

Per E-Mail: annemarie.gasser@bj.admin.ch  
Bundesamt für Justiz (BJ)  
Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement (EJPD)  
Schweizerische Eidgenossenschaft  
Bundesrain 20  
3003 Bern

Bern, 24. September 2020

**Änderung des Strafgesetzbuches und des Jugendstrafgesetzes  
(Massnahmenpaket Sanktionenvollzug)**

Sehr geehrte Frau Bundesrätin  
Sehr geehrte Damen und Herren

Die Demokratischen Juristinnen und Juristen Schweiz (DJS) nehmen innert Frist Stellung zu den Vorlagen Massnahmenpaket Sanktionenvollzug.

Es wird folgender Antrag gestellt: Das Bundesamt für Justiz sei zu beauftragen, einen komplett neuen Vorentwurf auszuarbeiten. Dieser Antrag wird in zwei Teilen begründet:

- Im ersten Teil erfolgt zunächst eine Auslegeordnung über die Malaise des Präventionsstrafrechts (I.), die sich im gesamte Massnahmenpaket manifestiert. Darauf aufbauend wird aufgezeigt, welcher legislatorische Handlungsbedarf eigentlich besteht (II.). Den Abschluss des ersten Teiles bilden konzeptionelle Vorschläge, welche die Missstände des Massnahmenrechtes abmildern können (III.).
- Im zweiten Teil wird kursorisch bereits Stellung genommen zu den einzelnen Bestimmungen des derzeitigen Massnahmenpakets. Diese Vorschläge können beim kommenden Vorentwurf eingearbeitet werden. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, dass die derzeitigen Revisionsvorschläge sowohl betreffend das Strafgesetzbuch (II.) als auch das Jugendstrafgesetz (III.) die aufgezeigte Malaise des Massnahmenrechtes noch zu zementieren drohen.

## Erster Teil

### I. Auslegeordnung

Das Massnahmenpaket Sanktionenvollzug reiht sich ein in eine bedenkliche Entwicklung der Strafgesetzgebung. Die Beseitigung von festgestellten konventionswidrigen Zuständen ist kein Thema. Und dies selbst im Wirkungsbereich des zentralen strafrechtlichen Prinzips der richterlichen Haftprüfung (*Habeas Corpus*). Stattdessen wird der strafrechtliche Diskurs zunehmend von der irreführenden Vorstellung geprägt, dass Taten bei gebührender Sorgfalt der Behörden sicher hätten verhindert werden können und hätten verhindert werden müssen. Insgesamt lässt sich eine Tendenz zur Überwachung und Verhinderung potenzieller Taten anstatt der Aufarbeitung vergangener Delinquenz feststellen. Strafrechtspolitik wird zur Überwachungspolitik. Die Angst vor künftig Möglichem ersetzt die Vergeltung für Vergangenes. Dabei ist in Fachkreisen unumstritten, dass der grösste Teil der mittels Massnahmen Wegsperrten in Freiheit nicht mehr rückfällig würde, also fälschlicherweise als gefährlich taxiert wird (sogenannte *false positives*). Seriöse Schätzungen gehen von 80 Prozent falsch Positiven aus, das entspricht in der Schweiz heute zirka 600–700 zu Unrecht weggeschlossenen Personen. Die Angst vor Rückfällen hat den Strafvollzug bei ihren Entscheidungen längst in Geiselhaft: Es dominiert eine Gefährlichkeitsvermutung gegenüber den einmal Verurteilten. Die zahlreichen *false positives* und die massive Verletzung von deren Grundrechten wird in Kauf genommen. Das technokratische Sachzwangdenken führt Regie.

Exemplarisch gewinnen stationäre psychiatrische Massnahmen nach Artikel 59 des Strafgesetzbuchs seit einem Jahrzehnt markant an Bedeutung. Solche Massnahme können gemäss der derzeitigen Rechtsprechung auf unbestimmte Zeit verlängert werden und dauern oft länger als die schuldangemessene Strafe. Die Massnahmen werden oft nicht in spezialisierten Therapiezentren, sondern in Hochsicherheitsgefängnissen vollzogen und stellen damit aus der Sicht der Betroffenen keinen Unterschied zu herkömmlichen Strafen dar. Über den Verbleib in Massnahmen entscheidet dabei nicht primär die Tat, sondern das Profil der betroffenen Person. Diese Massnahmen verdrängen klassische, zeitlich begrenzte Sanktionen und werden deshalb auch kleine Verwahrung genannt. Aber auch die Verwahrung nach Art. 64 StGB bleibt bedeutend, da das Massnahmenrecht insgesamt Hochkonjunktur hat. Derzeit befinden sich in der Schweiz rund 800 Menschen in freiheitsentziehenden Massnahmen. Tendenz nach wie vor steigend. Davon würden gemäss seriösen Schätzungen höchstens zirka 20 Prozent tatsächlich erneut eine Straftat gehen, während über 600 Personen zu Unrecht weggeschlossen werden. Das läuft dem tradierten Ethos der hiesigen Rechtstradition fundamental zuwider, weshalb das Konzept des Massnahmenrechts als gescheitert gelten muss. Die Situation ist mittlerweile so prekär, dass es an forensischen Klinikbetten mangelt. Die Weggeschlossenen werden älter und älter. Das Gefängnispersonal muss daher ergänzt werden durch Geriatriefachleute. Gefängnisse müssen rollstuhlgängig ausgebaut werden und beginnen an hochgesicherte Geriatriezentren zu erinnern.

Möglich geworden ist diese bedenkliche Entwicklung durch das Fehlen von gesetzlichen Schranken, die solchen Freiheitsentzügen Grenzen setzen. Obwohl die Strafrechtstradition der Aufklärung an sich nach wie vor die entscheidende menschen- und verfassungsrechtliche Leitlinie der Straf-, Strafprozess- und Strafvollzugsgesetze wäre, findet gleichsam hinter den Kulissen ein Paradigmenwechsel von der rechtsstaatlichen Grammatik der Freiheit zu einer Sicherheits- und Kontrolllogik statt. Während die Anzahl der Personen in stationären Massnahmen steigt, nimmt aber auch die Kritik im Schrifttum und in der Rechtsprechung des EMGR zu. Neben grundlegenden Erwägungen wird auch die konkrete Ausgestaltung der freiheitsentziehenden Massnahmen kritisiert. Auch an zahlreichen Rechtsinstituten und Rechtspraxen im Massnahmenrecht werden rechtsstaatliche Bedenken angemeldet. Seit mehreren Jahren findet ein kritischer interdisziplinärer Diskurs statt, welcher im vorliegenden Massnahmenpaket ausser Acht gelassen wurde. An sich müsste angenommen werden, dass in einem Rechtsstaat die juristischen Rahmenbedingungen solide zu vermessen seien, da es um massive Freiheitseinschränkungen geht. Doch das Gegenteil ist der Fall. Das Massnahmenpaket Sanktionenvollzug schafft keine Abhilfe. Obwohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in den Fällen Derungs und Fuchser zweimal klar festgestellt hat, dass die Haftprüfung in der Schweiz vor der EMRK nicht standhält (EGMR Fuchser gegen Schweiz, Urteil Nr. 55894/00, 13. Juli 2006; Derungs gegen Schweiz, Urteil Nr. 52089/09, 10. Mai 2016). Doch statt der Malaise im Massnahmenrecht Abhilfe zu schaffen, werden neue rechtsstaatlich bedenkliche Normen eingefügt.

## **II. Handlungsbedarf**

Ausgehend von den beschriebenen Missständen im Massnahmenrecht bestehen aktuell drei Gesetzesbaustellen materieller, prozessualer und struktureller Art, welche akuten Handelns des Parlaments bedürfen:

- das Stärken von materiell-rechtlichen Korrektiven (1.),
- die profunde prozessuale Überprüfung von Massnahmen (2.), sowie
- das Beheben der konventionswidrigen Unterhöhlung der Judikativen (3.).

Diese Gesichtspunkte finden aktuell keine Berücksichtigung. Der Vorentwurf ist daher von Grund auf neu zu konzipieren und das neu zu schaffende Massnahmenpaket hat sich von diesen drei Punkten des Handlungsbedarfs leiten zu lassen.

### **1. Bedarf der Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven**

Der erste wichtige Handlungsbedarf ist eine Stärkung der materiell-rechtlichen Korrektiven im Massnahmenrecht. Dies schafft Rechtssicherheit. Derzeit findet sich im Gegenteil eine Tendenz zur Flexibilisierung. Die vormalige Bedeutung der Rechtskraft eines Urteils wurde aufgehoben. Für die Verurteilten nehmen die Rechtssicherheit und Berechenbarkeit ab. Statt das Verhältnismässigkeitsprinzip zu konturieren und materiell-rechtliche Korrektiven zu stärken, werden

die Massnahmen sowohl bei der Revision des Strafgesetzbuches als auch bei der Revision des Jugendstrafgesetzes weiterhin in erster Linie auf den höchst unsicheren Begriff der Gefährlichkeit gestützt. Mit dem Konzept der Gefährlichkeit wird versucht, Eingriffe in die Freiheitsrechte von Personen zu legitimieren. Es ist der Schlüsselbegriff des Präventionsstrafrechts. Dabei wird nicht beachtet, dass Gefährlichkeit ein zugeschriebenes statistisches Risiko ist. Es handelt sich nicht um eine Eigenschaft einer Person. Und die Prognose dieses Risikos ist mit grösster Unsicherheit behaftet. Dieses Konstrukt der Gefährlichkeit stellt damit keine legitime Basis von Freiheitsentzug dar.

