oder Vergehen abgehalten, und wenn er den gerichtlich oder durch Vergleich festgestellten Schaden, soweit es ihm zuzumuten war, ersetzt hat.

Auch wenn es sich dabei um eine «Kann-Vorschrift» handelte, lag bereits unter dem Regime des alten AT StGB kein freies richterliches Ermessen vor. Waren die Voraussetzungen des bedingten Vollzugs gegeben, durfte der bedingte Vollzug nicht verweigert werden.¹ Dem Richter

* ADRIAN BIGLER, lic. iur., Rechtsanwalt, Rechtskraft Advokatur, Zürich.

** DURI BONIN, lic. iur., Rechtsanwalt, Bonin Uffer Rechtsanwälte, Zürich und Meilen.

*** DIEGO R. GFELLER, Dr. iur., Rechtsanwalt, Peyer Partner Rechtsanwälte, Zürich.

¹ Vgl. BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ, Art. 42 N 34, in: Marcel A. Niggli/Hans Wiprächtiger (Hrsg.), Strafrecht I, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2013 (zit. BSK StGB I-Verfasser). Bereits im alten Recht stellte «die Gewährung des bedingten Strafvollzugs keinen Gnadenakt» dar, sondern war ein Ausfluss der Spezialprävention. Waren alle Bedingungen erfüllt, durfte er nicht verweigert werden, wenn das vom Gesetz angestrebte Ziel im konkreten Fall erreicht

kam dabei allerdings ein weites Ermessen zu, in welches das Bundesgericht nur in Willkürfällen oder bei Ausserachtlassung wesentlicher Umstände durch die Vorinstanzen eingriff.² «Früher setzte der Aufschub der Strafe voraus, dass zu erwarten ist, der Verurteilte werde sich durch eine bedingt vollziehbare Strafe von weiteren Delikten abhalten lassen (Art. 41 Ziff. 1 aStGB). Die Erwartung künftigen Wohlverhaltens hatte eine sehr bestimmte zu sein. Der Täter musste zureichende Gewähr für eine dauernde Besserung bieten, um auf eine positive Prognose schliessen zu können (BGE 100 IV 9 E. 2 S. 11). Eine bloss unbestimmte Hoffnung, er werde sich künftig wohl verhalten, genügte für die Gewährung des bedingten Strafvollzugs nicht (BGE 100 IV 133).»³

Der Wortlaut der *bis Ende 2017* geltenden Bestimmung (Art. 42 Abs. 1 und 2 aStGB) war der Folgende:

Art. 42 Abs. 1 und 2 aStGB

¹ Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe, von gemeinnütziger Arbeit oder einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten und höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

² Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten oder zu einer Geldstrafe von mindestens 180 Tagessätzen verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen.

In den Fällen von Art. 42 Abs. 1 StGB hat ein bedingter Vollzug zu ergehen, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von weiterer Delinquenz abzuhalten. Mit anderen Worten wird seit der Revision des Strafgesetzbuches im Jahr 2007 eine *positive Legalprognose vermutet* und der Vollzug deshalb bei nicht oder nicht schwer vorbestraften Beschuldigten in der Regel aufgeschoben.⁴ Das Bundesgericht formulierte dies folgendermassen: «Die Gewährung des Strafaufschubes setzt mit anderen Worten nicht mehr die positive Erwartung voraus, der Täter werde sich bewähren, sondern es genügt die Abwesenheit der Befürchtung, dass er es nicht tun werde. Der Strafaufschub ist deshalb die Regel, von der grundsätzlich nur bei ungünstiger Prognose abgewichen werden darf. Er hat im breiten Mittelfeld der Ungewissheit den Vorrang.»⁵

werden konnte. Mit BGE 118 IV 97 wurde klargestellt, dass ein Rechtsanspruch auf den bedingten Vollzug bestand, sofern die Voraussetzungen erfüllt waren.

² BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ (FN 1), Art. 42 N 35.

³ BGE 134 IV 1 E. 4.4.2.

⁴ Vgl. BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ (FN 1), Art. 42 N 35 f.