Das Massnahmenrecht muss sich an der Verhältnismässigkeit orientieren. Das Verhältnismässigkeitsprinzip ist in Art. 5 BV und in Art. 56 StGB festgehalten. Die Definition von Abs. 2 des Art. 56 StGB gibt eine sachgerechte Lösung aber nicht wieder. Es wird bisher lediglich die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten als Prüfungsmassstab der Verhältnismässigkeit genannt. Eine solche Abwägung hängt in der Luft und ist zu ergänzen. Regelmässig gelingt schon die Quantifizierung der Wahrscheinlichkeit drohender Straftaten kaum, von der Vorhersage bestimmter Straftaten ganz zu schweigen. Daher sind die Anlasstat und die zuvor begangenen Taten in die Abwägung miteinzubeziehen. Nur so lassen sich unbeschränkte Eingriffe in die Rechtstellung von betroffenen Personen verhindern, da die Anlasstat eine gewisse Sicherheit in die Abwägung bringt. Würde die Verhältnismässigkeit nur zwischen der Wahrscheinlichkeit der drohenden Straftat und der Intensität des Freiheitsentzugs hergestellt, führte dies zu einem erheblichen Ausmass an Unschärfe. Diese Forderung stützt sich auch darauf, dass die begangene Tat das aussagekräftigste Indiz für die Gefährlichkeit ist. Sodann ist diese Betrachtungsweise ohnehin einzunehmen, will man sich zumindest noch mit einem Bein auf dem Boden des Schuldstrafrechts bewegen. Sodann ist auch festzuhalten, dass der bisherige Freiheitsentzug bei Folgeentscheiden zu beachten ist.

Es bedarf vor diesem Hintergrund einer Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven im Massnahmenrecht. Es braucht klare Kriterien betreffend den Eintritt, die Form und die Länge des Verbleibs sowie den Austritt aus einer Massnahme. Weiter unten werden konzeptionelle Vorschläge präsentiert (vgl. III. 1.).

## **2. Bedarf der profunden prozessualen Überprüfung von Massnahmen**

Neben der Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven bedürfen Massnahmen einer ständigen prozessualen Überprüfung. Hier besteht Handlungsbedarf, um eine profunde Überprüfung von massnahmenrechtlichen Freiheitsentzügen in Strafverfahren zu ermöglichen. Diese Überprüfung versagt derzeit.

In Umwandlungs- oder im Massnahmenverlängerungsverfahren kommen Expertenberichten eine zentrale Rolle zu, die im Strafvollzug von Therapeuten, Sozialarbeitenden, sogenannten Fachkommissionen oder Sachverständigen in nicht kontradiktorischen Verfahren generiert werden. Sie liefern die tatsächlichen Grundlagen, die vom Gericht bei ihrer Entscheid oftmals weitgehend übernommen werden. Die Beweise für strafrechtliche Massnahmen werden vielfach fern von

strafprozessualen Grundsätzen, im Strafvollzug, das heisst in einer totalen Institution erhoben. Auf diese Weise werden Beschuldigtenrechte und die kontradiktorische Anlage des Strafverfahrens weitgehend ausgehebelt. Die Kontrolle ist zu einer Routineübung verkommen. Die verschiedenen Akteure des Vollzuges überprüfen statt der Legitimation des weiteren Eingriffs in die Grundrechte lediglich ihre eigene Arbeit. Die Kontrolle gleicht damit einem bürokratischen Leerlauf, da sie selbstreferenziell ist.

Um eine wirkliche profunde Prüfung von freiheitsentziehenden Massnahmen zu ermöglichen sind die prozessualen Voraussetzungen der Bedeutung der Entscheide anzupassen. Es muss eine effektive anwaltliche Interessenvertretung vorgesehen werden. Sodann ist die externe Begutachtung zu forcieren, um zu verhindern, dass sich Falscheinschätzungen von Institutionen festschreiben. Dies entspricht der Basis jeder Qualitätssicherung: externe Kontrolle. Die konkreten konzeptionellen Vorschläge erfolgen sogleich (vgl. III. 2.).

### **3. Beheben der konventionswidrigen Unterhöhlung der Judikativen**

Wie gesehen wird die Strafrechtspolitik zunehmend zu einer Überwachungspolitik. Aber nicht nur die inhaltliche Stossrichtung, sondern auch die Verfahrensstruktur hat sich verändert: Es finden eine konventionswidrige Unterhöhlung der Judikativen statt. Es ist ein uralter rechtsstaatlicher Grundsatz, dass über die Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll. Dieser Grundsatz wird im Massnahmenrecht nicht geachtet. Trotz der beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Fuchser respektive Derungs gegen die Schweiz wird weiter an einer EMRK-widrigen Verfahrensstruktur festgehalten. Weiterhin entscheiden Verwaltungsbehörden über die Freiheit oder Unfreiheit von Personen in strafrechtlichen Massnahmen. Dadurch wird die dritte Gewalt entkernt und eine Verschiebung zur Exekutiven weiter forciert. Die Exekutive tritt namentlich in Form der Behörden des Strafvollzuges auf. Der Strafvollzug ist staatsrechtlich in die Exekutive und nicht die Judikative einzuordnen. Er ist damit deutlich politisierter und es dominiert die Angst: Sowohl für die behandelnden Therapeutinnen und Therapeuten als auch die im Strafvollzug beigezogenen Sachverständigen und die Vollzugsbehörden ist handlungs- und wegleitend, was im öffentlichen Diskurs passieren könnte, wenn ein Insasse rückfällig würde. Das Strafrecht, der Prüfstein jeder Rechtsstaatlichkeit, wird zunehmend geprägt durch eine Expertokratie mit einer mechanistisch-bürokratischen Sicherheitslogik der Vollzugsbehörden. Bereits bei der Anordnung solcher Massnahmen kommt psychiatrischen Sachverständigen eine Schlüsselrolle zu. Die Gerichte bleiben formal Entscheidungsträger, stützen sich aber wesentlich auf Expertenmeinungen ab. Die Experten und Expertinnen werden damit faktisch zu «Richtern in Weiss». Diese Entwicklung höhlt die Justizförmigkeit des Strafverfahrens aus. Ihr ist durch konzeptionelle Änderungen entgegenzutreten (vgl. III. 3.).

### III. Konzeptionelle Vorschläge

Die konzeptionellen Vorschläge, die der Korrektur und Präzisierung des Massnahmenrechts dienen und für die praktische Rechtsanwendung von eminenter Bedeutung sind, um der Malaise des Massnahmenrecht entgegenzuwirken, werden anhand des bestehenden Handlungsbedarfes gegliedert.

#### 1. Konzeptionelle Vorschläge zur Stärkung von materiell-rechtlichen Korrektiven

##### a) Präzisierung Verhältnismässigkeitsprinzip (Art. 56 Abs. 2 StGB)

Das Verhältnismässigkeitsprinzip fliesst bundesrechtlich aus Art. 5 BV. In Art. 56 StGB wird das Verhältnismässigkeitsprinzip im Massnahmenrecht aufgenommen. Die Definition von Abs. 2 des Art. 56 StGB ist aber eindimensional auf die Legalprognose gemünzt. Es wird lediglich die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten als Prüfungsmassstab der Verhältnismässigkeit genannt. Wie gesehen ist eine solche Abwägung nicht sachgerecht. Schon die Quantifizierung einer Wahrscheinlichkeit gelingt bei drohenden Straftaten kaum, ganz zu schweigen von der Vorhersage bestimmter Straftaten. Daher sind in die Abwägung miteinzubeziehen die Anlasstat und die zuvor begangenen Taten sowie die schuldangemessene Strafe. Nur so lassen sich unbeschränkte Eingriffe in die Persönliche Freiheit von Betroffenen verhindern, da diese retrospektiven Elemente eine gewisse Sicherheit in die Abwägung bringen. Würde die Verhältnismässigkeit nur zwischen der Wahrscheinlichkeit der drohenden Straftat und der Intensität des Freiheitsentzugs hergestellt, führte dies zu einem erheblichen Ausmass an Unschärfe. Diese Forderung stützt sich auch darauf, dass die begangene Tat das aussagekräftigste Indiz für die Gefährlichkeit ist. Sodann ist diese Betrachtungsweise wie gezeigt ohnehin einzunehmen, will man sich zumindest noch mit einem Bein auf dem Boden des Schuldstrafrechts bewegen. Es überrascht dann auch nicht, dass das Bundesgericht bereits präzisierend festgestellt hat:

«Die beabsichtigte Massnahme und die damit verbundene Grundrechtsbeschränkung ist mit den Anlasstaten und der Schwere der in Freiheit zu erwartenden Taten abzuwägen.»