⁵ BGE 134 IV 1 E. 4.2.2.

Daran wird auch die per 1. Januar 2018 in Kraft getretene Änderungen des Sanktionenrechts nichts ändern. Der Wortlaut von Art. 42 Abs. 1 und 2 StGB lautet neu wie folgt:

Art. 42 Abs. 1 und 2 StGB

¹ Das Gericht schiebt den Vollzug einer Geldstrafe oder einer Freiheitsstrafe von höchstens zwei Jahren in der Regel auf, wenn eine unbedingte Strafe nicht notwendig erscheint, um den Täter von der Begehung weiterer Verbrechen oder Vergehen abzuhalten.

² Wurde der Täter innerhalb der letzten fünf Jahre vor der Tat zu einer bedingten oder unbedingten Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten verurteilt, so ist der Aufschub nur zulässig, wenn besonders günstige Umstände vorliegen.⁶

III. Veraltete Rechtsprechung?

Wie oben gesehen, hat die Gesetzesbestimmung zum bedingten Vollzug schon mit der Revision 2007 des AT StGB eine bedeutende Änderung erfahren. Erstaunlich ist deshalb, dass das Bundesgericht⁷ dies im Rahmen der Haftprüfung nicht diskutiert hat, sondern ohne jegliche Begründung an der Rechtsprechung zum alten AT StGB festhält. Die Rechtsprechung anerkannte zwar Ausnahmen, in denen eine zu erwartende bedingte Strafe berücksichtigt werden konnte, «wenn es die konkreten Umstände des Einzelfalls gebieten.»⁸ Anwendungsfälle für Ausnahmen waren hierbei die grosse Wahrscheinlichkeit einer bedingten Entlassung nach zwei Dritteln der erstinstanzlich verhängten Freiheitsstrafe oder wenn die Strafe in einem Rechtsmittelverfahren noch verkürzt, aber nicht erhöht werden konnte.⁹

IV. Kritik an den Motiven der alten Rechtsprechung

Zurück zu BGE 124 I 208: Der Entscheid, die zu erwartende bedingte Strafe im Rahmen der Verhältnismässig-

⁶ AS 2016 1249 f.

⁷ Vgl. dazu beispielhaft auch BGE 125 I 60 E. 3d; 133 I 270 E. 3.4.2.; BGer, 1B_6/2007, 20.2.2007, E. 2.5; BGE 139 IV 270 E. 3.1 und BGer, 1B_375/2014, 15.12.2014, E. 2.2. Im letztgenannten Entscheid nahm das Bundesgericht auf Art. 42 Abs. 3 StGB Bezug, der dem Gericht die Möglichkeit einräumt, den bedingten Vollzug zu verweigern, wenn der Täter eine zumutbare Schadensbehebung unterlassen hat. Den Autoren ist aber kein Entscheid bekannt, in dem einem Täter der bedingte Vollzug mit der Begründung von Art. 42 Abs. 3 StGB verweigert worden wäre. Vgl. dazu auch BGer, 6B_341/2011, 10.11.2011, E. 2.5.

⁸ Vgl. z.B. BGer, 1B_153/2013, 17.5.2013, E. 2.4.

⁹ BGer, 1B_283/2015, 16.9.2015, E. 3.2, m.w.V.

keitsprüfung nicht zu berücksichtigen, wurde damit begründet, dass der Haftrichter dem Sachrichter, dem mit der «Kann-Vorschrift» von Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB (in der Version vor 2007) ein erhebliches Ermessen zugestanden wurde, *nicht vorgreifen wolle und dürfe*.¹⁰ Dem sind mindestens fünf Argumente entgegenzuhalten:

Erstens: Das Zwangsmassnahmengericht hat bei anderen Fragen sehr wohl eine Ermessensprüfung vorzunehmen, wie sie auch das Sachgericht letztendlich zu machen hat. Dies beispielsweise bei der Prüfung des dringenden Tatverdachts hinsichtlich der Prognose der Verurteilungswahrscheinlichkeit oder bei der Beurteilung, ob Überhaft vorliegt. Ein Vorgreifen ist somit geradezu verfahrensimmanent.