(BGer 6B\_746/2016 vom 8. Dezember 2016, E. 1.4.3)

Der Abs. 2 des Art. 56 ist folglich zu präzisieren: Auch die Anlasstaten und die Dauer der schuldangemessenen Strafe sind mit in die Verhältnismässigkeitsabwägung der Erstanordnung sowie bei Verlängerungen und Umwandlungen einzubeziehen. Sodann ist die Verhältnismässigkeit auch im Hinblick auf die Schuldangemessenheit der Sanktion zu präzisieren. Er muss folglich legiferiert werden:

Neu Art. 56 Abs. 2 StGB:

«Die Anordnung einer Massnahme setzt voraus, dass der mit ihr verbundene Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Täters im Hinblick auf die Wahrscheinlichkeit und Schwere weiterer Straftaten sowie der Anlasstat nicht unverhältnismässig ist. Ein (präventiver) Freiheitsentzug,

der die Dauer der schuldangemessenen Strafe übersteigt, bedarf einer besonderen Begründung.»

*b) Dauer von stationären Massnahmen (Art. 59 Abs. 4 StGB)*

Die Anordnung von stationären therapeutischen Massnahmen nach Art. 59 StGB weist eine Höchstdauer von fünf Jahren auf (Abs. 4). Eine Verlängerung sollte gemäss Gesetzestext und der Botschaft die Ausnahme bleiben. Auch das Bundesgericht betont den Ausnahmecharakter der Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB (BGE 135 IV 139, E. 2.1).

Dieser Vorgabe wird leider in der Praxis nicht genügend nachgelebt. Dem Ausnahmecharakter einer Verlängerung muss gesetzlich Nachachtung verschafft werden. Als Grundsatz ist daher festzuhalten, dass der Freiheitsentzug im Rahmen der stationären therapeutischen Massnahme nicht länger als die schuldangemessene Strafe dauern sollte. Es drängt sich sodann auf, analog zu Art. 60 und 61 StGB eine absolute Höchstfrist vorzusehen, die im Detail noch festzusetzen wäre.

*c) Präzisierung Wahrscheinlichkeit bei der Verwahrung (Art. 64 Abs. 1 Bst. a StGB)*

Die Verwahrung ist die schwerste Sanktion des schweizerischen Strafrechts. In Art. 64 Abs. 1 Bst. a StGB wird dafür namentlich verlangt, dass «ernsthaft zu erwarten ist» die Person verübe weitere Katalogtaten. Diese Definition der Wahrscheinlichkeit ist für eine Sanktion, die ihre Legitimation alleine auf eine zugeschriebene Gefährlichkeit zu stützen sucht, viel zu unbestimmt und tief angelegt. Es braucht einen mindestens zu erreichenden Schwellenwert. Diese Wahrscheinlichkeit ist bei mindestens 50 Prozent vorzusehen. Vorgeschlagen wird daher die präzisierende Formulierung des Art. 64 Abs. 1 Bst. a StGB:

«[...] auf Grund der Persönlichkeitsmerkmale des Täters, der Tatumstände und seiner gesamten Lebensumstände mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist, dass er weitere Taten dieser Art begeht»

*d) Gesetzliche Ungefährlichkeitsvermutung nach 10 Jahren (neu Art. 64e StGB)*

Das deutsche Recht weist betreffend die Sicherungsverwahrung gewisse Schranken auf, die auch für das Massnahmenrecht in der Schweiz zu übernehmen sind. Ein Beispiel ist die Regelung des § 67d Abs. 3 D-StGB: Die Norm enthält eine gesetzliche Vermutung nach 10 Jahren Freiheitsentzug. Nach dieser Zeitspanne setzt eine legifizierte Ungefährlichkeitsvermutung ein, die explizit widerlegt werden muss.

Eine Fortsetzung der Verwahrung jenseits der Zehnjahresgrenze sollte auch hierzulande nur bei denjenigen in Betracht kommen, deren nunmehr gesetzlich vermutete Ungefährlichkeit widerlegt ist. Daher ist in einem neu zu schaffenden Art. 64e StGB festzuhalten: Sind zehn Jahre der Unterbringung in einem massnahmenrechtlichen Freiheitsentzug vollzogen worden, so erklärt das Gericht die

Massnahme für erledigt, wenn nicht die weit überwiegende Wahrscheinlichkeit besteht, dass die untergebrachte Person Straftaten nach Art. 64 Abs. 1 StGB begehen wird, durch welche sie die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt. Es ist zu betonen, dass sich die Behörden ohnehin bei jedem Entscheid an einer Ungefährlichkeitsvermutung zu orientieren haben. Eine gesetzlich vorgesehene Regelung geht aber mit einer erhöhten Prüfungs- und Begründungsdichte einher.

## **2. Konzeptionelle Vorschläge der profunderen prozessualen Prüfung von Massnahmen**

Sodann erfolgen konzeptionelle Vorschläge um dem Handlungsbedarf betreffend die profundere prozessuale Prüfung von Massnahmen zu begegnen.

### *a) Voraussetzung für Entlassung und Aufhebung (Art. 62 Abs. 1 StGB)*

Der Art. 62 Abs. 1 StGB befasst sich mit der Entlassung und der Aufhebung von Massnahmen. Um eine angemessenere prozessuale Prüfung von Massnahmen zu garantieren, ist sicher zu gehen, dass sich der Entscheid nicht alleine auf den Zustand der Person bezieht. Dies kann dadurch umgesetzt werden, dass im Gesetzestext explizit eingefügt wird, dass auch die Dauer des bisherigen Freiheitsentzuges bei der Frage der Entlassung und Aufhebung zu beachten ist. Dies zwingt die Entscheidbehörde dazu, sich zu dieser Verhältnismässigkeitsfrage zu äussern.

### *b) Prozessrechtliches zur Überprüfung bedingter Entlassung und Aufhebung (Art. 62d und 64b StGB)*

Die Art. 62d und 64b StGB befassen sich mit der Prüfung der Entlassung und der Aufhebung von stationären Massnahmen respektive der Verwahrung. Beschuldigtenrechte und die kontradiktorische Anlage des Strafverfahrens wurden weitgehend ausgehebelt. Die Kontrolle der Massnahmen ist zu einer Routineübung verkommen, in welcher sich die Vollzugsbehörden selbst überprüfen, statt die Legitimation des weiteren Eingriffs in die Grundrechte zu überprüfen. Die Kontrolle ist selbstreferenziell und gleicht einem bürokratischen Leerlauf. Daher sind externe Begutachtung zu forcieren, um zu verhindern, dass sich Falscheinschätzungen von Institutionen festschreiben. Externe Kontrolle entspricht gängigen Standards jeder Qualitätssicherung.

Es ist sicherzustellen, dass mindestens alle zwei Jahre und bei der Verwahrung alle drei Jahre eine tiefgreifende Prüfung zu erfolgen hat. Diese Überprüfung hat stets unter Berücksichtigung einer externen, sachverständigen Expertise und mit Bestellung einer notwendigen Verteidigung zu erfolgen. Eine anstaltsinterne Einschätzung genügt dem nicht. Zur neuen Zuständigkeit des Gerichtes sogleich detailliert (vgl. III. 3. a)).



### **3. Konzeptionelle Vorschläge zum Beheben der konventionswidrigen Unterhöhnung der Judikativen**

Schliesslich ist dem Handlungsbedarf betreffend die konventionswidrige Unterhöhnung der Judikativen mit folgenden konzeptionellen Vorschlägen zu begegnen.

#### *a) Gerichtliche Haftprüfung bei der bedingten Entlassung und Aufhebung (Art. 62d StGB)*

Dass über Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll, ist ein uralter rechtstaatlicher Grundsatz. Dieser Grundsatz wird in der Schweiz im Massnahmenrecht nicht geachtet und dies trotz der beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte Fuchser respektive Derungs gegen die Schweiz (EGMR Fuchser gegen Schweiz, Urteil Nr. 55894/00, 13. Juli 2006; Derungs gegen Schweiz, Urteil Nr. 52089/09, 10. Mai 2016). Die bedingte Entlassung aus einer freiheitsentziehenden Massnahme ist kein blosser Vollzugsentscheid, sondern betrifft wie die Aufhebung oder Beendigung den Bestand der Massnahme. Ein solcher bedeutender materieller Entscheid über den Bestand der Sanktion hat durch das Sachgericht zu erfolgen. Es ist daher die Kompetenzordnung zwingend zu ändern.

Die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde hat bei Entlassungsgesuchen unverzüglich über das Gewähren der bedingten Entlassung respektive Aufhebung zu entscheiden. Sie begleitet den Fall ohnehin und muss daher kein Erkenntnisverfahren mehr durchführen. Über eine Entlassung respektive Aufhebung kann sie in eigener Kompetenz entscheiden. Dies ist eine Art kurzes Vorverfahren, ähnlich dem Vorgehen bei einem Haftentlassungsgesuch nach Art 228 StPO. Lehnt die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde eine beantragte Entlassung oder Aufhebung ab, hat sie den Fall innert drei Tagen dem Sachgericht zu überweisen. Das Sachgericht hat dann über die bedingte Entlassung respektive Aufhebung zu entscheiden.

#### *b) Einsetzung von Vollzugsgerichten erleichtern (neu Art. 14 Abs. 4<sup>bis</sup> StPO)*

Im Jugendstrafrecht besteht die Möglichkeit, dass die Kantone interkantonal zuständige Jugendstrafbehörden vorsehen können (vgl. Art. 8 Abs. 2 JStPO). Damit soll die Einführung spezialisierter Gerichte vereinfacht werden (BBI 2006 1358).

Diese Möglichkeit ist auch im Erwachsenenstrafrecht vorzusehen, um gerade kleineren Kantonen die Einsetzung von Vollzugsgerichten zu ermöglichen, wie sie beispielsweise der Kanton Wallis kennt.

### **IV. Zwischenfazit und Antrag auf Rückweisung**

Zusammenfassend konnte in einer Auslegeordnung gezeigt werden, welche grundsätzliche Malaise das Massnahmenrecht derzeit aufweist. Darauf aufbauend wurde aufgezeigt, welcher legislatorische Handlungsbedarf materieller, prozessualer und struktureller Art eigentlich besteht. Es geht um

- das Stärken von materiell-rechtlichen Korrektiven,
- die profunde prozessuale Überprüfung von Massnahmen, sowie
- das Beheben der konventionswidrigen Unterhöhlung der Judikativen.

Diese Gesichtspunkte fanden aktuell keine Berücksichtigung. Es wird daher beantragt, den Vorentwurf von Grund auf neu zu konzipieren und sich für das neu zu schaffende Massnahmenpaket von diesem drei Punkten des Handlungsbedarfs leiten zu lassen. Welche Gesetzesrevisionen dabei im Detail wie anzugehen sind, wurde anhand von diversen konzeptionellen Vorschlägen aufgezeigt.

## **Zweiter Teil**

### **I. Betreffend das derzeitige Massnahmenpaket Sanktionenvollzug insgesamt**

Der Vollständigkeit halber wird kursorisch bereits Stellung genommen zu den einzelnen Bestimmungen des derzeitigen Massnahmenpakets. Auch diese Kritikpunkte können beim kommenden Vorentwurf bereits eingearbeitet werden. Dabei wird insbesondere aufgezeigt, dass viele Vorschläge sowohl betreffend das Strafgesetzbuch (II.) als auch das Jugendstrafgesetz (III.) die aufgezeigte Malaise des Massnahmenrechts noch zu zementieren drohen. Sowohl der materiell-rechtliche als auch der prozessuale und strukturelle Handlungsbedarf wurde nicht einfach nur übergangen, es wurde sogar entgegen dem Handlungsbedarf legiferiert.

#### **1. Einleitende Gesamtwürdigung**

Die beiden Vorlagen sind gebündelt unter dem Namen «Massnahmenpaket Sanktionenvollzug». Der Sanktionenvollzug befasst sich mit der Ausgestaltung und Durchsetzung von staatlichen Sanktionen. Das Vollzugsrecht wird zum formellen Recht gezählt. Neben dem Sanktionenvollzug betreffen die vorgeschlagenen Änderungen als zweites Rechtsgebiet aber auch das Sanktionenrecht an sich. Das Sanktionenrecht befasst sich mit dem Entstehen und Untergehen des staatlichen Sanktionsanspruchs. Das Sanktionenrecht wird zum materiellen Recht gezählt. Es handelt sich folglich eigentlich um ein Massnahmenpaket sowohl zum Sanktionenvollzug als auch zum Sanktionenrecht. Diese Unterscheidung ist nicht rein terminologisch, sondern ist von Bedeutung, um die Zuständigkeit der Vollzugsbehörden respektive der Strafgerichte zu bestimmen.

Sowohl der Sanktionenvollzug als auch das Sanktionenrecht sind bedeutende und komplexe Rechtsgebiete. Derzeit besteht in diesen Rechtsgebieten ein kantonaler Wildwuchs. Es erscheint daher grundsätzlich sachgerecht, einheitliche Bestimmungen auf Bundesebene zu schaffen. Die DJS lehnen die geplante Revision in ihrer vorläufigen Form wie bereits erwähnt aber ab. Insbesondere vermischen wir die Auseinandersetzung mit der grundsätzlichen Malaise des Präventionsstrafrechts und dem materiellen, prozessualen und strukturellen Handlungsbedarf, wie er im ersten Teil aufgezeigt wurde.

## 2. Anknüpfung am Begriff der Gefährlichkeit (u.a. Art. 91b VE-StGB sowie VE-JStG)

Sowohl die Revision des Strafgesetzbuches als auch die Revision des Jugendstrafgesetzes gehen zentral vom Begriff der Gefährlichkeit aus. Er wird an verschiedenen Stellen vorausgesetzt und stellt die zentrale Tatbestandsvoraussetzung zahlreicher Normen sowohl des Vollzugs- als auch des Sanktionenrechts dar.

Neu soll der Begriff der Gefährlichkeit im Strafgesetzbuch definiert werden (Art. 91b VE-StGB). Der Vorschlag lautet:

«Gefährlichkeit ist anzunehmen, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter eine neue Straftat begeht, durch die er die physische, psychische oder sexuelle Integrität einer anderen Person schwer beeinträchtigt.»

Der Begriff der Gefährlichkeit soll damit auf drohende schwere Delinquenz beschränkt bleiben. Darüber hinaus ist die Definition aber nichtssagend. Was das verwendete Wort der «Gefahr» bedeuten soll, bleibt unklar und offen. Es scheint sich um eine zirkuläre Definition zu handeln. Vor diesem Hintergrund hätte es sich anerbieten, nicht nur zu versuchen, den Begriff der Gefährlichkeit zu definieren, sondern auch das dahinterliegende Konzept zu erklären.

### a) *Gefährlichkeit als statistisches Risiko*

Das Konzept der Gefährlichkeit wird dazu verwendet, Eingriffe in die Freiheitsrechte von Personen zu legitimieren. Es ist der Schlüsselbegriff des Präventionsstrafrechts. Das Konzept der Gefährlichkeit ersetzt zunehmend das Konzept der Schuld. Ob schuldangemessen sanktioniert wird, spielt eine abnehmende Rolle. Wem eine Gefährlichkeit zugeschrieben wird, soll weggeschlossen werden dürfen, auch wenn die schuldangemessene Strafe verbüsst ist. Doch wann ist es legitim, jemanden einzusperren nicht aufgrund einer Tat, die er begangen hat, sondern der Zuschreibung einer möglichen künftigen Tat?

Um diese Frage zu beantworten, ist zu betrachten, wie das Konzept der Gefährlichkeit strukturiert ist. Bei der Gefährlichkeit geht es neben der Schwere der drohenden Tat um die Wahrscheinlichkeit, dass diese begangen wird. Zusammen ergeben diese beiden Faktoren ein Risiko. Die betroffene Person wird in diesem Sinne nicht als frei handelnder Mensch behandelt, sondern objektiviert und als ein Risiko betrachtet. In Gerichtsverfahren wird die prognostizierte Wahrscheinlichkeit des Rückfalls in Prozent ausgedrückt. So wurden in der Vergangenheit Personen weggeschlossen, weil angenommen wurde, sie begingen zu 58 Prozent in 5 Jahren ein Gewalt- oder Sexualdelikt (BGer 6B\_796/2019 vom 16.10.2019 E. 4.1). In einem anderen Fall ging das Gericht von 30–50 Prozent Wahrscheinlichkeit eines künftigen Deliktes aus (BGer 6B\_489/2019 vom 15.07.2019 E. 2.2). Schliesslich haben sogar 15 Prozent Wahrscheinlichkeit eines Hands-on Delikte schon genügt, um eine Freiheitsentziehung zu begründen (BGer 6B\_582/2017 vom 19.06.2018). Im Umkehrschluss gingen die Gerichte in den Beispielen davon aus, dass die Personen zu 42 Prozent, zu 50–70 Prozent respektive zu 85 Prozent

in der Zukunft keine Tat begehen würden. Zugespielt werden also Person nach der schuldangemessenen Strafe weggeschlossen für Delikte, die sie in der Zukunft wahrscheinlich nie begehen würden.

Dies ist der Hintergrund des Begriffes der Gefährlichkeit und der sogenannt gefährlichen Personen. Ist das Label «gefährliche Person» in diesen Fällen wirklich angebracht und legitim? Nach unserer Auffassung wäre eine höhere Schwelle der zu fordernden Wahrscheinlichkeit geboten. Siehe auch die weiteren Änderungsvorschläge (vgl. oben).