Zweitens: Die Anordnung respektive Aufrechterhaltung von Haft ist auch immer ein faktisches Vorgreifen. Dies schafft Fakten in dem Sinne, dass selbst eine bedingte Strafe zumindest teilweise vollzogen wird. Und dies *nota bene vor* einem Schuldspruch durch das Gericht und entgegen der Intention des Gesetzgebers, wonach im «weiten Mittelfeld der Ungewissheit» vom Grundsatz der bedingten Strafen auszugehen ist. Weshalb das vorgezogene Strafen, das der Intention des Gesetzgebers widerspricht, der Grundsatz sein soll, bleibt erklärungsbedürftig.

Diese Sichtweise passt auch zur Rechtsprechung des Bundesgerichts betreffend die Bildung von *Gesamtstrafen*: Dort wird festgehalten, dass eine Gesamtfreiheitsstrafe nicht zulässig sei, wenn sie eine Vorstrafe in eine schwerere Sanktion umwandle.¹¹ Mithin hat es das Bundesgericht unterbunden, dass eine widerrufenen bedingte Geldstrafe im Rahmen einer Gesamtfreiheitsstrafe sanktioniert wird, da dies zu einer unzulässigen Verschärfung der Strafart führen würde. Ein analoger Gedanke ist auch im Haftrecht angezeigt: Eine Umwandlung einer zu erwartenden bedingten Strafe in eine unbedingte Strafe erscheint – namentlich im Untersuchungsstadium, in dem bekanntlich der Grundsatz der Unschuldsvermutung gilt, – nicht zulässig.

Drittens: Es kann aufgrund der geänderten Art. 42 f. sowie Art. 86 StGB nicht mehr von Hypothesen und Spekulationen die Rede sein, wie es das Bundesgericht als Ar-

gument gegen das Vorgreifen anführt.^{12,13} Ein solches ist nicht mehr Hypothese oder Spekulation als alle anderen Abwägungen im Rahmen der Haftprüfung.¹⁴ Und selbst wenn man dies anders sehen wollte, wäre zumindest zu erklären, weshalb diese scheinbaren Hypothesen und Unsicherheiten dem Grundsatz nach zulasten der beschuldigten Person zu berücksichtigen sein sollen.¹⁵ Als Frage formuliert: Weshalb soll die strafsichernde Funktion wichtiger sein als die Grundrechte? Legt nicht die gesetzgeberische Wertung mit Blick auf den Ultima-ratio-Charakter der Haft und den Grundsatz *in dubio pro reo* das Gegenteil nahe? Darüber hinaus ist noch zu bedenken, dass der Vollzug von Untersuchungshaft strenger ausgestaltet ist als der Normalvollzug¹⁶ und mit der Einführung des neuen Sanktionenrechts auch etwas gegen die «kriminelle Ansteckungsgefahr»¹⁷ vorgekehrt werden sollte.

Viertens: Bereits der normative Gehalt des Verhältnismässigkeitsprinzips legt eine andere Sichtweise nahe (*in dubio pro libertate*¹⁸). Andernfalls ist die Zwangsmassnahme einschneidender als die Sanktion selbst.¹⁹ Entsprechend bleibt die bundesgerichtliche Position zumindest aus struktureller Sicht unverständlich: Diese *schwächt das verfassungsrechtliche Gerechtigkeits- und Kontrollinstitut*, indem es den Grundsatz «Zwangsmassnahmen dürfen nicht einschneidender als die Sanktion sein» zur

¹⁰ Vgl. in diesem Zusammenhang aber auch den späteren BGE 125 I 60 E. 3d, der in Bezug auf Art. 41 Ziff. 1 Abs. 1 aStGB festhält: «Im Übrigen ist der Beschwerdeführer darauf hinzuweisen, dass der bedingte Strafvollzug auch einem Ersttäter nicht in jedem Fall zu gewähren ist, sondern nur, wenn ihm eine gute Prognose gestellt werden kann.»

¹¹ BGE 137 IV 249 E. 3.4.3.