#### b) *Unsicherheit der Prognose*

Neben der Frage der Legitimation von Freiheitsentzügen aufgrund eines Risikos stellt sich noch ein weiteres grundsätzliches Problem: die Unsicherheit von Prognosen. Die Risikoeinschätzung bezieht sich auf mögliche zukünftige Straftaten. Die Zukunft ist nur sehr begrenzt vorhersagbar. Diese Schwierigkeit ist keine Frage der Beweiswürdigung, sondern jeder Prognose inhärent. Die Unsicherheit der Prognose gilt insbesondere für komplexe Sachverhalte wie die Vorhersage von menschlichem Verhalten. Verschärft wird die Problematik noch, wenn sich eine solche Prognose über mehrere Jahre erstrecken soll. Bei Ersttätern sind zuverlässige Prognosen dann gemäss herrschender Auffassung nur sehr schwer möglich. Bei jugendlichen Straftätern sind längerfristige Prognosen gar praktisch unmöglich.

#### c) *Zwischenfazit zum verwendeten Begriff der Gefährlichkeit*

Die Problematik des Konzeptes der Gefährlichkeit wurde im Bericht zum Vorentwurf nicht behandelt. Es wird mit den Labeln «Gefährlichkeit» und «gefährliche Straftäter» argumentiert, ohne den Vernehmlassungsteilnehmern den Hintergrund dieses Konzepts bewusst zu machen. Dies führt zu Verzerrungen. Nur vor diesem Hintergrund lässt sich erklären, dass eine zugeschriebene Gefährlichkeit dann fast zwangsläufig eine Sicherheitslücke bedeuten sollte (Erläuternder Bericht, S. 55 f.) und die Grundrechte der betroffenen Personen stiefmütterlich behandelt werden, da diese das Label «Gefährlich» tragen. Eine Auseinandersetzung mit Grundrechten der Betroffenen und dem Verhältnismässigkeitsprinzip fehlt völlig.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich das Präventionsrecht und das vorliegende Massnahmenpaket nur sachgerecht erörtern lassen, wenn man sich das dahinterliegende Konzept des Gefährlichkeitsbegriffes vor Augen führt:

- Gefährlichkeit ist ein zugeschriebenes statistisches Risiko. Es handelt sich nicht um eine Eigenschaft einer Person.
- Die Prognose dieses Risikos ist mit grosser Unsicherheit behaftet. Diese Unsicherheit akzentuiert sich nochmals bei Ersttätern sowie bei jugendlichen Straftätern.

Im neu zu entwerfenden Vorentwurf und bei der Beurteilung des Momenten Entwurfes ist diesen Umständen Rechnung zu tragen.

## **II.      Stellungnahme zu den Bestimmungen im Vorentwurf StGB (Vorlage 1)**

Die Stellungnahme zu den einzelnen Bestimmungen des Vorentwurfs StGB wird in sieben Themenbereichen erstattet. Diese Gliederung folgt grob dem Aufbau des erläuternden Berichts (vgl. Erläuternder Bericht, S. 3 respektive 29 ff.):

- Verbot unbegleiteter Urlaube im Verwahrungsvollzug (1.)
- Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung (2.)
- Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen (3.)
- Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung sowie Entlassung aus therapeutischen Massnahmen (4.)
- Rechtmittellegitimation der Vollzugsbehörden (5.)
- Arbeitsweise, Zusammensetzung und Beizug der Fachkommissionen (6.)
- Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen (7.)

### **1.      Verbot unbegleiteter Urlaube im Verwahrungsvollzug (Art. 84 Abs. 6<sup>bis</sup> und 6<sup>ter</sup>, 90 Abs. 4<sup>bis</sup> VE-StGB)**

Bisher sind auch für verwahrte Personen Vollzugsöffnungen und damit unbegleitete oder begleitete Urlaube vorgesehen (Art. 84 Abs. 6 i.V.m. Art. 90 Abs. 4 und Art. 90 Abs. 2<sup>bis</sup> StGB). Der Vorentwurf sieht nun ein Verbot von unbegleiteten Hafturlauben und Ausgängen für verwahrte Personen vor.

Dieser Vorschlag steht im Widerspruch zur EMRK. Wie nicht nur der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in Strassburg, sondern auch das Deutsche Verfassungsgericht mehrfach festgehalten hat, muss der Freiheitsentzug auch in einer Massnahme in jedem Fall freiheitsorientiert sein. Sodann sind bereits jetzt unbegleitete Urlaube von Verwahrten sehr selten. Die Vollzugsbehörden treffen diese Entscheidungen. Dabei ist zu beachten, dass die Gefährlichkeit einer Person eine Zuschreibung und keine statische Charakter- oder Persönlichkeitseigenschaft ist. Diese Prognose muss daher laufend aktualisiert werden. Eine solche Aktualisierung ist nur möglich, wenn Informationen über das Verhalten der Person gesammelt werden können. Nur auf diese Weise kann der präventive Freiheitsentzug langfristig legitimiert und Sicherheit gewährleistet werden. Diese Möglichkeit der Vollzugslockerung ist weiterhin vorzusehen. Die Entscheidung über Vollzugsöffnungen und deren Ausgestaltung sollte auch weiterhin den Vollzugsbehörden überlassen werden.

Zusammenfassend ist auf die Änderung der Art. 84 Abs. 6<sup>bis</sup> und 6<sup>ter</sup>, 90 Abs. 4<sup>bis</sup> VE-StGB zu verzichten.

## **2. Änderung des Intervalls zur Überprüfung der Verwahrung (Art. 64b Abs. 3 VE-StGB)**

Nach geltendem Recht prüft die zuständige Behörde auf Gesuch hin oder von Amtes wegen mindestens einmal jährlich und erstmals nach Ablauf von zwei Jahren, ob der Täter aus der Verwahrung bedingt entlassen werden kann (Art. 64b Abs. 1 Bst. a StGB). Im erläuternden Bericht wird vorgebracht, die jährliche Überprüfung der bedingten Entlassung verursache einen hohen administrativen Aufwand. Innerhalb dieser Zeitspanne verringere sich bei verwahrten Tätern das Rückfallrisiko kaum in einem solchen Mass, dass diese Vollzugsöffnung realistisch wäre (Erläuternder Bericht, S. 13).

Mit dem Term des «administrativen Aufwands» werden entscheidende Folgen der Änderung verdeckt. Effektiv scheint die Änderung auch mit einer quantitativen Verringerung des Rechtsschutzes der betroffenen Person einherzugehen. Es stimmt zwar, dass eine Entlassung jederzeit verlangt werden kann. Betroffenen Personen sind im Vollzug regelmässig aber nicht anwaltlich vertreten und können ihre Rechte nicht effektiv wahrnehmen. Bereits jetzt gibt es das Problem der vergessenen Massnahmenhäftlingen. Die jährliche Prüfung verkommt oftmals zu einer Pflichtübung. Es werden dabei keine neuen Gutachten eingeholt und oftmals wird lediglich jährlich der Status Quo fortgeschrieben. Hier ist es wichtig, eine profunde Überprüfung der Massnahmen vorzunehmen. Dafür ist eine notwendige Verteidigung zu gewähren und eine externe psychiatrische Expertise zwingend. In diesem Sinne ist zu fordern, dass ein verringertes Intervall zu einer erhöhten Prüfungsdichte führt.

## **3. Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen (Art. 57a VE-StGB)**

Die Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen soll legiferiert werden. Dieses Vorhaben ist aber nur teilweise gelungen. Einer Präzisierung bedürfen noch folgende Fälle:

- Anrechnung von vorzeitigem Massnahmenvollzug
- Anrechnung von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft, respektive von Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO.

### *a) Anrechnung von vorzeitigem Massnahmenvollzug*

Im vorzeitigem Massnahmenvollzug befindet sich die Person bereits in einer Massnahme im Sinne des Strafgesetzbuches. Die Zeit im vorzeitigem Massnahmenvollzug ist daher auf die im Sachentscheid angeordnete Massnahme anzurechnen. Diese Folge erscheint evident bei den Massnahmen nach Art. 60 und Art. 61 StGB. Ansonsten drohten deren zwingende Höchstdauern überschritten zu werden. Es darf einer betroffenen Person in dieser Situation nicht zum Nachteil gereichen, wenn sie sich freiwillig und frühzeitig einer solchen Therapie unterzieht.

Nichts Anderes kann aber auch betreffend der stationären therapeutischen Massnahme nach Art. 59 StGB gelten. Auch diese Massnahme weist eine Höchstdauer von fünf Jahren auf. Eine Verlängerung ist zwar möglich, sollte gemäss Gesetz und Botschaft aber die Ausnahme bleiben. Auch das Bundesgericht betont den Ausnahmecharakter der Verlängerung einer stationären therapeutischen Massnahme (BGE 135 IV 139, E. 2.1). Auch wenn dieser Vorgabe in der Praxis nicht genügend nachgelebt wird, ist es doch wichtig, hier eine korrekte Berechnung durchzuführen. Der vorzeitige Antritt einer stationären therapeutischen Massnahme ist ein mit der Massnahme verbundener Freiheitsentzug, wie ihn der Abs. 4 des Art. 59 StGB vorsieht. Die Dauer ist folglich anzurechnen.

b) *Anrechnung von vollzugsrechtlicher Sicherheitshaft respektive von Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO*

Schliesslich ist zu präzisieren, dass auch eine vollzugsrechtliche Sicherheitshaft respektive eine Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO ein mit der stationären therapeutischen Massnahme verbundener Freiheitsentzug darstellt. Folglich ist auch die Dauer dieser Haft im Urteilszeitpunkt festzustellen und auf die Massnahmendauer anzurechnen.

c) *Fazit zur Berechnung der Dauer von freiheitsentziehenden therapeutischen Massnahmen*

Zusammenfassend muss der Gesetzeswortlaut des Art. 57a VE-StGB präzisiert werden. Es sollte daraus hervorgehen, dass sowohl der vorzeitige Massnahmenvollzug als auch die vollzugsrechtliche Sicherheitshaft respektive die Sicherheitshaft nach Art. 365a und 365b E-StPO auf die Massnahmendauer anzurechnen sind.

#### **4. Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung sowie Entlassung aus therapeutischen Massnahmen** **(Art. 62c Abs. 1 und 5, 62d Abs. 1, 63a Abs. 1 und 2 VE-StGB)**

Die Zuständigkeiten bei der Aufhebung einer bestehenden Massnahme und der Anordnung einer neuen Massnahme sind im geltenden StGB zweigeteilt: Für die Aufhebung ist die Vollzugsbehörde zuständig und für die Änderung oder Verlängerung das Gericht.

a) *Vorgeschlagene Änderung*

Der Vorentwurf sieht vorsieht, diese nicht sachgerechte Zweispurigkeit aufzuheben. Damit wird verhindert, dass sich zwei Behörden teilweise mit fast gleichlautenden Fragestellungen beschäftigen. Bereits heute führen einige Kantone die Kompetenzen in der Hand des Gerichtes zusammen. Diese Zuteilung hat sich bewährt, bedeutet aber keinen wesentlichen Fortschritt, da die Aufhebung der verfahrensrechtlichen Zweispurigkeit betreffend die bedingte Entlassung noch zu ergänzen ist.

b) *Zusätzlich: Bedingte Entlassung durch unabhängige Gerichte statt weisungsabhängige Vollzugsbehörden*

Der Vorentwurf zielt darauf ab, die Zuständigkeiten über den Bestand von therapeutischen Massnahmen einheitlich zu regeln und die Zuständigkeit zur Aufhebung in jedem Fall dem Strafgericht zuzuweisen (Erläuternder Bericht, S. 21). Dabei ging aber ein wichtiger Entscheid vergessen: die bedingte Entlassung aus der Massnahme. Diese Lücke ist umso verwunderlicher, als bereits heute die Kompetenz des Sachgerichtes für den bedingten Entlassungsentscheid aus einer Verwahrung in gewissen Fällen beim Sachgericht vorgesehen ist (vgl. Art. 64 Abs. 3 StGB).

Dass über Freiheit respektive Unfreiheit einer Person ein Gericht entscheiden soll, ist ein uralter rechtsstaatlicher Grundsatz. Die Zuständigkeit des Sachgerichtes ist vorzusehen, weil sonst Art. 5 Ziff. 4 EMRK verletzt wird. Dies haben nicht zuletzt die beiden Entscheide des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte *Fuchser* respektive *Derungs* gegen die Schweiz gezeigt (EGMR *Fuchser* gegen Schweiz, Urteil Nr. 55894/00, 13. Juli 2006; *Derungs* gegen Schweiz, Urteil Nr. 52089/09, 10. Mai 2016). Der Entscheid über den Bestand der Sanktion hat durch das Sachgericht zu erfolgen. Es ist daher die Kompetenzordnung zwingend zu ändern.

Die bedingte Entlassung aus einer freiheitsentziehenden Massnahme ist damit kein Vollzugsentscheid, sondern betrifft wie die Aufhebung oder Beendigung den Bestand der Massnahme. Hier unterscheidet sich das Massnahmenrecht vom übrigen Strafrecht. Bei Freiheitsstrafen ist die bedingte Entlassung durchaus eine Frage des blossen Vollzugsrechts. Das hängt damit zusammen, dass Freiheitsstrafen zeitlich befristet sind. Die bedingte Entlassung ist hier gleichsam eine Frage des Übergangsmanagements. Bei Massnahmen hingegen gibt es grundsätzlich keine vordefinierte Länge. Die betroffene Person wird erst durch die Aufhebung respektive bedingte Entlassung aus der Sanktion entlassen. Der Entscheid über die bedingte Entlassung ist damit eine materiell-rechtliche Entscheidung, da er den Bestand der Sanktion an sich beschlägt.

Ein bedeutender materieller Entscheid über den Bestand der Sanktion hat eine unabhängige und nicht weisungsgebundene Behörde zu treffen. Vollzugsbehörden sind nicht unabhängig. Dies zeigt sich beispielsweise darin, dass in verschiedenen Kantonen Weisungen bestehen, wie diese Behörden wann zu entscheiden haben (vgl. Rohner, Die Fachkommission zur Beurteilung gefährlicher Straftäter nach Art. 62d Abs. 2 StGB, Zürich 2016, N 636 ff.). Hinter vorgehaltener Hand geben Vollzugsmitarbeitende sodann an, dass sie von den politischen Entscheidungsträgerinnen und -trägern auch Anordnungen im Einzelfall erhalten. Dies ist ein systemisches Problem der Weisungsgebundenheit dieser hierarchischen Behörde. Es ist erfreulich, dass beispielsweise der Kanton Wallis schon heute für die Frage der bedingten Entlassung ein unabhängiges Gericht vorsieht. Diese bewährte Zuständigkeit ist auch im Bundesrecht zu übernehmen. Statt den weisungsabhängigen Vollzugsbehörden ist der Entscheid über die bedingte Entlassung von unabhängigen Gerichten zu treffen. Nur eigentliche Vollzugsfragen sollen weiterhin in der Kompetenz des Strafvollzugs und damit der weisungsgebundenen Exekutive bleiben.



Es ist deshalb eine sachgemässe Kompetenzordnung vorzusehen. Die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde hat unverzüglich über das Gewähren der bedingten Entlassung respektive Aufhebung zu entscheiden. Sie begleitet den Fall ohnehin und muss daher kein Erkenntnisverfahren mehr durchführen. Über eine Entlassung respektive Aufhebung kann sie daher in eigener Kompetenz entscheiden. Dies ist eine Art kurzes Vorverfahren, ähnlich dem Vorgehen bei einem Haftentlassungsgesuch nach Art 228 StPO. Lehnt die für den Vollzugsentscheid zuständige Behörde eine beantragte Entlassung oder Aufhebung ab, hat sie den Fall innert drei Tagen dem Sachgericht zu überweisen. Das Sachgericht entscheidet dann über die bedingte Entlassung respektive Aufhebung.

c) *Fazit betreffend Änderung der Zuständigkeit*

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die geplanten Änderungen der Zuständigkeit bei Aufhebung, Änderung oder Verlängerung von therapeutischen Massnahmen ergänzt werden müssen durch eine Zuständigkeit der Gerichte auch bei bedingten Entlassungen. Art. 5 Ziff. 4 EMRK fordert hier ein Gericht.

Diese Kompetenzverschiebung von den weisungsabhängigen Vollzugsbehörden an die unabhängigen Gerichte zeitigt noch weitere Folgen. Im Rahmen der bedingten Entlassung durch das Gericht sind keine Fachkommissionsempfehlungen mehr einzuholen. Die Fachkommissionen sind Beratergremien des Vollzuges und nicht Einflussfaktoren auf die Judikative (vgl. auch unten II. 6.).

## **5. Rechtmittellegitimation der Vollzugsbehörden (Art. 65a VE-StGB sowie Art. 81 Abs. 1 Bst. b Ziff. 8 VE-BGG)**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts fehlt der Vollzugsbehörde ein rechtlich geschütztes Interesse zum Einlegen eines Rechtsmittels. Rechtsmittel sind durch die Staatsanwaltschaft zu vertreten. Neu sollen auch die Vollzugsbehörden bei Entscheiden über die Aufhebung, Verlängerung oder Änderung von therapeutischen Massnahmen ein Rechtsmittel ergreifen können.