¹² BGE 133 I 270 E. 3.4.2; BGer, 1B_303/2013, 21.3.2014; 1B_23/2014, 31.1.2014; 1B_353/2013, 4.11.2013; 1B_181/2013, 4.6.2013, E. 4.2; 1B_31/2012, 9.2.2012, E. 2.4; 1B_20/2012, 1.2.2012, E. 2.3; 1B_422/2011, 6.9.2011, E. 5.2; 1B_104/2011, 24.3.2011, E. 3.2, m.w.H.; 1B_280/2008, 6.11.2008; 1B_51/2008, 19.3.2008, Plädoyer 4/2008, 73, m.w.H.

¹³ Vgl. auch DIEGO R. GFELLER/ADRIAN BIGLER/DURI BONIN, Untersuchungshaft, Ein Leitfadens für die Praxis, Zürich 2017, N 644; ebenso FABIO MANFRIN, Ersatzmassnahmenrecht nach Schweizerischer Strafprozessordnung, Ein Beitrag zur Konkretisierung des Verhältnismässigkeitsrechts im Haftrecht, Diss. Luzern, Zürich 2014, 194: «Der bedingte Vollzug ist hier die Regel, was folglich auch bei der Ermittlung der zulässigen Haftdauer zu beachten ist.» Siehe auch MATTHIAS HÄRRI, Auswirkungen der Unschuldsvermutung auf das Recht der Untersuchungshaft, AJP 2006, 1217 ff., 1223 f.; HASSEMER WINFRIED, Die Voraussetzungen der Untersuchungshaft, StV 1984, 38 ff., 41.

¹⁴ Umfassend zur neuen Gewichtung im allgemeinen Teil des StGB siehe MANFRIN (FN 13), 193 f.

¹⁵ MANFRIN (FN 13), 26 sowie 194; RENÉ WIEDERKEHR, Fairness als Verfassungsgrundsatz, Bern 2006, 130.

¹⁶ GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 45, 599 ff. und 898 ff.

¹⁷ GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 605.

¹⁸ Art. 10 Abs. 2 und 3 BV, Art. 5 Ziff. 1 EMRK, Art. 9 Ziff. 3 Satz 2 Internationaler Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (SR 0.103.2; in Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992), Art. 212 Abs. 1 Satz 1 StPO.

¹⁹ GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 584 sowie namentlich N 639.

Ausnahme erklärt – und dies (abermals) entgegen der klaren Intention des Gesetzgebers.

Fünftens: Betrachtet man die statistischen Angaben zur Anrechnung von Untersuchungshaft an eine Verurteilung, so erhellt, dass von allen Verurteilungen mit einer angerechneten Untersuchungshaft lediglich 33% zu einer Verurteilung mit einer unbedingten oder teilbedingten Freiheitsstrafe führen.²⁰ Dies sollte unseres Erachtens dafür sprechen, Haft bei zu erwartenden bedingten oder teilbedingten Strafen – also im «breiten Mittelfeld der Ungewissheit» – nicht oder nur äusserst zurückhaltend anzuordnen.

Was in solchen Fällen das Gewicht des öffentlichen Interesses anbelangt, so bringt dies MANFRIN mit Bezugnahme auf ALBRECHT wie folgt auf den Punkt: «*Das öffentliche Interesse an der Ergreifung einer strafprozessualen Massnahme ändert sich in so gelagerten Fällen entscheidend. Die Haft hat im Falle eines in Aussicht stehenden bedingten Strafvollzugs lediglich noch verfahrenssichernde und nicht auch strafvollstreckungssichernde Funktion. Dieser Umstand hat zwingend in die Interessenabwägung im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung miteinzufliessen mit der Konsequenz, dass nur noch geringere – hier kürzere – Grundrechtseingriffe unter dem Aspekt der Zumutbarkeit zu rechtfertigen sind.*»²¹