Dieser Vorschlag ist abzulehnen. Bei der Aufhebung, Verlängerung oder Änderung von therapeutischen Massnahmen handelt es sich nicht um Vollzugsentscheide. Es handelt sich um materielle Entscheide über das Bestehen des weiteren Sanktionsanspruchs. Hier ist bereits aus strukturellen Gründen nicht die Vollzugsbehörde angesprochen, sondern wie schon im erstinstanzlichen Verfahren die Staatsanwaltschaft. Diese Rolle kommt der Staatsanwaltschaft zu. Die Vollzugsbehörden haben sich dagegen auf Vollzugsfragen zu konzentrieren und sind für die Resozialisierung während des Vollzuges und das Übergangsmanagement zuständig. Die Vollzugsbehörden können ihre Beobachtungen während des Vollzuges den Parteien im Strafverfahren zukommen lassen. Dabei ist das rechtliche Gehör zu gewähren. Parteistellung soll diese Verwaltungsbehörde nicht erlangen.

Zusammenfassend ist die vorgeschlagene Änderung der Rechtmittellegitimation der Vollzugsbehörden abzulehnen. Dies betrifft sowohl die geplante Revision des StGB als auch des BGG.

## **6. Arbeitsweise, Zusammensetzung und Beizug der Fachkommissionen**

**(Art. 62c Randtitel, 62d Abs. 2, Art. 62e, 64 Abs. 5, 64a Randtitel, 64b Abs. 2 Bst. c, 75a Abs. 1 und 3, 90 Abs. 1 und 1<sup>bis</sup>, 91a und 91b VE-StGB, Art. 28 Abs. 3 VE-JStG)**

Bei den Änderungen betreffend die Fachkommissionen sollen die Ausstandsvorschriften präzisiert werden. Ansonsten trägt der Vorentwurf bisher nichts dazu bei, die Unwucht dieses Konstrukts in rechtsstaatliche Bahnen zu lenken. Rechtstheoretisch solid vermessen wurde dieses Gremium im Entstehungsprozess nie. Seine Genese ist eine Reaktion einer tagespolitisch geprägten Praxis auf ein letztlich massiv ge- oder übersteigertes Sicherheitsbedürfnis der Öffentlichkeit und einen internationalen Trend hin zu einer Sicherheitsgesellschaft. Diese sozialhistorischen Rahmenbedingungen erklären dessen juristisch einmalige, ausserhalb der herkömmlichen Rechtstradition stehende Charakteristik.

### *a) Arbeitsweise und Zusammensetzung der Fachkommissionen*

Bereits die Arbeitsweise der Fachkommissionen genügt rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht. Die Kommissionen tagen nicht öffentlich und einsehbare Protokolle über deren Sitzungen existieren nicht. Es ist nicht festgelegt, auf welchen Grundlagen die Meinungsäusserung der Kommission zu fussen hat. Regelmässig wird in Empfehlungen auf vorhandenes Aktenmaterial, namentlich Gutachten und Therapieberichte, Bezug genommen. Die betroffene Person weiss in der Regel aber nicht abschliessend, auf welcher Basis die Fachkommission ihren Entscheid gefällt hat. Die Akten, welche der Kommission vorliegen, werden nicht offengelegt. Teilweise werden sogar eigene zusätzliche Abklärungen getätigt. Dabei stellt sich nicht nur die Frage des Akteneinsichtsrechts, sondern auch weiterer Parteirechte. Die Anhörungen des Verurteilten oder der Vollzugsbehörde sind selbstverständlich zu protokollieren. Es dürften keine Beweiserhebungen, die später indirekt in den Entscheid einfliessen, unter Ignorierung der Parteirechte durchgeführt werden.

Die Fachkommissionen sind sodann einseitig zusammengesetzt. Bereits in der gesetzlichen Konzeption der personellen Regelung kommt damit eine repressive Grundhaltung zum Ausdruck. Die Kantone können zwar neben den vom Gesetz vorgesehenen noch zusätzlich andere Vertretungen, beispielsweise Richter, Verteidigerinnen oder Opfervertreter in die Kommission berufen. Zumindest in der Deutschschweiz ist dies soweit ersichtlich kaum erfolgt. Die Fachkommissionen vermögen damit das Anliegen der Pluridisziplinarität nicht zu erfüllen. Der Stratenwerth'sche Paukenschlag aus dem Jahre 1999 scheint nicht an Aktualität verloren zu haben: Die Kommission gewährleiste in ihrer Zusammensetzung nur eines, nämlich des Übergewicht kustodialer Interessen über Persönlichkeitsrechte (Stratenwerth, Die freiheitsentziehenden Massnahmen im bundesrätlichen Entwurf für die Revision des AT StGB, ZStrR 1999, S. 277, 289).

### *b) Kein erweiterter Beizug der Fachkommissionen*

Fachkommissionen geben Empfehlungen zuhanden der Vollzugsbehörden ab. Fachkommissionen beschränken sich im Gegensatz zu Gutachtern aber nicht darauf, eine sachverständige Expertise zu

erstatten, sondern sind explizit dazu aufgerufen, auch juristisch zu würdigen und Rechtsfragen vor dem eigentlichen Entscheid zu beantworten. Diese Feststellung spiegelt sich auch in der Literatur. Fast unisono werden die Fachkommissionen als faktisches Entscheidungsgremium bezeichnet.

Die Fachkommissionen sind zusammenfassend aus mehreren Gründen rechtsstaatlich bedenklich und es wäre angezeigt, von ihnen abzusehen. Der Vorentwurf geht aber in die entgegengesetzte Richtung und will ihre Position stärken, indem der Anwendungsbereich ausgedehnt wird. Der Vorentwurf sieht die Einholung von solchen Empfehlungen nun sogar im Hinblick auf Gerichtsentscheidungen des Sachgerichtes vor (vgl. Art. 62e Bst. c, Art. 64b Abs. 2 Bst. c, Art. 95a Abs. 5 VE-StGB). Und auch im Jugendstrafrecht soll die Fachkommission nun ihre Empfehlungen abgeben (Art. 19 Abs. 1<sup>bis</sup>, Art. 19c Abs. 2 Bst. c, Art. 27 Abs. 2 Bst. c VE-JStG). Explizit soll darüber hinaus festgehalten werden, dass die Fachkommissionen ihre Empfehlung abgeben im Hinblick auf den gerichtlichen Entscheid der Aufhebung einer Massnahme (vgl. Art. 91a Abs. 2 Bst. c VE-StGB). Es kann nicht angehen, dass die Fachkommission über ihre heutige Rolle hinweg sogar noch als einseitiges Beratungsgremium des Gerichts auftreten. Mindestens sind daher die Fälle zu beschränken, wann die Fachkommissionen beigezogen werden. Bei materiell-rechtlichen Entscheiden des Gerichts wie beispielsweise den neu bei Gericht vorzusehenden bedingten Entlassungen ist die Fachkommission in keinem Fall beizuziehen. Der Vorentwurf ist somit anzupassen.

## **7. Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen (Art. 41a, 62 Abs. 4 Bst. b und Abs. 5, 62f, 89a, 93, 94, 95 Randtitel und Abs. 2, 95a VE-StGB, Art. 34a<sup>bis</sup> VE-MStG)**

Ein Übergangsmanagement ist wichtig für die Legalbewährung der betroffenen Person. Dieses Übergangsmanagement hat aber in erster Linie vor der Entlassung der Person zu erfolgen und sollte zeitlich beschränkt werden. Nach Verbüßung der verschuldensabhängigen Strafe und vollendetem Sanktionsvollzug sind weitere Eingriffe in die Freiheitsrechte eines Betroffenen nicht mehr gerechtfertigt.

Über diese grundsätzlichen Bedenken hinaus, vermögen auch die faktischen Möglichkeiten der Regelung nicht zu überzeugen. Die Konsequenzen einer Widerhandlung gegen Bewährungshilfe und Weisungen können nur leicht sein, um mit der BV und EMRK vereinbar zu sein. Sowohl das Doppelbestrafungsverbot als auch Art. 5 EMRK setzen dabei Schranken. Es ist beispielsweise nicht möglich, durch eine Rückversetzung auf die bereits beendete Massnahme zurückzukommen. Eine Busse, wie sie Art. 295 StGB bei Missachtung von Bewährungshilfe und Weisungen maximal androhen kann, ist kaum sachgerecht.

Es kann schliesslich nicht angehen, dem Staat – allenfalls sogar lebenslänglich – die Verantwortung für die Verhinderung künftiger Straftaten zu überbinden. Die vorgesehene Ausweitung der Bewährungshilfe weckt falsche Erwartungen und überträgt dem Justizvollzug eine letztlich nicht

erfüllbare Aufgabe. Der Vorentwurf scheint hier eine trügerische Sicherheit für die weitere Legalbewährung einer Person zu wecken, die so nicht eingehalten werden können.

Zusammenfassend ist auf den Ausbau von Bewährungshilfe und Weisungen zu verzichten.

### **III. Stellungnahme zu den Bestimmungen im Vorentwurf JStG (Vorlage 2)**

Die Vorlage 2 stellt eine Gefährdung der Prinzipien des Jugendstrafrechts dar. Der Vorentwurf ist nicht sachgerecht und in Gänze zu verwerfen.