V. Wie es sein sollte

Die Autoren vertreten die Meinung, dass mit der Revision 2007 des AT StGB und der damit in Art 2 Abs. 1 StGB eingeführten Vermutung des bedingten Vollzugs in die Erwägungen der Zwangsmassnahmengerichte zwingend Gedanken einzubeziehen sind, ob bei Erhärtung des Tatverdachts allenfalls nur eine bedingte oder teilbedingte Strafe zu erwarten ist. Das Bundesgericht betont regelmässig, dass bei der Haftprüfung keine Präsumtionen erfolgen dürfen, sondern die Verhältnismässigkeit «auf-

grund der konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles zu beurteilen» sei.²² Im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung wäre folgerichtig die Frage nach der Angemessenheit der Eingriffsintensität unterschiedlich zu gewichten, je nachdem ob eine bedingte, teilbedingte oder unbedingte Strafe realistischerweise zu erwarten ist.

Das Zwangsmassnahmengericht hat somit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung zwingend zu untersuchen, ob im konkreten Fall – vorausgesetzt, die staatsanwaltschaftliche Anklagehypothese liesse sich erstellen – ein bedingter Vollzug infrage käme. Bei Ersttätern und einer zu erwartenden Sanktion von maximal zwei Jahren Freiheitsstrafe wäre sodann vom Grundsatz auszugehen, dass eine allfällige Strafe bedingt ausgesprochen werden dürfte. Gerade in Straffällen, in denen Strafmassempfehlungen existieren, lässt sich die Höhe einer zu erwartenden Strafe relativ eng umgrenzen. Dies betrifft beispielsweise das Betäubungsmittelstrafrecht und weitere Massendelikte. Zwar ist auch bei Ersttätern mit einer zu erwartenden Freiheitsstrafe von maximal zwei Jahren der bedingte Vollzug nicht zwingend. Im Verfahren vor dem Zwangsmassnahmengericht müssten indes die Gründe, welche gegen die Legalbewährung sprechen, im Einzelnen geprüft und im Entscheid begründet werden.

Unter dem Regime des neuen Sanktionenrechts ab 1. Januar 2018 wird im Übrigen bei der Verhältnismässigkeitsprüfung auch zu prüfen sein, ob aufgrund von Art. 79b Abs. 1 StGB nicht die Vollzugsform des Electronic Monitoring infrage kommt. Ist aufgrund der bekannten Fakten davon auszugehen, dass eine allfällige Freiheitsstrafe in der Vollzugsform der elektronischen Überwachung erfolgen dürfte, so muss dies umso mehr auch für das Untersuchungsverfahren gelten, da die Zwangsmassnahme nicht strenger sein darf als die drohende Strafe. Auch in solchen Fällen erscheint die Verhältnismässigkeit von Haft fragwürdig.

De lege lata ist das Electronic Monitoring als Ersatzmassnahme zur Untersuchungshaft bereits gesetzlich verankert.²³ In der Praxis vieler Kantone dürfte das Electronic Monitoring indes erst mit der Revision per 1. Januar 2018 umgesetzt worden sein, sodass sich ab diesem Zeitpunkt diese Ersatzmassnahme in vielen Fällen geradezu aufdrängen dürfte.

Sollte Haft dennoch angeordnet werden, so wäre immerhin – in Anlehnung an die alte St. Galler Praxis²⁴ – folgende Einschränkung zu beachten:

²⁰ FRÉDÉRIC CLAUSEN/DANIEL FINK, Untersuchungshaft im freien Fall, in: Daniel Fink/Peter Schulthess (Hrsg.), Strafrecht, Freiheitsentzug, Gefängnis – Ein Handbuch zur Entwicklung des Freiheitsentzugs in der Schweiz, Bern 2015, 193. In dieser Statistik tauchen die späteren Einstellungen und Freisprüche nicht einmal auf. Das heisst, dass die relative Häufigkeit eines unbedingten oder teilbedingten Strafvollzugs noch tiefer ist.

²¹ MANFRIN (FN 13), 195; PETER ALBRECHT, Die Untersuchungshaft – Eine Strafe ohne Schuldspruch? Ein Plädoyer für den Grundsatz der Unschuldsvermutung im Haftrecht, in: Andreas Donatsch/Marc Forster/Christian Schwarzenegger (Hrsg.), Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte – Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag, Zürich 2002, 372.