#### **1. Gefährdete Prinzipien des Jugendstrafrechts**

##### *a) Ausrichtung des Jugendstrafrechts*

Das Jugendstrafrecht folgt einem Schutz- und Erziehungsgedanken. Es beruht auf zwei grundlegenden Annahmen:

- Zum einen ist die Straftat eines jugendlichen Menschen auch vor dem Hintergrund seines Reifungszustandes und seiner persönlichen Entwicklung zu sehen.
- Zum anderen ist die jugendliche Person in ihren Einstellungen und ihrem Verhalten noch nicht festgelegt und deshalb für erzieherische Beeinflussung erreichbar.

Bei der Beurteilung jugendlicher Straftäter sind daher andere Massstäbe heranzuziehen und die strafrechtlichen Sanktionen anders zu gestalten als bei erwachsenen Straftätern. Das Jugendstrafrecht setzt sich den Schutz und die Erziehung der Jugendlichen zum Ziel (JStG Art. 2 Abs. 1). Diese Stossrichtung hat sich in der Praxis ausserordentlich gut bewährt.

##### *b) Paradigmenwechsel durch Vermengung von Jugend- und Erwachsenenstrafrecht*

Die Vorlage 2 sieht einen Paradigmenwechsel für das Jugendstrafrecht vor. Neu sollen gegen jugendliche Straftäter ohne eine neue Anlasstat freiheitsentziehende Sanktionen des Erwachsenenstrafrechts verhängt werden können.

Dieser Vorentwurf stellt eine Durchbrechung der Trennung zwischen Jugendstrafrecht und Erwachsenenstrafrecht dar. Es überrascht, dass dieser Paradigmenwechsel nicht explizit thematisiert wird und diese neue Verwahrung für jugendliche Straftäter als «naheliegend» bezeichnet wird. Die Aufhebung der Trennlinie ist entgegen dem erläuternden Bericht neu und von grosser Tragweite. Es mag zwar sein, dass schon heute jugendstrafrechtliche Massnahme in Ausnahmefällen in Anstalten für Erwachsene vollzogen werden können (so Erläuternder Bericht, S. 62). Dabei handelt es sich aber um Vollzugsmodalitäten im Einzelfall. Es geht nicht um eine Anwendung des materiellen Erwachsenenstrafrechts auf jugendliche Straftäter. Der fundamentale Unterschied zwischen Jugendstrafrecht und Erwachsenenstrafrecht liegt darin, ob eine erwachsene Person eine strafbare Handlung begeht, oder eine Person, die noch mitten in ihrer persönlichen Entwicklung steht und in einem andauernden Reifungsprozess begriffen ist. Diese Person ist eine Jugendstraftäterin oder ein

Jugendstraftäter. Das spätere Volljährigwerden dieser Person macht sie nicht nachträglich zu einem Erwachsenenstraftäter.

c) *Schädliche Auswirkungen auf das Jugendstrafrecht als Ganzes*

Die vorgeschlagene Änderung hat nicht den Schutz und die Erziehung des Jugendlichen zum Ziel, sondern bezweckt Vergeltung und Sicherung. Die Vorlage untergräbt damit die Ziele des Jugendstrafrechts. Es steht zu befürchten, dass diese Durchbrechung sich auf das Jugendstrafrecht als Ganzes auswirkt. Betroffen sind in erster Linie die Entscheidungsträger und Vollzugsverantwortlichen. Sie haben nicht mehr nur eine möglichst jugendgerechte Sozialisierung oder Resozialisierung als Aufgaben, sondern es werden ihnen Verwahrungsinstrumente an die Hand gegeben. Auch der Jugendstraftäter selbst hat im Vollzug gerade bei therapeutischen Gesprächen zu befürchten, dass eine spätere Verwahrung droht. Eine Mitarbeit in der Therapie kann aus Sicht der Betroffenen heikel sein und wäre wohl aus anwaltlicher Sicht oftmals nicht mehr geboten. Jugendliche werden unter das Damoklesschwert der lebenslangen Wegsperrung gestellt. Der angebliche Nutzen der vorgeschlagenen Bestimmungen in Einzelfällen, steht damit in keinem Verhältnis zu den möglichen negativen Auswirkungen auf das gesamte Jugendstrafrecht.

**2. Braucht es die (aufgeschobene) Verwahrung für Jugendliche?**

a) *Vorgeschlagene Regelung*

Bisher endeten Sanktionen gegen Jugendliche spätestens mit ihrem 25. Lebensjahr. Der Vorentwurf schlägt nun eine Regelung vor, die es erlaubt, im Anschluss an die jugendstrafrechtliche Sanktion eine Massnahme des StGB anzuordnen. Zu Diskussion steht eine aufgeschobene Verwahrung für Jugendliche. Die Anordnung würde zu einem Zeitpunkt erfolgen, wenn die verschuldensabhängige Jugendstrafe bereits verbüsst wäre. Sodann wäre die Anordnung an keine neue Anlasstat geknüpft.

b) *Unzuverlässige Prognose bei Kindern und Jugendlichen*

Folglich sprechen wir in den betroffenen Fällen von Person, die als Jugendliche eine schwere Straftat begangen haben, die seither aber während mindestens sieben Jahren aber keine Tat mehr begangen haben. Weder beging sie anstaltsintern eine solche Tat, noch während einer Vollzugslockerung. Die Legitimation der nachträglichen Massnahme findet sich folglich weder in der Schuld noch in einer neuen Anlasstat. Vielmehr soll die Massnahme alleine auf die Zuschreibung von Gefährlichkeit gestützt werden.

Es wurde bereits dargelegt, dass die Gefährlichkeit ein zugeschriebenes statistisches Risiko darstellt. Es handelt sich nicht um eine Eigenschaft einer Person. Sodann ist die Prognose eines Risikos ohnehin schon mit grosser Unsicherheit behaftet. Diese Unsicherheit akzentuiert sich nochmals bei Ersttättern. Die Verwahrung von Ersttättern war schon im Erwachsenenstrafrecht umstritten. Diese Unsicherheit wird nochmals verstärkt bei Jugendlichen Straftäterinnen oder Straftätern. Selbst die

forensische Psychiatrie spricht davon, dass eine Prognose in solchen Fällen nicht zuverlässig zu stellen ist (vgl. Erläuternden Bericht, S. 57).

Wenn man sich dies Ausgangslage vor Augen führt, fragt sich, ob tatsächlich von einer klaffenden «Sicherheitslücke» betreffend gefährliche Jugendstraftäter ausgegangen werden kann. Bei einem jugendlichen Ersttäter, der während seines mehrjährigen jugendstrafrechtlichen Vollzugs keinen Rückfall erlitten hat, kann schlechterdings nicht zuverlässig auf eine Gefährlichkeit geschlossen werden. Daran ändern auch die im erläuternden Bericht vorgetragene Einzelfälle nichts. Es ist bezeichnend, dass auf den Einzelfall T.B. gegen die Schweiz Bezug genommen wird (Erläuternder Bericht, S. 57). Dieser angebliche Grund für die massive Verschärfung wurde nach dem Strassburger Verdikt freigelassen und befindet sich gemäss einem neueren bundesgerichtlichen Entscheid in einem Wohnexternat in Zürich. Dort lebt er in einem begleiteten Wohnheim und wird bei der Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt unterstützt (BGer 5F\_14/2019 vom 22. Juni 2020, E. Sachverhalt A.g). Es gilt deshalb nicht nur im Englischen: «Hard cases make bad laws», sondern auch im Schweizer Jugendstrafrecht: Aus vermeintlich gefährlichen Einzelfällen sollte kein abstraktes Gesetz entspringen, welches die Grundprinzipien des Jugendstrafrechts als Ganzes gefährdet.

*c) Ohnehin: Aufgeschobene Verwahrung kollidiert mit der BV und der EMRK*

Der Verzicht ist umso gebotener, als eine auf diese Weise aufgeschobene Verwahrung mit dem Doppelbestrafungsverbot und dem Art. 5 EMRK kollidiert. Es kann ohne neue Anlasstat keine neue Sanktion ausgesprochen werden, die im Urteilszeitpunkt nicht möglich gewesen wäre. Das Jugendgericht hätte keine Verwahrung des Jugendlichen anordnen können. Deshalb kann diese nachträgliche Sanktionierung auch unmöglich einen genügenden Konnex zum jugendstrafrechtlichen Verfahren aufweisen (Art. 5 EMRK) und verletzt darüber hinaus das Doppelbestrafungsverbot. Die Dispositivziffer mit einem Vorbehalt ändert daran nichts.

*d) Fazit zur aufgeschobenen Verwahrung von Jugendlichen*

Zusammenfassend ist auf die Änderungen betreffend die aufgeschobene Verwahrung von Jugendlichen zwingend zu verzichten.

Mit der Bitte um Kenntnisnahme und Berücksichtigung dieser Ausführungen verbleiben wir

mit freundlichen Grüssen

Melanie Aebli

Vorstandsmitglied DJS

Manuela Hugentobler

Geschäftsleiterin DJS