²² BGE 132 I 21 E. 3.2, 133 I 270 E. 3.4.2 und BGer, 1B_6/2007, 20.2.2007, E. 3.4.2.

²³ Vgl. Art. 237 Abs. 3 StPO.

²⁴ GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 645.

- Ist von einer *bedingten Freiheitsstrafe* auszugehen, so ist Haft – wenn überhaupt – nur *sehr zurückhaltend* anzuordnen und muss auf das absolute Minimum beschränkt werden.²⁵
- Steht eine *teilbedingte Strafe* in Aussicht²⁶, so stellt *die Hälfte* der zu erwartenden Freiheitsstrafe die Maximaldauer der Untersuchungshaft dar.
- Wenn eine *bedingte Entlassung* gemäss Art. 86 StGB zu prognostizieren ist, so ist als Regelfall von einer maximalen Haftdauer von *zwei Dritteln* der zu erwartenden Freiheitsstrafe auszugehen.²⁷

Klarerweise ist aufgrund der angeführten Gründe eine weiterführende Haft unzulässig, wenn bereits *Anklage* erhoben wurde mit Antrag auf eine bedingte Strafe. In einem solchen Fall wäre eine Gewichtung zulasten der Beschuldigten, mithin auf Weiterführung der Haft, vor dem Verhältnismässigkeitsprinzip *nicht* zu rechtfertigen.²⁸ Dies nur schon deshalb, weil die Untersuchungshaft diesfalls offensichtlich keinen vollstreckungssichernden Charakter mehr hat.

Sodann ist auch das Gesuch der Staatsanwaltschaft, ihr das *persönliche Erscheinen* an der Hauptverhandlung zu erlassen, als starkes Indiz dafür anzusehen, dass sie selbst (und auch das Gericht, das den Staatsanwalt nicht zur Verhandlung vorlädt) nicht mit einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr rechnet. Gleiches gilt im Rahmen eines *abgekürzten Verfahrens*, in welchem sich Verteidigung und Staatsanwaltschaft bereits auf eine bedingte Strafe geeinigt haben.²⁹

Analoge Überlegungen gelten schliesslich für die Anordnung von Sicherheitshaft in Berufungsverfahren, in welchen bereits ein erstinstanzliches Urteil vorliegt, in dem auf eine bedingte Sanktion oder Freispruch erkannt wurde. Auch hier ist von einer erhöhten Wahrscheinlichkeit auszugehen, dass am Ende des Verfahrens keine unbedingte Strafe ausgesprochen wird.³⁰

Ex ante unzulässig ist die Untersuchungshaft ferner dort, wo die Tat gar nicht mit Freiheitsstrafe bedroht ist, sondern einzig Geldstrafen angedroht werden.³¹

VI. Tendenzen in der neueren Rechtsprechung

In der neueren Rechtsprechung sind Tendenzen erkennbar, dass der Umstand eines bedingten Vollzugs in der Haftprüfung Berücksichtigung findet. Im Entscheid 1B_283/2015 vom 16. September 2015 hält das Bundesgericht zur Sicherheitshaft fest:

Vom Grundsatz der Nichtberücksichtigung der Möglichkeit einer bedingten Entlassung ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung indes dann eine Ausnahme zu machen, wenn es die konkreten Umstände des Einzelfalls gebieten [...]; insbesondere wenn absehbar ist, dass eine bedingte Entlassung mit grosser Wahrscheinlichkeit erfolgen dürfte.³²

Vor dem Hintergrund der geänderten Gewichtungen im allgemeinen Teil des StGB, wonach vom bedingten Vollzug nur bei klarer Schlechtprognose abzuweichen ist³³ und die Verweigerung der Zweidrittel-Entlassung eine ungünstige Prognose bedingt,³⁴ liegt eine Berücksichtigung des bedingten Vollzugs grundsätzlich nahe.³⁵

Und auch das Obergericht des Kantons Bern hat mit Beschluss vom 2. April 2015 festgehalten, dass der Umstand eines bedingten Vollzugs im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung berücksichtigt werden müsse, wenn eine solche Strafe feststehe:

Die theoretische Möglichkeit, dass das urteilende Gericht eine unbedingte Freiheitsstrafe aussprechen könnte, reicht in einer solchen Konstellation zur Aufrechterhaltung der Haft nicht aus. Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass es den Strafbehörden obliegt darzulegen, dass und weshalb die Fortdauer der Haft nötig und gerechtfertigt ist. Beantragt die Staatsanwaltschaft beim erstinstanzlichen Gericht jedoch eine bedingte Freiheits-

²⁵ Die St. Galler Praxis ging in solchen Fällen davon aus, dass Untersuchungshaft maximal bis zu einem Drittel der zu erwartenden Freiheitsstrafe zulässig sein sollte. MANFRIN (FN 13), 195; HÄRRI (FN 13), 1224; GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 645, mit Verweis auf ANDREAS KELLER, Untersuchungshaft im Kanton St. Gallen – vom alten zum neuen Strafprozessgesetz, AJP 2000, 936 ff., 942.

²⁶ Auch diesbezüglich statuiert das Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen einen Rechtsanspruch.

²⁷ KELLER (FN 25), 942; MANFRIN (FN 13), 195, Fn 1071 und 1073.

²⁸ So auch OGer ZH, UB150110-O, 11.8.2015, E. 3.5.

²⁹ GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 269 und N 655.

³⁰ GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 654 ff., namentlich N 658 f.; BGer, 1B_283/2015, 16.9.2015, E. 3.2; 1B_20/2012, 1.2.2012, E. 2.3; OGer BE, BK 15 95, 2.4.2015.

³¹ Üble Nachrede gem. Art. 173 StGB, Beschimpfung gem. Art. 177 StGB, Exhibitionismus gem. Art. 194 StGB, Störung der Glaubens- und Kultusfreiheit gem. Art. 261 StGB, Verübung einer Tat in selbstverschuldeter Unzurechnungsfähigkeit gem. Art. 263 Abs. 1 StGB, Störung des Militärdienstes gem. Art. 278 StGB, Hinderung einer Amtshandlung gem. Art. 286 StGB und mangelnde Sorgfalt bei Finanzgeschäften gem. Art. 305^{ter} StGB.

³² BGer, 1B_283/2015, 16.9.2015, E. 3.2; in diese Richtung auch schon BGer, 1B_20/2012, 1.2.2012, E. 2.3; vgl. auch OGer ZH, UB150110-O, 11.8.2015, E. 3.5.

³³ Der bedingte Vollzug stellt die Regel dar; BSK StGB I-SCHNEIDER/GARRÉ (FN 1), Art. 42 N 38; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II: Strafen und Massnahmen, 2. A., Bern 2006, § 5 N 38 *in fine*.

³⁴ HÄRRI (FN 13), 1223 f.; MANFRIN (FN 13), 194; STRATENWERTH (FN 33), § 4 N 65.

³⁵ GFELLER/BIGLER/BONIN (FN 13), N 642.

strafe und bringt damit zum Ausdruck, dass ihrer Ansicht nach (vorerst) keine Strafe zu vollziehen sein wird, wirkt es widersprüchlich, wenn sie gleichzeitig im Haftprüfungsverfahren geltend macht, die Haft sei zur Sicherung der Strafvollstreckung notwendig.³⁶

Diese neuste Tendenz in der kantonalen und eidgenössischen Rechtsprechung deutet darauf hin, dass künftig zumindest bei vermuteten drohenden Geldstrafen oder bedingten Freiheitsstrafen, bei abgekürzten Verfahren mit Antrag auf eine Geldstrafe oder bedingte Freiheitsstrafe sowie in Berufungsverfahren in Fällen von erstinstanzlich zu einer Geldstrafe oder bedingten Freiheitsstrafe Verurteilten oder Freigesprochenen auf die Anordnung von Untersuchungs- und Sicherheitshaft verzichtet wird.

³⁶ OGer BE, BK 15 95, 2.4.2015.